# *Sentencias, disidencias y prevenciones destacadas*

del Ministro Sr. Rodrigo Pica Flores.

*Votos redactados entre 2020 – 2023*

# *Sentencias, disidencias y prevenciones destacadas*

*del Ministro Sr. Rodrigo Pica Flores.*

Tribunal Constitucional de Chile.
Huérfanos 1234, Santiago de Chile.
www.tribunalconstitucional.cl

Noviembre 2023.

Edición: Manuel Puccio Wulkau.
Diseño y diagramación: Carla Correa Estadella.

*Tribunal Constitucional de Chile*

# *Libro en homenaje al Ministro Sr. Rodrigo Pica Flores.*

Edición a cargo de
*Manuel Puccio Wulkau*

Director de Estudios
Tribunal Constitucional de Chile.

Nota del editor **05**

Prólogo **09**

Contenido **14**

El Ministro Rodrigo Pica Flores participó en la redacción de ***más de 500 sentencias*** durante el ejercicio de su cargo como juez constitucional en el Tribunal Constitucional de Chile. Este libro recopilatorio busca resaltar su aporte al mundo jurídico, en particular al derecho constitucional, pero, también a las ciencias jurídicas en general.

Se han incorporado en este volumen las sentencias redactadas por el Ministro, pero también se ha considerado relevante rescatar sus votos disidentes y los votos particulares o prevenciones. Pues allí también se puede apreciar la riqueza argumentativa del Ministro Rodrigo Pica, que con el razonamiento coherente que lo caracterizaba, entregó elementos valiosos para el derecho. Si bien los votos aquí recopilados y extraídos de las sentencias y resoluciones no abarcan la totalidad de los fallos en los que el Ministro Pica aportó con sus conocimientos, es posible apreciar a lo largo del presente libro sus agudos razonamientos que lo caracterizaron como juez y jurista.

Las sentencias y votos redactados por el Ministro Pica abarcan diversas materias, que aquí se han agrupado en tres secciones. **En una primera parte encontramos votos sobre principios constitucionales y derechos fundamentales**, temas que agrupan lo que se conoce comúnmente como la parte semántica de la Constitución y que en nuestro texto constitucional están desarrollados principalmente en los primeros tres capítulos de la Carta Fundamental. Luego, se agrupan las sentencias en una **segunda sección, en la que se encuentran recopilados aquellos votos que refieren a materias sobre derecho constitucional orgánico**, esto es, aquella parte que comúnmente se refiere a los aspectos institucionales de la Constitución, sea sobre las potestades de los órganos públicos, del Ejecutivo, la formación de la ley, en fin, materias que en la Constitución se regulan, en su mayoría, a partir del Capítulo IV. Finalmente, un grupo de votos están agrupados bajo el rótulo de **derecho procesal constitucional**, disciplina que el Ministro Pica cultivó desde la cátedra y cuyos aportes dogmáticos se transcienden en los votos aquí recopilados. Sin duda esta disciplina se vio enriquecida por estos votos y allí la importancia de destacarlos en este ***libro homenaje del Ministro***.

Los diversos votos abarcan más de una materia, pudiendo existir votos que reflexionan simultáneamente sobre la ***igualdad, el debido proceso y el derecho de propiedad***. Sin embargo, hemos estimado que deben ser clasificados según el punto más relevante de cada voto, sin perjuicio que los demás temas desarrollados en un voto pueden ser igualmente interesantes para su lectura.

El editor de este libro quisiera agradecer la disposición de la Presidenta del Tribunal Constitucional y su jefe de gabinete para la realización de este libro. Asimismo, un agradecimiento especial para las unidades del Tribunal Constitucional, en particular la Relatoría y la Secretaría del Tribunal que han facilitado el material para la confección del presente libro.

Este libro va ***dedicado para Francisca Winkler Díaz, admirable compañera de Rodrigo, y a sus hijos Facundo y Analina***, quienes verán en estos votos aquí recopilados su legado a una profesión que el Ministro Pica siempre ejerció con mucha **rigurosidad y pasión**.

# *Prólogo de la Presidenta del Tribunal Constitucional.*

El libro que tengo el honor de prologar recoge las sentencias pronunciadas por el Ministro Rodrigo Pica Flores en el ejercicio de su ministerio como magistrado del Tribunal Constitucional. En su función jurisdiccional fue un juez garantista que asumió la misión inclaudicable de salvaguardar los derechos fundamentales y velar por la supremacía constitucional como un mecanismo de protección eficaz de los derechos de las personas. El ministro Pica adhirió a las concepciones que conciben el sistema de protección internacional de los derechos humanos como sistema multinivel y aplicó en su razonamiento judicial las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos humanos (Corte IDH) y de los órganos de tratados como interpretes auténticos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los que utilizó como base argumentativa de su razonamiento judicial.

Subyace en el razonamiento judicial del Ministro Pica, una concepción que concibe el sistema internacional de protección de derechos humanos como complementario del ordenamiento jurídico interno en materia de protección y garantía de dichos derechos, lo que se expresa, fundamentalmente, en la incorporación de los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes a la Constitución a través del artículo 5 inciso 2 de la Constitución. Conforme al artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República el derecho convencional en materia de derechos humanos limita el ejercicio de la soberanía e imponen a los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos humanos en ellos consagrados, configurándose un bloque de constitucionalidad que, junto a los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, busca hacer más efectiva e integral la protección de los derechos humanos.

La justicia constitucional como la concibió el Ministro Pica, se erige en el principio de igualdad en dignidad y derechos para todas y todos. Así, al analizar esta prolífica producción judicial, observamos que la mayoría de las sentencias que se sistematizan en este libro recogen estos principios y razonan en torno a ellos.

El análisis de las sentencias, nos permite dar cuenta que en el ejercicio de su magisterio el Ministro Pica hace uso sistemático de los estándares internacionales de derechos humanos como baremo de interpretación constitucional, incorporando para la interpretación de las normas constitucionales instrumentos internacionales de distinta naturaleza jurídica (tratados, declaraciones, opiniones consultivas, informes, observaciones generales, etc.), de lo que se colige que opta por una concepción amplia del denominado corpus iuris internacional.

Siguiendo la estructura de la publicación, podemos señalar que las primeras referencias a dicho estándares se reflejan en la referencia a la prohibición de discriminación. En efecto, así consta en su voto de prevención a la STC 8792/2020, C. 21 y ss. p. 116, donde cabe relevar que se recoge la noción de interseccionalidad para dar cuenta de la convergencia de múltiples factores de discriminación afectando de modo diferenciado a las mujeres indígenas, en este caso las mujeres Rapa Nui y las obligaciones de especial protección que pesa sobre el Estado por el origen étnico de las mujeres afectadas. Se cita en soporte del estándar que proscribe la discriminación, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ("Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17. 17 abril 2017, parr. 40") y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) respecto a las obligaciones del Estado para erradicar y revertir situaciones de discriminación respecto de las personas indígenas (Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas, Serie C n.º 214. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214, parr. 271).

Este principio aparece analizado en su voto de prevención STC 8851/2020 C. 9 y 11, donde consigna que la consideración de la identidad sexual constituye un factor ilegítimo de motivación de una diferencia de trato, tal y como ha sido consignado por la jurisprudencia interamericana (Caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 124). En la misma sentencia razona recogiendo los compromisos asumidos por Chile en el Acuerdo de Solución Amistosa referido a la Petición 946-12, celebrado ante la CIDH por el peticionario Cesar Antonio Peralta Wetzel y otros respecto de Chile, donde se asumieron compromisos de avanzar en la legalización del matrimonio igualitario lo que confirma, en su parecer, la inconstitucionalidad de la norma que se impugna y que agrava la conducta culposa como causal de divorcio basada en la identidad sexual del cónyuge infractor por constituir una categoría sospechosa de discriminación.

En la STC 13.011/2020 se pronuncia sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, refiere al principio constitucional que prohíbe la discriminación y que previamente ha sido analizada latamente en el fallo de prevención STC 8792/2020. El voto de prevención, en este caso, recoge la jurisprudencia interamericana para desarrollar el derecho de acceso a la justicia como garantía para el ejercicio efectivo de este derecho, que supone respuestas eficaces de la judicatura y considera discriminatoria la ineficacia judicial para atender los requerimientos de

las mujeres afectadas de actos de violencia y perseguir a los responsables, de modo que el Estado en estas circunstancias infringe sus obligaciones convencionales produciendo condiciones de impunidad y violencia estructural. (Corte IDH, sentencia de 19.05.2014, en el caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, c. 145; Corte IDH, sentencia de 19.11.2015, caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, c. 176; STC rol N° 8792, C. 43°).

En la misma sentencia utiliza nuevamente la noción de interseccionalidad como argumento de hermenéutica constitucional y aplica las normas de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará), ratificada por Chile y vigente, también como estándares hermenéuticos los que, sostiene, constituyen parámetro de juzgamiento constitucional en función de a lo menos tres preceptos constitucionales, cito textual: "1) el artículo 5°, inciso segundo, en cuanto a la incorporación de tratados de derechos humanos y su contenido al sistema constitucional chileno, como límite al poder estatal, 2) la garantía de igualdad ante la ley, en su dimensión material y en cuanto a la plena igualdad de hombres y mujeres, y en cuanto a los derechos y medidas de tipo específico de las mujeres, entendidas como grupo históricamente postergado, y 3) la tutela judicial efectiva y la igualdad ante los órganos jurisdiccionales en la protección de sus derechos e intereses (art. 19, numeral 3°)". (STC 13.011/2020, C. 4). El análisis en torno a los estándares de la Convención le permiten desarrollar las obligaciones estatales en materia de acceso a la justicia, los que instan a erradicar prácticas basadas en estereotipos de géneros que favorecen condiciones de impunidad y configuran causas estructurales de la violencia contra las mujeres ("Campo Algodonero" Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401; CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II., Documento N° 68, 20 enero 2007; STC 13.011/2020, C. 9).

Una de las áreas de especialización del Ministro Pica ha sido el derecho procesal constitucional, y ello se expresa en su razonamiento judicial en el desarrollo de los estándares constitucionales de acceso a la justicia y debido proceso. Los fallos y votos de prevención que analizamos recogen los estándares interamericanos en lo que refiere a la ejecución integral de los fallos e imponen como patrón de efectividad de la sentencia su ejecución completa, perfecta, integral y sin dilaciones (Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305. Párr. 244; Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228. Párr. 105; Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 210; STC 8508/2020 C. 3; STC 12.127 C. 4). Asimismo, se desarrolla el estándar correspondiente a un recurso idóneo como garantía de debido proceso, y se propone que éste implica no el derecho a un recurso específico sino a mecanismos de control y revisión de lo razonado y resuelto por un tribunal superior igualmente independiente e imparcial (Corte IDH. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C Nº. 300. En el mismo sentido: Caso Duque Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C Nº. 322, párrs. 147-148, STC 13.527/2022 C. 14; 8360/2020 C. 16; STC 12.165/2021 C. 8). En esta misma línea de

argumentación, el Ministro Pica discurre en relación con el estándar de debida diligencia y la obligación de actuar sin dilaciones y las exigencias impuestas en el caso que incidan en juicios de interés público (Corte IDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265. Parágrafo 176; STC 10.793/2021 C. 7), así como, la tramitación correcta de los procesos como garantía de un justo y racional procedimiento (Corte IDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265. Parágrafo 176; STC 7708/2019 C. 18) y el estándar del plazo razonable para una eficaz administración de justicia (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PDCP artículo 9.3 y 14.3; CADH, artículo 7.5 y 8.1). El derecho a la defensa letrada supone en el entender del Ministro Pica, un defensor/a que asesore a las personas sobre sus deberes y derechos, la posibilidad de ejercer recursos, presentar pruebas y controlar la legalidad de éstas, incluido el derecho a interrogar a los testigos en pro del equilibro de los intereses de las partes (Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, párr. 61, y Caso Vélez Loor vs. Panamá, párr. 132;sobre este derecho, ver Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit., párrs. 146 y 148, y Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, op. cit., párr. 83; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 132, y Caso Palamara Iribarne vs. Chile, op. cit., párr. 178.; Tribunal Europeo en los casos, Barberà, Messegué y Jabardo vs. Spain y Bönisch vs. Austria; Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit., párrs. 153,154 y 155, y Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados, op. cit., párr. 84., STC 8892/2020 C. 16; 8677/20 C. 90)

En diversos fallos se hace cargo de los parámetros para determinar la titularidad de los derechos humanos contenidos en los Tratados Internacionales. A este respecto, sostiene, no debe perderse de vista que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva OC-22/16 sobre «Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)», concluyendo que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, reconociendo como casos de excepción a las comunidades indígenas o tribales y a las organizaciones sindicales, estas últimas en relación con los derechos establecidos en el Protocolo de San Salvador (STC . 8677/20 C. 90; STC 12.458/22 C. 6; STC 13.015/22 C. 20).

Otros estándares sobre derechos emergentes son recogidos en los fallos del magistrado Pica, tales como el derecho a un nivel de vida adecuado, acceso a servicios básicos (electricidad, agua potable y saneamiento) (Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Ihaka honhat (nuestra tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrs. 222, 231 a 242; STC 12.527-21 C.34; STC 8484/20 C. 30 y 31). Siguiendo a Montoro Chiner recoge la noción de "Estado Medio Ambiental de Derecho", conforme a los estándares interamericanos (STC 10.109/21 C. 6).

En esta línea, la de los derechos emergentes, argumenta en sede constitucional respecto a los derechos de las personas mayores conforme a las normas de la Convención Americana de Derechos de los Adultos Mayores (STC 13.164/22 C. 11 y ss.).

Finalmente, se hace cargo de la discusión en torno a la posición de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el sistema de fuentes. Explicita que éstos son fuentes de derecho, pero la controversia plantea se centra en la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico (STC 8872/20 C. 1 y ss.). La doctrina que nos lega el Ministro Pica en esta materia, plantea que el interprete constitucional debe realizar todos los esfuerzos por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución.

En sus planteamientos constitucionales el Ministro Pica recurre, como ya ha sido señalado, al artículo 5 inciso 2 de la Constitución como un puente de apertura técnico jurídica entre ambos ordenes jurídicos nacional e internacional (Contreras y García, 2020: IX). Es evidente en el recorrido de sus sentencias la remisión al corpus iuris internacional como parámetro de interpretación constitucional, en una concepción expansiva hacia las normas de soft law favoreciendo la progresión evolutiva de los derechos humanos. Las sentencias de Rodrigo Pica bogan por un modelo integrado de protección multinivel del orden constitucional y el derecho internacional, propiciando el control constitucional con lógicas de dinamismo y complementariedad que se acercan a las concepciones propias del control de convencionalidad (Contreras y García, 2020: 63).

Al cerrar este prólogo quiero dejar testimonio de nuestro agradecimiento al Ministro Pica por su aporte invaluable a la justicia constitucional. Su entrega servirá de inspiración y será motivo de compromiso en nuestro desempeño, conscientes de que así aportamos a la convivencia democrática en Chile, sustentada en una cultura política e institucional respetuosa de los derechos humanos.

CAPÍTULO I

# *Votos sobre principios constitucionales y derechos fundamentales.*


1. Votos sobre la integridad física y psíquica. Condiciones carcelarias. **19**
2. Votos sobre la igualdad ante la ley. **28**
3. Votos sobre la no discriminación. **80**
4. Votos sobre derechos políticos. **113**
5. Votos sobre el debido proceso.
   a. Igual protección ante la ley. **117**
   b. Tutela judicial efectiva. **125**
   c. Derecho de defensa. **142**
   d. Derecho al recurso y limitación de recursos procesales. **170**
   e. Igualdad de acceso a la justicia. **235**
   f. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. **267**
   g. Derecho a defensa e inmediación en el proceso penal. **287**
   h. Debido proceso y persecución penal. **312**
   i. Debido proceso y sistema administrativo sancionatorio. **348**
6. Principio de interdicción a la doble punición. **422**
7. Principio de tipicidad. **443**
8. Sobre la función y la proporcionalidad de la pena. **470**
9. Sobre el principio de culpabilidad y proporcionalidad de la pena. **480**
10. Derecho a la protección a la vida privada y datos personales. **496**
11. Libertad de expresión. **513**
12. Sobre el acceso a la información. **530**
13. Sobre la libertad de circulación. **539**
14. Derecho migratorio. **542**
15. Derechos de niñas, niños y adolescentes. **550**
16. Protección del trabajo y libertad sindical. **554**
17. Sobre derecho ambiental. **568**
18. Derecho al agua. **586**
19. Derecho de propiedad. **594**

CAPÍTULO II

## *Votos sobre materias de derecho constitucional orgánico.*

1. Tratados internacionales y Constitución. **618**
2. Principio de legalidad y juridicidad. **643**
3. Reserva de ley. **665**
4. Iniciativa exclusiva de ley – Ley de presupuestos. **671**

CAPÍTULO III

## *Votos sobre derecho procesal constitucional.*

1. Competencia del Tribunal Constitucional de control de constitucionalidad. **688**
2. Efectos de la resolución del asunto de la gestión. **745**
3. Sobre la naturaleza del requerimiento de inaplicabilidad y el caso concreto **751**
4. Sobre el efecto de cosa juzgada de las sentencias de inaplicabilidad. **754**
5. Sobre planteamientos de cuestiones de mera legalidad. **770**
6. Sobre la interpretación constitucional. **770**
7. Sobre la titularidad de los derechos humanos. **772**

CAPÍTULO I

# *Votos sobre principios constitucionales y derechos fundamentales.*

1. VOTOS SOBRE LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA. CONDICIONES CARCELARIAS.
Sentencia Rol 12.879-2022 19

2. VOTOS SOBRE LA IGUALDAD ANTE LA LEY
Sentencia Rol 7972-2019 28
Sentencia Rol 9560-20 46
Sentencia Rol 8215-2020 53
Sentencia Rol 8802-2020 56
Sentencia Rol 11.576-21 58
Sentencia Rol 12.192-2022 78

3. VOTOS SOBRE LA NO DISCRIMINACIÓN
Sentencia Rol 12.174-21 80
Sentencia Rol 8792-2020 96
Sentencia Rol 8851-2020 103
Sentencia Rol 13.011-2022 109

4. VOTOS SOBRE DERECHOS POLÍTICOS
Sentencia Rol 10.130-2021 113
Sentencia Rol 10.006-2020 113

5. VOTOS SOBRE EL DEBIDO PROCESO
*a. Igual protección ante la ley.*
Sentencia Rol 13.052-2022. 117
***b. Tutela judicial efectiva.***
Sentencia Rol 10.513-21 125
Sentencia Rol 8508-2020 122
Sentencia Rol 10.775-2021 139
Sentencia Rol 12.127-2021 139
***c. Derecho de defensa.***
Sentencia Rol 9729-2020 142
Sentencia Rol 13.802-2022 144
Sentencia Rol 9085-2020 157
Sentencia Rol 12.300-21 162
Sentencia Rol 13.303-2022 167
Sentencia Rol 13.030-2022 169
***d. Derecho al recurso y limitación de recursos procesales.***
Sentencia Rol 12.695-2022 170
Sentencia Rol 12.573-2021 175
Sentencia Rol 13.304-2022 184
Sentencia Rol 13.527-2022 192
Sentencia Rol 7920-2019 199
Sentencia Rol 8105-2020 203
Sentencia Rol 8360-2020 211
Sentencia Rol 8761-2020 219
Sentencia Rol 11.363-21 226
Sentencia Rol 8006-2019 228
Sentencia Rol 8695-202 231
Sentencia Rol 12.165-2021 232
***e. Igualdad de acceso a la justicia.***
Sentencia Rol 8322-2020 235
Sentencia Rol 10.887-2021 246
Sentencia Rol 13.306-2022 257
Sentencia Rol 13.340-2022 262
***f. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable.***
Sentencia Rol 10.793-2021 267
Sentencia Rol 7708-2019 273
Sentencia Rol 9503-2020 285
***g. Derecho a defensa e inmediación en el proceso penal.***
Sentencia Rol 8892-2020 287
***h. Debido proceso y persecución penal.***
Sentencia Rol 12.041-2021 312
Sentencia Rol 13.350-2022 329
Sentencia Rol 8798-2020 337
***i. Debido proceso y sistema administrativo sancionatorio.***
Sentencia Rol 8168-2020 348
Sentencia Rol 8677-2020 361
Sentencia Rol 12.527-21 372
Sentencia Rol 13.209-22 385
Sentencia Rol 13.300-2022 392
Sentencia Rol 9399-20 401
Sentencia Rol 10.387-2021 412
Sentencia Rol 11.384-21 419

6. PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN A LA DOBLE PUNICIÓN.
Sentencia Rol 10.571-2021 422
Sentencia Rol 8484-2020 430

7. PRINCIPIO DE TIPICIDAD.
Sentencia Rol 11.945-2021 443
Sentencia Rol 13.384-2022 451
Sentencia Rol 10.383-2021 458
Sentencia Rol 12.769-2022 466

8. SOBRE LA FUNCIÓN Y LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.
Sentencia Rol 10.732-2021 470
Sentencia Rol 9299-2020 476
Sentencia Rol 10.475-2021 479

9. SOBRE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.
Sentencia Rol 8698-2020 480

10. DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA VIDA PRIVADA Y DATOS PERSONALES.
Sentencia Rol 11.150-2021 496
Sentencia Rol 9511-2020 506

11. LIBERTAD DE EXPRESIÓN.
Sentencia Rol 13.055-2022 513
Sentencia Rol 9529-2020 525

12. SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN.
Sentencia Rol 13.015-2022 530
Sentencia Rol 12.458-2021 537

13. SOBRE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN.
Sentencia Rol 12.570-2021 539

14. DERECHO MIGRATORIO.
Sentencia Rol 9930-2020 542

15. DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.
Sentencia Rol 11.315-2021 550

16. PROTECCIÓN DEL TRABAJO Y LIBERTAD SINDICAL.
Sentencia Rol 12.196-2021 554
Sentencia Rol 11.551-2021 561

17. SOBRE DERECHO AMBIENTAL.
Sentencia Rol 10.109-2021 568
Sentencia Rol 10.382-2021 583

18. DERECHO AL AGUA.
Sentencia Rol 10.762-2021 586
Sentencia Rol 11.097-2021 590

19. DERECHO DE PROPIEDAD.
Sentencia Rol 8800-2020 594
Sentencia Rol 11.708-2021 603
Sentencia Rol 13.423-2022 614
Sentencia Rol 9031-2020 615

# 1. Votos sobre la integridad física y psíquica. Condiciones carcelarias.

**SENTENCIA ROL 12.879-2022.** *Publicada el 1 de septiembre de 2022*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 95 del código procesal penal. Compass Catering y Servicios Chile Limitada. En el proceso penal RUC N°2110045733-1, RIT N°5677-2021, seguido ante el Juzgado de Garantía de Valdivia.

**VOTO DE MAYORÍA**

[…]

## I. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO CONCRETO

**PRIMERO**.- Sebastián Mateluna Espinosa, abogado, actuando en representación de Compass Catering Y Servicios Chile Limitada, deduce requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 95 del Código Procesal Penal, toda vez que, a su juicio, la aplicación del precepto impugnado deviene en la infracción de los siguientes derechos: (a) la garantía del debido proceso, consagrado en el artículo 19 Nº 3, inciso 6º de la Constitución; (b) el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y a no ser objeto de discriminaciones arbitrarias, establecido en el artículo 19 Nº 2 del Código Político. Asimismo, destaca que la aplicación del precepto impugnado es decisiva en la gestión pendiente, pues, como expone a foja 03 "dadas las características del caso y redacción efectuada por el Juzgado de Garantía de Valdivia de la obligación de hacer que se le pretende imponer (…) de aplicarse la referida norma legal, esta parte se quedaría sin posibilidad de rendir oposición a la ejecución de la sentencia y, por ende, no se estaría en condiciones de poder interponer las diferentes excepciones de defensa que la ley franquea, lo que implicaría que para el caso concreto esta parte denunciada se quede sin medio de defensa concreto".

**SEGUNDO**.- En relación con la gestión pendiente que sirve como fundamento al presente requerimiento de inaplicabilidad, el actor destaca lo siguiente, a fojas 05 y siguientes:

a. El Instituto Nacional de Derechos Humanos, interpuso ante el Juez de Garantía de Valdivia, acción de amparo del artículo 95 del Código Procesal Penal, en favor de los internos del módulo 43 del Complejo Penitenciario de Valdivia, donde señaló haber realizado con fecha 15 de agosto del 2021 una visita al Centro Penitenciario Llancahue de la ciudad de Valdivia, en la cual dice haber constatado "las pésimas condiciones de habitabilidad que presenta el módulo 43" indicando haber verificado las malas condiciones de habitabilidad en las zonas de las celdas, comedor y espacios comunes de dicho módulo.
b. A reglón seguido, el requirente indica que a pesar de tratarse de una acción impropia y de naturaleza diferente a aquella contemplada en el artículo 95 del Código Procesal Penal, el Juez de Garantía de Valdivia, sin perjuicio de aquello habría dado inicio a un procedimiento especial no contemplado en la ley, seguido bajo el RIT Nº 5677-2021. En ese contexto, la acción se dirigió en contra del Ministerio de Obras Públicas, la Dirección regional de Gendarmería de Chile y, finalmente, de su representada, en su calidad de concesionaria del Complejo Penitenciario.
c. De tal modo, el Juez de Garantía solicitó informar sobre las condiciones de habitabilidad referidas precedentemente. En los informes remitidos, según precisa, se concluye que los daños y deterioros en las instalaciones denunciadas por el INDH se encontraban originados en causas ajenas a la Sociedad Concesionaria, por cuanto debían ser abordadas y asumidas

por parte del Estado de Chile. Informes que, según precisa, no habrían sido considerados por el Juez de Garantía.

En el mismo sentido, el actor señala que los daños referidos no se deben a su uso o falta de mantención, razón por la cual aplica el procedimiento contractual establecido en las Bases de Licitación y Decreto supremo MOP Nº 272/2013 del Contrato de Concesión, el cual dispone que en el caso de la existencia de este tipo de daños, deberán ejecutarse "mantenciones o reposiciones no contempladas en los programas" todas las cuales dependerán del previo financiamiento de recursos adicionales proveídos por el Estado.

Asimismo, a fs. 07 y siguientes, destaca que, pxese a haber informado de forma previa al Ministerio de Obras Públicas de los daños, a la fecha no existía instrucción alguna de reparación y/o reposición por parte del mencionado órgano.

d. Agrega, que no obstante lo anterior, con fecha 25 de octubre del 2021, en procedimiento de amparo se dictó resolución condenatoria, en el siguiente tenor: *"Que, considerando que las alegaciones efectuadas tanto por Gendarmería o como por la Empresa Compass, pueden ser atendibles pero en ningún caso pueden atribuirse a responsabilidades externas, como en este caso daños provocados por terceros, ya que lo que debe en definitiva primar es las condiciones de habitabilidad de los respectivos módulos y de la las condiciones de habitabilidad y dignidad de los internos, quienes deben cumplir la condena en forma adecuada de acuerdo a la normativa constitucional como legal, especialmente en materia de derecho penitenciario. Que, considerando de que existe una empresa concesionaria a cargo de brindar todos los aspectos económicos y demás necesarios para el funcionamiento de la unidad penal y sin perjuicio de las retribuciones posteriores entre cada una de las partes a través de un juicio de lato conocimiento, se acoge parcialmente el amparo, en el sentido que la empresa COMPASS GROUP deberá efectuar las reparaciones necesarias para que se cumpla con las condiciones mínimas de habitabilidad de los respectivos módulos, en este caso, el módulo de internos 43, todo lo que deberá efectuarse dentro del plazo de 30 días desde que se encuentre ejecutoriada esta resolución. Todo lo anterior, sin perjuicio de las contra prestaciones que puede haber entre las partes en un juicio de lato conocimiento".*

e. La decisión precedente fue recurrida, mediante recurso de apelación deducido por su representada, el cual fue declarado admisible por el tribunal de primer grado. Sin perjuicio, con fecha 12 de noviembre del 2021, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, acogió un recurso de hecho interpuesto por el INDH, y declaró inadmisible la apelación presentada.

f. En consecuencia, con fecha 13 de noviembre del 2021, el Tribunal de primer grado decretó el "cúmplase" de la sentencia impugnada, para luego despachar los oficios correspondientes para dar cumplimiento a lo ordenado (OF N° 6036- 2021). El requirente destaca que, a fs. 10, el INDH presentó una solicitud, solicitando el apercibimiento a su representada a efecto de cumplir lo ordenado. Respecto de ello, el Juzgado de Garantía de Valdivia, previo a resolver solicitó a Gendarmería de Chile y a la empresa Compass Group, informar sobre el estado de avance de las reparaciones necesarias.

A tal efecto, el requirente hace presente que informó que en su calidad de suboperador de la concesión del Establecimiento penal, había requerido en diversas ocasiones la Inspección Fiscal de Exploración, para efecto de solicitar la correspondiente instrucción y autorización necesaria para la realización de las obras de reparación ordenadas por el Tribunal. Luego, precisa que no obtuvo respuesta ni autorización habilitante para dar inicio a tales obras.

## II. DEL AMPARO ESPECIAL ANTE EL TRIBUNAL DE GARANTÍA Y EL CASO CONCRETO.

**TERCERO.**- Que, con la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Penal se crea, en el artículo 95, un amparo especial ante el Tribunal de Garantía. La referida norma indica lo siguiente:

*"Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.*

*"El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquel del lugar donde aquella se encontrare, para solicitar que se ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior.*

*"Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República".*

**CUARTO.**- El precepto cuestionado viene a establecer una acción de amparo de la libertad personal, la competencia del tribunal de garantía para conocer y resolverla en única instancia, las atribuciones cautelares y de decretar medidas de restablecimiento de todo tipo.

**QUINTO.**- Cabe señalar que la gestión pendiente es la etapa de cumplimiento de sentencia de una acción de amparo que ya fue conocida y resuelta por el Tribunal de Garantía de Valdivia en única instancia. Es en tal sentido que debe tenerse el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales una acción que busca precaver la producción de un posible efecto contrario a la Constitución por la futura o inminente aplicación de un precepto legal específico.

**SEXTO.**- Así, en el caso concreto debe constatarse que habiéndose interpuesto la acción de amparo que el precepto establece, habiendo sido conocida y resuelta en única instancia, la preceptiva legal cuestionada ya recibió aplicación, y por ese solo motivo ya debe ser rechazada la acción de inaplicabilidad interpuesta, pues si bien pudo resultar decisiva su aplicación, el estado de la gestión pendiente, el cumplimiento de la sentencia, es posterior a su aplicación ya agotada.

**SÉPTIMO.**- Que estableciendo el precepto impugnado una acción legal de amparo del derecho humano a libertad personal, uno de los institutos más relevantes y sagrados del sistema constitucional y del respeto a la dignidad humana, es necesario precisar varias cuestiones al respecto, siendo la primera de ellas que no es acertado sostener que esta acción de amparo legal sea la misma que se contiene en el artículo 21 de la Constitución Política, pues la misma norma legal que lo consagra los diferencia e incluso los delimita en su inciso final ya transcrito. Lo segundo, es que sin perjuicio de ello, es evidente que estamos en presencia de una garantía jurisdiccional del derecho fundamental a la libertad personal, que tutela el control de legalidad de privaciones de libertad y que expresamente entrega poderes de examinar además las condiciones de privación de libertad, de reestablecer breve y sumariamente la libertad del afectado y de ordenar todas las medidas que el tribunal estime procedentes y necesarias.

**OCTAVO.**- Es en tal sentido que en el artículo 95 establece una garantía jurisdiccional específica de la libertad personal, mediante una tutela especial y autónoma ante el tribunal de garantía, que constituye un segundo amparo, de rango legal, y que más allá de sus diferencias con el amparo constitucional participa de los ejes principales de sus caracteres, en cuanto a su objeto, en cuanto a ser una acción de restablecimiento, desformalizada, de urgencia, y a dotar al tribunal de amplias potestades. Así, a pesar de sus diferencias con el amparo constitucional del artículo 21, en todo

lo que el amparo legal participe del mismo, en cuanto a las atribuciones del tribunal, a su carácter de urgencia, a la desformalización y en cuanto a su finalidad, todo lo que se haya predicado en el constitucionalismo chileno respecto del habeas corpus ha de ser replicado respecto del amparo legal del artículo 95.

**NOVENO**.- A su vez, no puede preterirse que el amparo del artículo 95 del Código Procesal Penal cumple una muy relevante función de coherencia sistémica, pues viene a ser un verdadero cierre de un sistema integral de controles de afectaciones de la libertad personal, que gira en torno a la jurisdicción de garantía mediante autorizaciones previas y audiencias de control inmediato ex post, a lo que se suma la figura de la audiencia de cautela de garantías y finalmente el amparo de rango legal, de manera tal que se asegura un control integral de todo lo que pudiese parecer afectación de derechos fundamentales.

**DÉCIMO**.- En cuanto a las diferencias entre el amparo constitucional y el amparo legal, valga la pena señalar:

a. *El amparo constitucional tiene carácter preventivo y correctivo, el del Código, meramente correctivo;*
b. *El amparo constitucional preserva la libertad ambulatoria y la seguridad individual; el del Código, la libertad ambulatoria y la fiel observancia de las normas que regulan la privación de libertad;*
c. *El amparo constitucional tienen lugar cualesquiera sea la fuente del agravio a la libertad o a la seguridad; el amparo del Código no es procedente si la privación de libertad tiene origen jurisdiccional;*
d. *La tramitación del amparo constitucional se norma en el artículo 21 de la Carta y en el Auto Acordado de la Corte Suprema; la del amparo del Código, exclusivamente en este cuerpo legal;*
e. *El amparo constitucional se falla en primera instancia por la Corte de Apelaciones y en segunda por la Corte Suprema; el del Código, en instancia única por el juez de garantías." (Raúl Tavolari Oliveros, ¿Eliminación de la acción de amparo?, publicado en La semana jurídica, 29 de enero de 2001, Editorial Jurídica Conosur, Santiago).*

**UNDÉCIMO**.- Que en el presente proceso lo que se pide declarar inaplicable es el precepto legal que establece esta garantía jurisdiccional específica de la libertad personal que es el amparo ante el juez de garantía del artículo 95 del Código Procesal Penal. En este sentido, no deja de llamar la atención que por vía de inaplicabilidad, una herramienta de tutela judicial efectiva de derechos constitucionales, se busque dejar sin efecto justamente una garantía de los mismos, consistente ni más ni menos que en una de las acciones de habeas corpus vigentes en nuestro derecho, recordando que es difícil sostener hoy la idea de constitucionalismo y de derechos fundamentales sin garantías de la libertad personal y de la seguridad individual como el habeas corpus, llamado en chile acción o recurso de amparo, que hoy en Chile goza de una consagración dual, mediante dos acciones de fuentes diferentes: la del artículo 21 de la Constitución y la del artículo 95 del Código Procesal Penal. Así, no cabe duda que el precepto cuestionado establece una de las dos acciones de habeas corpus vigentes en el sistema jurídico chileno.

**DUODÉCIMO**.- En tal sentido, conceptualmente el habeas corpus es un derecho consagrado con jerarquía constitucional para provocar la actividad jurisdiccional encaminada a conferir el resguardo del Estado a valores consagrados en el ordenamiento y es también un derecho público subjetivo concreto que tiene todo sujeto, para interpretar la intervención jurisdiccional a fin de resguardar su libertad, seguridad e integridad personal (Raúl Tavolari Oliveros, Habeas Corpus, Recurso de amparo, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 27 ss), carácter este último del cual participa el amparo legal del artículo 95 del Código Procesal Penal, cuestión que no puede ser disociada del estándar convencional interamericano de derechos humanos, en particular del

artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto obliga a los Estados a institucionalizar un recurso sencillo, eficaz y breve para ocurrir ante los tribunales y demandar tutela de derechos humanos.

**DECIMOTERCERO**.- En tanto especie del género acciones de habeas corpus, el amparo legal ante el juez de garantía del artículo 95 del Código Procesal Penal puede definirse como un derecho reconocido a toda persona que se encuentre actualmente privada de libertad, para solicitar a dicho juez que examine la legalidad de ese estado de privación, y a su vez, pueda revisar las condiciones bajo las cuales se encontrase dicha persona. Este es un punto de mucha relevancia al momento de determinar el alcance de esta acción de amparo, por cuanto se tiende a reducir la finalidad de esta acción solo al test de legalidad que pueda realizar el Juez de Garantía, olvidando que en todo caso dicho juez siempre podrá, además, examinar las condiciones en las cuales se encuentra la persona privada de libertad, estando facultado, en uno u otro caso, a ordenar la libertad del afectado o bien adoptar la o las medidas que estime pertinentes para salvaguardar los derechos de la persona privada de libertad (Miguel Ángel Fernández, La nueva justicia penal frente a la Constitución. Santiago, editorial LegalPublishing, Santiago, 2006, pp. 42 y 43.)

**DECIMOCUARTO**.- No puede obviarse que la relación entre constitucionalismo, limitación al poder estatal, garantía de la libertad personal y acción de amparo es indisoluble e indisociable. En tal sentido, suele ser un lugar común remitir los orígenes de lo que hoy denominamos habeas corpus a la británica, Carta Magna de 1215, mas es un hecho indiscutible que tiene antecedentes más remotos en España, algunos siglos antes, en el instituto del amparo aragonés ante el justicia mayor, y para parte de la doctrina también en el interdicto romano homine libero exhibendo, dentro del cual la actuación de "habeas corpus" consistía en traer a disposición del pretor al sujeto amparado para ser examinado y constatar sus condiciones. (Ver en este sentido, Humberto Nogueira Alcalá, EL HABEAS CORPUS O RECURSO DE AMPARO EN CHILE, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Núm. 102. Madrid, Octubre-Diciembre 1998 y Raúl Tavolari Oliveros, Habeas Corpus, Recurso de amparo, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 27 ss.). Al día de hoy, es sintomático constatar que resulta imposible hablar de un genuino constitucionalismo sin la consagración del derecho de la libertad personal y la seguridad individual, acompañado de su necesaria y consecuente garantía jurisdiccional de habeas corpus.

**DECIMOQUINTO**.- Que, en estrados se señaló por el letrado de la requirente que la tutela de amparo legal que se contiene en el precepto impugnado no permitiría al juez evaluar las condiciones de la privación de libertad, sino solamente la legalidad de la misma. Debe explicitarse que tal aserto no es efectivo bajo ningún respecto, pues como lo ha señalado la doctrina procesal especializada, en esta verdadera garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales a la libertad personal y a la seguridad individual que constituye la tutela de amparo legal que se contiene en el artículo 95 del Código Procesal Penal, el tribunal tiene amplias competencias al efecto, determinadas también por los caracteres de la acción, en la medida que *"el objeto de esta petición formulada por la persona privada de libertad, puede ser: 1.- Que el Juez de Garantía examine la legalidad de la privación de libertad, y 2.- Para que el Juez de Garantía examine las condiciones en que se encontrare la persona privada de libertad, constituyéndose si fuere necesario, en el lugar donde ella se estuviese. En el contexto indicado, el Juez de Garantía podrá ordenar la libertad del afectado o bien adoptar las medidas que fueren procedentes de acuerdo al caso en concreto"* (RIOS ALVAREZ, Rodrigo. Alcances de la acción de amparo ante el Juez de Garantía. RDUCN [online]. 2018, vol.25, n.1 [citado 2022-08-05], pp.257-278.

Disponible en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532018000100257&lng=es&nrm=iso ISSN 0718-9753. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532018000100257).

**DECIMOSEXTO.**- En efecto, el sostener que los tribunales no pueden examinar las condiciones de la privación de libertad en sede de amparo es, en sí mismo, un contrasentido, una afirmación en contra del texto expreso que consagra el amparo legal, un error conceptual y es un peligroso aserto que vacía de contenido a la acción de amparo, siendo un planteamiento que recuerda la peor época de la jurisprudencia chilena en lo que a garantía de derechos humanos se refiere. En efecto, resulta trágicamente similar a lo que se sostuvo por la Corte Suprema con posterioridad al golpe de Estado de 1973, cuando además de denegarse la tutela de amparo, se dio en sede jurisdiccional una verdadera carta blanca al régimen de facto acerca de las condiciones de privación de libertad señalando que no podían enjuiciarse *"las modalidades del arresto destinadas a conferirle eficacia"* a la privación de libertad (ver sentencia de 30 de julio de 1974, de la Corte Suprema en el amparo rol 18.830) en una errada línea jurisprudencial que terminó siendo degradante y denegatoria respecto de la garantía de la libertad personal. En efecto, casi medio siglo después, el enfoque que los tribunales chilenos dan al habeas corpus es felizmente diferente, señalando que *"La libertad personal es entendida como la libertad física de la persona y como la libertad de movilización, desplazamiento o de circulación, inherentes a ella. Por su parte, la seguridad individual es asumida como un derecho complementario de los anteriores, que se traduce en la implementación de ciertos mecanismos cautelares, expresados en exigencias, requisitos o formalidades, tanto de orden constitucional como legal, cuyo propósito es proteger ese derecho, a la libertad personal, de los abusos de poder y de las arbitrariedades. Esta garantía se expresa en el artículo 19 N° 7, letra b), de la Carta Fundamental, al declararse que nadie puede ser privado de su libertad individual ni ésta restringida "sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes";"* (Sentencia Rol Nº 351-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de marzo de 2013, cons. 5, caso "CUARTEL BORGOÑO") entendiendo los tribunales que desde tal perspectiva es evidente que las condiciones de la privación de libertad son parte del examen del estándar de garantía del derecho en sede de amparo, cuestión respecto de la cual podrían citarse cientos de sentencias de los últimos 30 años, pero en referencia a las similitudes del caso concreto baste constatar por ejemplo que en una de las sentencias más relevantes de las últimas décadas se señala expresamente acogiendo la acción que *"las condiciones en que se han ejecutado las privaciones de libertad son del todo inadecuadas e indignas para cualquier persona (los detenidos están virtualmente hacinados, deben dormir en el suelo, permanecen encerrados prácticamente todo el día, saliendo de sus celdas ocasionalmente para asearse o acudir al baño, el lugar es sombrío y con escasa ventilación, etcétera)."* (Sentencia Rol Nº 351-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de marzo de 2013, cons. 10, caso "CUARTEL BORGOÑO").

## III. DEL ROL GARANTE DEL ESTADO RESPECTO DE LAS CONDICIONES DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y EL FIN DE LA PENA.

**DECIMOSÉTIMO.**- Que la posición de garantes de derechos fundamentales en la que los artículos 5° y 6° de la Constitución Política de la República determinan el ejercicio de las atribuciones de la judicatura en tanto agentes del Estado, implicaría que abdicar del examen de las condiciones de privación de libertad en sede de amparo -legal o constitucional- sería una verdadera hipótesis de denegación de tutela judicial efectiva, lo cual no puede ser preterido en el caso concreto. Es en tal sentido que el tribunal del fondo no solo tiene las atribuciones, sino también el deber de hacer tal examen, como se hizo en el caso concreto, constatándose las paupérrimas condiciones carcelarias que se observan a fojas 36 a 85, del presente expediente. En tal sentido, es efectivamente el Estado el primer garante de las condiciones carcelarias en tanto obligado correlativo primario de los tratados internacionales de derechos humanos y destinatario de las limitaciones al poder que constituyen los derechos fundamentales. En tal sentido, no es competencia de este tribunal delimitar ni determinar cuáles son las responsabilidades de un

concesionario de servicios y cuáles son las de Gendarmería de Chile en un establecimiento carcelario, sin perjuicio de lo cual se observa que el tribunal de garantía ha oficiado tanto al concesionario requirente como a Gendarmería para que tomen las medidas necesarias para reestablecer el imperio del derecho, frente a lo cual cabe señalar que la existencia de discrepancias entre un prestador de servicios y el Estado no es un motivo legítimo que permita justificar y exonerar de responsabilidades por condiciones carcelarias indignas, inseguras e insalubres -per se injustificables- en perjuicio de privados de libertad por orden del poder estatal encarnado en el sistema penal. En tal sentido, cualquier conflicto jurídico referido a prestaciones que el concesionario deba o no otorgar deberá ser ventilado en la sede correspondiente, y no constituye una excusa que valide condiciones carcelarias infra humanas que terminan dificultando cualquier tipo de reinserción, que es en definitiva una finalidad primordial de la pena de acuerdo al artículo 5 inciso final, de la Convención Americana de derechos Humanos, aprobada mediante Decreto Nº 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicada el 05 de enero de 1991, y a la jurisprudencia de este Tribunal (ver sentencias Roles N°s 8574-20, c. 31; 8065-20, c.7; 8110-20, c. 7 ).

**DECIMOCTAVO**.- Que, de tal modo el carácter fundamental de reconocer la importancia de la intervención del Estado en la promoción de un estándar mínimo que permita la habitabilidad en condiciones dignas de los recintos penitenciarios, y que propendan a la reinserción de los reclusos, ha sido reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha señalado que *"(…) Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna"* (Caso Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004). Lo anterior se ha traducido en la determinación de obligaciones específicas de las cuales es garante el Estado, que debe ejecutar una serie de medidas con el objetivo de darles cumplimiento, pues las modalidades de ejecución de las medidas adoptadas no deben someter al preso a una situación de penuria o a una prueba cuya intensidad exceda el grado inevitable de sufrimiento inherente a la prisión.

**DECIMONOVENO**.- En este orden, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha aproximado a precisar las condiciones carcelarias en las cuales deben encontrarse aquellas personas que estén privadas de libertad y que tienen que ser garantizadas por el Estado, expresando, entre otras, las siguientes condiciones:

a. *"el hacinamiento constituye en si mismo una violación a la integridad personal y, además, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios;*
b. *a separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad y los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición;*
c. *todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia;*
d. *la alimentación que se brinde en los centros penitenciarios debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente;*
e. *la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario y a cargo del personal médico calificado cuando sea preciso;*

f. *la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos;*

g. *las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias;*

h. *todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene;*

i. *los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad;*

j. *los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano (...)" (Caso Pacheco Teruel y otros contra Honduras, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de abril de 2012).*

**VIGÉSIMO.**- Que, adicionalmente, el sistema de protección de los derechos humanos obliga al Estado a ejecutar todas las medidas necesarias para proteger la integridad física y psíquica de aquellos privados de libertad. Lo anterior, se traduce, por una parte, en el imperativo de establecer medidas para evitar situaciones de emergencia, como podría ser un incendio o, incluso, el caso que motiva el presente requerimiento, referido a las condiciones de habitabilidad, lo que incluye establecer protocolos para realizar reparaciones, mantenciones y reposiciones, debiendo prever el deterioro de los inmuebles, ya sea por causa de su desgaste natural o, incluso por la intervención de terceros, sin que ello se transforme en una excusa para no satisfacer el estándar referido, pues en cualquier caso será un deber del Estado o de la concesionaria prever los escenarios en los cuales podrían ocurrir estos incidentes, desgaste u otros hechos que ocasionaren daños en el inmueble, por cuanto primará la obligación de instituir en el diseño de los mismos edificios, los mecanismos de prevención (ver en este sentido Caso Pollo Rivera y otros contra Perú, sentencia del 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319).

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- Que, debe constatarse que el Estado de Chile, por intermedio de diversos órganos, verifica, diagnostica y publica con frecuencia estudios e informes críticos de la situación carcelaria en Chile.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.**- En ese sentido, el "Estudio de las condiciones carcelarias en Chile" realizado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, publicado en abril de 2019 y disponible en: https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1180/estudio-general-2016-2017.pdf?sequence=3 , constata, entre otras, las siguientes condiciones existentes al momento de realizarse el informe:

» Al menos 22 cárceles están por sobre el tope de su capacidad para alojar presos al punto que "En algunos colectivos los internos dicen que duermen hasta en los baños ubicados al interior de las celdas, instalando colchonetas para ello". El informa califica como hacinamiento el porcentaje de ocupación superior al 120% de cada penal.

» El 51,3% de los hombres privados de libertad no cuenta con un espacio propio para dormir, es decir, más de la mitad de los presos no tiene una cama.

» La misma medición, en referencia a las mujeres privadas de libertad, arroja un 35,7%, es decir, más de un tercio de las presas no tiene una cama.

» En cuanto a atención sanitaria se refiere, el informe constata que, en promedio, en el sistema carcelario chileno se cuenta con un médico para cada 49 internos. Dicha cifra es un promedio, por lo que en el propio informe debe constatarse que hay casos extremos, como el penal de Combarbalá, que no tiene médico ni instalaciones de enfermería, contando con solamente un paramédico de visita una vez a la semana, o el penal de Los Andes, con un médico cada 187 internos.

**VIGÉSIMO TERCERO**.- Que, en este contexto el Estado debe asumir un rol de cuidado y garante de la vida, integridad y dignidad de los presos dentro de la cárcel adoptando todas las medidas posibles y a su alcance, lo cual significará que existan herramientas procesales oportunas, que permitan asegurar el cumplimiento efectivo de dichos estándares, ya sea por el cumplimiento de obligaciones propias prestadas directamente por el Estado, o bien de forma subsidiaria por agentes privados que cumplen una función de naturaleza esencialmente pública.

## IV. CONSIDERACIONES FINALES.

**VIGÉSIMO CUARTO**.- Que, si bien en el caso concreto se interpuso la acción de amparo que el precepto establece, y esta fue conocida y resuelta en única instancia, la preceptiva legal cuestionada ya recibió aplicación, y por ese solo motivo debe ser rechazada la acción de inaplicabilidad interpuesta, pues si bien pudo resultar decisiva su aplicación, el estado de la gestión pendiente, el cumplimiento de la sentencia, es posterior a su aplicación ya agotada.

**VIGÉSIMO QUINTO**.- Por otra parte, este excelentísimo Tribunal Constitucional ha precisado como cuestión de relevancia constitucional la vida e integridad de quienes se encuentren privados de libertad, arribando a la convicción de que las obligaciones entre la empresa requirente y el Estado, no exoneran a uno u otro de la responsabilidad respecto a los bienes jurídicos que custodian -más aún si existen medios procesales disponibles para repetir en contra de quien sea el responsable final de la obligación- en especial atención de la intensidad en la restricción de los derechos respecto a quienes se encuentran sometidos a algún régimen de privación de libertad dentro del módulo 43, en el Complejo Penitenciario singularizado.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

# 2. Votos sobre la igualdad ante la ley

**SENTENCIA ROL 7972-2019.** *Publicada el 5 de mayo de 2020*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto de los artículos 3°, N° 2 inciso penúltimo, y artículo 5°, letra C, de la ley N° 19.983. Servicio de Salud del Libertador General Bernardo O'higgins. En Autos Caratulados "Cumplo Chile S.a. Con Servicio De Salud O'higgins", Rol C-32.228-2017, Seguidos Ante El Primer Juzgado Civil De Rancagua.

**VOTO DE MAYORÍA**

[…]

## I. EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD SOMETIDO ANTE ESTA MAGISTRATURA.

**PRIMERO**.- El requirente, Servicio de Salud del Libertador Bernardo O´Higgins, aduce en su requerimiento que la aplicación de determinados preceptos de Ley N° 19.983, que Regula la Transferencia y Otorga Mérito Ejecutivo a Copia de la Factura resulta inconstitucional en el caso concreto. En este sentido, solicita que se declare la inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de sus siguientes normas:

*(…) "Artículo 3°.- Para los efectos de esta ley, se tendrá por irrevocablemente aceptada la factura si no se reclamara en contra de su contenido o de la falta total o parcial de la entrega de las mercaderías o de la prestación del servicio, mediante alguno de los siguientes procedimientos:*

*(…) 2. Reclamando en contra de su contenido o de la falta total o parcial de la entrega de las mercaderías o de la prestación del servicio, dentro de los ocho días corridos siguientes a su recepción. En este caso, el reclamo deberá ser puesto en conocimiento del emisor de la factura por carta certificada, o por cualquier otro medio fehaciente, conjuntamente con la devolución de la factura y la guía o guías de despacho, o bien junto con la solicitud de emisión de la nota de crédito correspondiente. El reclamo se entenderá practicado en la fecha de envía de la comunicación.*

*(…) Serán inoponibles a los cesionarios de una factura irrevocablemente aceptada, las excepciones personales que hubieren podido oponerse a los cedentes de la misma, así como aquellas fundadas en la falta total o parcial de entrega de las mercaderías o de la prestación del servicio, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que correspondan contra el emisor".*

*(…)Artículo 5°.- "La misma copia referida en el artículo anterior tendrá mérito ejecutivo para su cobro, si cumple los siguientes requisitos:*

*(…) c) Que en la misma conste el recibo de las mercaderías entregadas o del servicio prestado, con indicación del recinto y fecha de la entrega de las mercaderías o de la prestación del servicio e identificación de la persona que recibe las mercaderías o el servicio, más la firma de este último, o que haya transcurrido el plazo establecido en el inciso cuarto del artículo 4° precedente sin haber sido las facturas reclamadas conforme el artículo 3° (…)"*

**SEGUNDO**.- Para la parte requirente, el presente asunto conlleva a resolver si la inoponibilidad de excepciones personales, establecida en el art. 3 de la Ley 19.983, ante una factura irrevocablemente aceptada por no deducirse reclamo alguno, como señalan las normas impugnadas, infringe las garantías de la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 CPR), la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (art. 19 N° 3, incisos 1° y 2° CPR), el debido proceso (art. 19 N° 3, inciso 6° CPR) y el principio del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26 CPR).

## II. ANTECEDENTES PREVIOS.

**TERCERO**.- Que, el propósito de la Ley Nº 19.983, fue compatibilizar la naturaleza de la Factura como documento formal que detalla operaciones comerciales entre partes con la necesidad de que este documento se convierta en un título de amplia circulación y facilidad para su cobro *"Los fundamentos de la presente iniciativa de ley, se basan en que el concepto y la naturaleza de la factura, desarrollados en párrafos anteriores, resultan incompatibles con la necesidad de que este documento pueda convertirse en un título de amplia circulación entre los partícipes del tráfico comercial, incluyendo en este concepto a los agentes financieros"* (Mensaje de S.E. el Presidente de la Republica con el que se inicia un Proyecto de Ley que Regula la Transferencia y Otorga Mérito Ejecutivo a Copia de la Factura. Mensaje Nº 06-349), lo cual es reforzado a través de la modificación incorporada mediante la Ley 20.323 de 2009) – pues en la Moción Parlamentaria se propone reemplazar el inciso final del artículo 4, dejando establecido de forma expresa que *"Se prohíbe todo acuerdo, convenio, estipulación o actuación de cualquier naturaleza que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de un crédito que conste en una factura. Corresponderá al Servicio de Impuestos Internos velar por el cumplimiento de esta prohibición. En caso de infracción, el Servicio de Impuestos Internos podrá aplicar una multa de hasta 5 veces el valor de la o las facturas objeto de la infracción"* (Moción de Juan Masferrer Pellizzari, Sergio Bobadilla Muñoz, Rodrigo González Torres, Clemira Pacheco Rivas, Denise Pascal Allende, Ignacio Urrutia Bonilla, Mario Venegas Cárdenas, Samuel Venegas Rubio y Enrique Jaramillo Becker. Fecha 22 de marzo, 2007. Moción Parlamentaria en Sesión 7. Legislatura 355. Boletín Nº 4.928-26), permitiendo y facilitando así, el acceso de las empresas, sobre todo tratándose de las micro, pequeñas y medianas organizaciones, a mayores fuentes de financiamiento a través de la factorización de las mismas.

**CUARTO**.- Que, tras la reforma del año 20.323, el legislador adecua la naturaleza jurídica de la factura a las normas sobre transferencias de créditos personales o nominativos, como así también dota a dicho instrumento de mayor agilidad para su cesión. De igual forma, el legislador pretendió eliminar las dificultades para el cobro del importe consignado en ella, para lo cual le confirió mérito ejecutivo a la cuarta copia, protegiendo los intereses de los intervinientes involucrados en su cesión, fundando dicho razonamiento en el reconocimiento tácito de la factura tras el aprovechamiento del crédito del IVA en el mes que recibe la factura por el proveedor *"Desde el punto tributario, no obstante que el pago de una determinada factura permanece incierto para el proveedor o cesionario, la empresa deudora ha aprovechado el crédito del IVA en el mismo mes que reciben la factura por parte de su proveedor. En otras palabras, la empresa deudora, al efectuar esta contabilización y aprovechamiento del IVA está directamente reconociendo un pasivo y en consecuencia podría existir un reconocimiento tácito del mérito ejecutivo de dicha factura (…)"* (Moción de Juan Masferrer Pellizzari, Sergio Bobadilla Muñoz, Rodrigo González Torres, Clemira Pacheco Rivas, Denise Pascal Allende, Ignacio Urrutia Bonilla, Mario Venegas Cárdenas, Samuel Venegas Rubio y Enrique Jaramillo Becker. Fecha 22 de marzo, 2007. Moción Parlamentaria en Sesión 7. Legislatura 355. Boletín Nº 4.928-26). y, también, estableció un procedimiento de reclamo contra el contenido de la Factura, más extenso que el contemplado en el artículo 160 del Código de Comercio. De esta forma, el legislador le dio eficacia ejecutiva a las facturas y reforzó los medios que tiene el acreedor para lograr su cobro efectivo, buscando otorgar mayor seguridad jurídica y amparar que no se interrumpa la *"cadena de pagos"*, motor de la actividad económica comercial del País.

**QUINTO**.- Que, las modificaciones legales a la Ley Nº 19.983, incorporadas mediante la Ley Nº 20.323 del 2009, así como también por medio de la Ley Nº 20.956 del año 2016, que establece medidas para impulsar la productividad, han dotado a la Factura de atributos sustantivos, con importantes efectos procesales, pues la ha caracterizado como un título de crédito abstracto, acotando parte de la defensa del deudor en la gestión preparatoria de notificación judicial de

facturas, estableciendo plazos perentorios para el reclamo de la factura (en contra de su contenido, por la falta total o parcial en la entrega de las mercaderías o de la prestación del servicio). Cabe hacer presente que la factura es un título ejecutivo imperfecto al requerir de una gestión previa para configurar su mérito ejecutivo. Así, la gestión consiste en la notificación judicial de la factura al obligado a su pago, establecida en el artículo 5°, letra d) de la Ley N° 19.983, otorgándosele a éste la posibilidad de oponerse en el mismo momento de la notificación o en un plazo perentorio. Ahora bien, con la modificación incorporada mediante la ley 20.956, se establece como causal de impugnación la falsificación, de la factura o de la guía o guías de despacho o del correspondiente recibo. Así, la mencionada modificación legal, trasladó la causal de la falta de entrega total o parcial de las mercaderías o de la prestación de los servicios -reconocida hasta antes de la publicación de la Ley 20.956-, a las causales de reclamo de la factura recibida, evitando una lata incertidumbre de los operadores financieros, respecto al hecho de contar con una factura irrevocablemente aceptada, para que cuando deba preparar la vía ejecutiva, la gestión se restrinja a una sola hipótesis.

**SEXTO**.- Que, es posible reconocer que los elementos que contornan la actual naturaleza jurídica de las facturas, como títulos de créditos mercantiles, son el carácter autónomo, unilateral, incausado o abstracto y autosuficiente que los caracterizan.

Así, su autonomía implica que, en la transferencia del título, su adquirente no es afectado por las excepciones personales que pudieren hacerse valer frente a su titular, cuestión que aparece como una característica general de todo título de crédito. Por tanto, el sujeto que adquiere el título obtiene, en virtud de esa transferencia, un derecho independiente de las relaciones jurídicas existentes o pretéritas entre el deudor y los anteriores poseedores del título (En este sentido, SANDOVAL LOPEZ, Ricardo, en *"Derecho Comercial. Tomo II. Teoría general de los títulos valores"*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007 p. 38.).

Por otra parte, los títulos de crédito admiten ser clasificados en concretos y en abstractos o no causados, según se exprese o no en su texto la relación jurídica, operación o contrato que les ha dado origen (Ver en este sentido Vargas Vargas. Manuel, *"Nueva Ley sobre Letras de Cambio y Pagarés"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2a edición, 1988, p. 11. letra b. en Vergara Benzanilla. La inoponibilidad de las excepciones en la cesión de créditos expresados en Facturas. Revista de Derecho, Nº 30, 2013. P .37). Así, por ejemplo, señala Vergara Benzanilla, que *"en el ordenamiento jurídico nacional, la letra de cambio y el pagaré son títulos de créditos abstractos, regidos por la Ley Nº 18.092, y con modalidades especiales el cheque, regulado por la Ley sobre cuentas corrientes Bancarias y Cheques, cuyo texto refundido fue fijado por el decreto con fuerza de Ley Nº 707, de 1982. En estos títulos de crédito abstractos, el que los ha suscrito, ya sea como girador, aceptante o endosante, está obligado al pago a su tenedor legítimo con entera independencia de la existencia y validez de la obligación subyacente o negocio que ha servido de base para su creación. Por eso, en el título no hay referencia alguna a la relación jurídica, operación o contrato que le ha dado origen"*. (Vergara Benzanilla, José Pablo. La inoponibilidad de las excepciones en la cesión de créditos expresados en Facturas. Revista de Derecho, Nº 30, 2013. P .39).

Siguiendo al profesor Sandoval, es posible entender el título de crédito abstracto como aquel que *"por estar desvinculado de su causa, no menciona la relación fundamental, y, en caso de hacerlo, ella resulta irrelevante"* (SANDOVAL LOPEZ, Ricardo, en *"Derecho Comercial. Tomo II. Teoría general de los títulos valores"*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007 p. 42.). Así, en el caso de la factura, en tanto la causa-fuente jamás puede faltar en una obligación, ya que a través de esta se exterioriza la voluntad; la causa-fin resulta irrelevante, respecto al portador de buena fe, más no respecto a los que celebraron el negocio principal. De esta forma, en atención a esta abstracción, el deudor por estar vinculado con el portador sólo por la transferencia del título, no

tiene otras excepciones que no sean las que emanan del propio documento, y no le empecerán otras circunstancias existentes entre el deudor y el cedente, pues son derechos y obligaciones diferentes, no cedidos y respecto de los cuales no es parte.

En esta misma línea, la Excelentísima Corte Suprema ha ratificado esta característica de las facturas, propia de los títulos de créditos, al precisar que *"El entorno que dio origen a la relación entre el cedente y el deudor aparece como ajeno al cesionario de la factura, en la medida que el incumplimiento específico que se reclama en cuanto a la falta de prestación de servicio viene a constituir una situación que involucra única y exclusivamente a aquellos sujetos que participaron en la primitiva relación contractual, y que por lo mismo no empece al cesionario demandante de autos, por lo que a su respecto no le son oponibles"* (Sentencia Corte Suprema. Causa Rol Nº 16.740 del año 2017. C. 10°).

**SÉPTIMO**.- Que, la factura puede ser entendida, además, como un documento de naturaleza jurídica tributaria, y, por otra parte, como un instrumento en el cual constan obligaciones. En ese sentido, la discusión gira en torno a su comprensión como fuente de obligaciones en tanto título de crédito cedible y dotado de fuerza ejecutiva. Ello, pues su emisión no sería a priori una declaración unilateral, dado que su estatuto exige, para que la Factura pueda cederse a terceros y para que tenga mérito ejecutivo, que deba constar la recepción de las mercaderías o la prestación del servicio; por lo cual será revocable y no vinculante, hasta que la recepción se haya producido (Ver en este sentido, ESCOBAR SAAVEDRA, Maximiliano y HOYUELA ZATTERA, Camila. *"La Factura. Un análisis sustantivo del título al tenor de la ley 19.983 y sus modificaciones."* Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 240. Año 84 (Jul-Dic 2016) p. 12.). Así, la Factura se convertiría en un título de crédito desde que se produce su aceptación irrevocable, la cual puede ser expresa o tácita.

**OCTAVO**.- En este contexto, la jurisprudencia ha comprendido que la factura es un título de crédito. De esta forma, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que *"(…) la factura es además la consecuencia de relaciones contractuales de compraventa o de prestación de servicios y, en muchas ocasiones, es el único documento que refleja estos actos y las obligaciones pendientes de pago, todo lo cual tiene un evidente valor tributario, comercial y contractual. Por ello, diversas legislaciones han dado a la factura el carácter de un título de crédito, denominación ésta que corresponde a la traducción literal de la expresión alemana Wertpapiere, que sugiere la idea esencial de que en esta especie de documentos la existencia del título no reduce su significado a la información o reflejo de la existencia y contenido de una relación jurídica, sino que adquiere valor en sí misma, al determinar la aplicación de un régimen especial al ejercicio y a la transferencia de los derechos incorporados o materializados en el texto del documento o soporte documental (…)"* (Sentencia Corte Suprema. Causa Rol N° 3117-2011. Considerando Cuarto.).

**NOVENO**.- Cabe concluir entonces que, tanto en doctrina como en jurisprudencia, resulta claro que la factura es en Chile un título de crédito mercantil, lo cual se ve reflejado en los caracteres de la legislación que la regula., si bien se puede discutir que el carácter autónomo e independiente de los títulos de crédito sea absoluto, es indiscutible que ocurre respecto de la factura una vez que concurren los requisitos que la hacen cedible.

## III. ACERCA DE LAS NORMAS CUESTIONADAS Y SU FUNCIONALIDAD

**DÉCIMO**.- Cabe considerar en primer lugar que el plazo de 8 días que las normas cuestionadas establecen para objetar la factura –o más bien su contenido-es manifestación del derecho a defensa, en la medida que la emisión de la factura es un acto jurídico de tipo unilateral, que da cuenta de actos de comercio.

**UNDÉCIMO**.- Que al mismo tiempo el Código de Comercio reconoce en la factura un valioso y eficaz instrumento mercantil, estableciendo entre otras regulaciones que *"La entrega de la cosa*

*vendida se entiende verificada: 1°. Por la transmisión del conocimiento, carta de porte o factura en los casos de venta de mercaderías que vienen en tránsito por mar o por tierra"* (artículo 149).

**DUODÉCIMO.**- Siendo entonces la factura un instrumento en el que se hace constar la existencia de un contrato de venta y de la entrega de su objeto, se estableció en el artículo 160 que *"El comprador tiene derecho a exigir del vendedor que forme y le entregue una factura de las mercaderías vendidas, y que ponga al pie de ellas el recibo del precio total o de la parte que se le hubiere entregado", agregando el inciso segundo del mismo artículo que "No reclamándose contra el contenido de la factura dentro de los ocho días siguientes a la entrega de ella, se tendrá por irrevocablemente aceptada",* norma que proviene del texto original del Código redactado por el insigne jurista Gabriel Ocampo.

**DECIMOTERCERO.**- Así, la factura posteriormente se verá robustecida en cuanto a su valor y funcionalidad, cuando además la legislación tributaria establezca que al dar cuenta de compraventas es en ella que debe constar el impuesto al valor agregado y su monto, teniendo su emisión además efectos tributarios y contables, al punto que se establecerá la obligación de emitirla con copias, de forma tal que comprador, vendedor y Fisco la tengan para los efectos pertinentes, todo lo cual se encuentra regulado, entre otras normas, en los artículos 9°, 22, 23, 52, 53, 54 y 59 del Decreto Ley Nº 825, Sobre Impuesto a las Ventas y Servicios.

**DECIMOCUARTO.**- A partir de esas características, la factura en los hechos otorgará un alto nivel de certeza jurídica acerca de la existencia y contenido de obligaciones relativas a contratos de compraventa mercantiles, de los cuales derivarán derechos personales, que nuestro derecho privado denomina créditos.

**DECIMOQUINTO.**- Adicionalmente, debe tenerse presente que en materia mercantil los contratos de compraventa no necesariamente deben constar por escrito (ver en ese sentido los artículos 97, 103 y 128 del Código de Comercio). Es por ello que, teniendo la factura las aptitudes señaladas precedentemente, lo común y usual será que no se escriture casi la totalidad de los contratos de compraventa mercantil, cumpliendo la factura y su detalle la función de dar cuenta de contratos, de su objeto y del precio, además de la identidad de las partes, a lo que se sumará posteriormente la entrega de los bienes.

**DECIMOSEXTO.**- Sin duda el principal de los derechos personales derivados de un contrato de compraventa mercantil será el pago de las mercancías, objeto del mismo, cuestión que cuando se realiza contra entrega y en el mismo momento también se hace constar en propia factura, con un timbre o escritura que la costumbre señala se estampa bajo las expresiones *"pagado"* o *"cancelado"*. Pero usualmente no se verifica el pago en el mismo acto de entrega, sino a plazo, cuestión que también suele hacerse constar en las facturas, lo cual ha tratado de ser regulado por el legislador para evitar perjuicios a las pequeñas empresas, con mayor o menor eficacia, mediante la recientemente dictada Ley N°21.131, de 2019, que establece el pago a treinta días, pues es un hecho que uno de los caracteres de los actos de comercio es que el momento de la entrega de bienes y el momento del pago entre comerciantes suelen no coincidir, sino más bien tener plazos que no son breves, sino de meses, lo que genera evidentemente una falta de liquidez para el vendedor, quien debe soportar entonces el plazo de pago.

**DECIMOSÉPTIMO.**- Frente a la necesidad de pago anticipado de los créditos que constan de una factura, en el marco del derecho privado vigente en Chile desde la época de la codificación se ha recurrido a la cesión de créditos personales, a cambio de un pago del mismo, con un descuento que constituye la ganancia del cesionario, que posteriormente realizará las gestiones de cobro y si ello es infructuoso ejercerá las acciones respectivas.

En las últimas décadas, esta centenaria práctica devendrá en una actividad económica que

se suele denominar bajo el nombre de *"factoring"*, dando mayor rapidez, vigor y certeza a la cadena de pagos de la economía nacional, lo cual ha significado además mayor liquidez para las empresas medianas y pequeñas, que considerarán el factoring una opción viable en la medida que el descuento que constituye su ganancia no signifique mayor pérdida o no sea demasiado alto.

**DECIMOCTAVO**.- Sin embargo, todos esos efectos bondadosos en la cadena de pagos y de mayor liquidez se vieron relativizados durante décadas, pues, para que ello esté asegurado, no debe entrabarse la circulación de títulos introduciendo menciones de adhesión como *"no cedible"*, a lo cual se suma que el cobro de los créditos que constan en una factura debe ser efectivo, practicable y seguro, ya que la cesión de las mismas a cambio de un pago se realiza bajo la legítima y cierta expectativa del completo y oportuno pago por parte del deudor al cesionario.

En ese orden, es posible ver que la factura pasó a ser usada en los hechos con la misma funcionalidad de un título de crédito antes de la dictación de la Ley N° 19.983, llegando a ser más usada incluso que los pagaré y las letras de cambio, pero aparecerá un problema del cual posteriormente el legislador se hará cargo: la factura no tenía fuerza ejecutiva para su cobro compulsivo y eficaz, de lo cual deriva que frente al no pago, el cumplimiento de obligaciones se hizo más dificultoso que el de cheques, letras y pagaré, lo cual era subsanado parcialmente en sede jurisdiccional mediante gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, referidas a confesiones de deuda y reconocimiento de firmas que constaban en las mismas facturas, lo cual en algunas ocasiones podía llegar a ser efectivo, pero a la vez era burlable con una simple comparecencia y negación en la gestión preparatoria, o bien con una negativa a dar recibo para que no hubiese firma que reconocer en la factura.

Uno de los resultados de todo ello era que la factura entonces debía ser cobrada en un juicio declarativo (sin cuaderno de apremio, sin realización de bienes y en un plazo mucho mayor, pues la etapa ejecutiva es posterior a la sentencia definitiva), teniendo como gran antecedente y prueba su recepción y no objeción en el plazo de 8 días, al amparo del inciso segundo del artículo 160 del Código de Comercio, siempre que no hubiese mediado negativa a firmar la recepción, en cuyo caso había además había que probarla.

**DECIMONOVENO**.- Es en ese marco que el legislador dictó la Ley N° 19.983, que regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a la factura, cuyo texto fue modificado por la Ley Nº 20.323, teniendo presente sobre todo que si el cobro de la factura es en juicio ejecutivo se facilita su circulación al haber mayor certeza del pago de créditos, lo que redunda en mayor liquidez y seguridad en la cadena de pagos.

**VIGÉSIMO**.- En síntesis, dicha norma pasó a establecer que la factura será emitida con una copia adicional a las ya existentes, que tendrá por mérito ejecutivo cumpliendo ciertas condiciones y será además cedible. La Ley N° 20.323 reforzará ello impidiendo y sancionando toda práctica que desconozca esos dos caracteres e incluso la destrucción de la copia cedible, obligando además a dar recibo.

**VIGÉSIMO PRIMERO**.- Así, por la vía de estas normas especiales la factura se acercó cada vez más al tratamiento, funcionalidad y caracteres que históricamente se asignaron a los títulos de crédito, como se ha desarrollado en los considerandos quinto y ss. de la presente sentencia.

**VIGÉSIMO SEGUNDO**.- Así, no es casual que en la Ley N° 19.983 y en la Ley N° 20.323 el plazo que se establezca para objetar facturas por su receptor, bajo el efecto de dar fuerza ejecutiva si ello no ocurre, sea de 8 días, pues es el mismo establecido en el Código de Comercio para su aceptación, asentado y asumido en el sistema mercantil chileno desde hace ya casi 160 años.

**VIGÉSIMO TERCERO**.- Que, por otra parte, la letra c) del artículo 5° del texto primitivo de la Ley N° 19.983 fue declarada propia de ley orgánica constitucional mediante en sede de control preventivo mediante la sentencia Rol N° 426, de fecha 10 de noviembre de 2004 y posteriormente sus modificaciones introducidas por la Ley N° 20.323 también lo fueron mediante sentencia Rol N° 1270, de fecha 2 de diciembre de 2008.Posteriormente, mediante sentencia Rol N° 3202, de fecha 23 de septiembre de 2016, este Tribunal controló preventivamente la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley N° 20.956, que establece un conjunto de medidas para impulsar la productividad, y modifica para dichos efectos diversos cuerpos legales, entre ellos , la Ley N° 19.983.

Por otra parte, las únicas sentencias definitivas de procesos de inaplicabilidad dictadas por esta Magistratura referidas a la Ley N° 19.983, las facturas y su ejecución son las STC Rol 1564, 4123, 5831, 5884 y 7641. Ninguna de ellas, dicen relación específica con los preceptos cuya inaplicabilidad se reclama en esta ocasión. Aun así, en ninguno de los fallos y votos contenidos en las sentencias mencionadas se pone en duda la validez constitucional del objetivo general consistente en hacer de la factura un documento fácilmente cedible, con aptitud para su cobro ejecutivo y, de esa manera, favorecer la liquidez de las empresas.

Adicionalmente, dado que lo constitucionalmente debatido se refiere a las consecuencias jurídicas de una conducta omisiva del destinatario de la factura, esto es, el no acusar recibo, al no objetar o a lo referido a la entrega de la cuarta copia cedible de la factura), el comportamiento positivo de dejar constancia de la entrega efectiva de los bienes o servicios fue considerado como resguardo suficiente para el destinatario deudor y establecido como una obligación de fuente legal. Así lo expresa esta Magistratura *"(…) la constancia del recibo de la prestación del servicio es de vital importancia, por la obligación legal que genera, tanto para la cesibilidad del crédito como para que tenga mérito ejecutivo y así lograr su cobro. En especial, para lograr el objetivo del artículo 5°, es decir, que constituya un título circulatorio con suficiente fuerza ejecutiva y facilitar la circulación del crédito que contiene"* (STC Rol 4123-2017, C. decimosexto).

**VIGÉSIMO CUARTO**.- Debe señalarse que el plazo de 8 días establecido para objetar puede tener varias funciones en relación a sus efectos jurídicos, pero el primero es el ejercicio del derecho a defensa, para que no se *"inventen"* o "fabriquen" títulos ejecutivos sin fundamento en obligaciones reales y válidas. En efecto, el artículo 3° de la aludida ley entrega el plazo de 8 días desde la recepción para manifestar aceptación expresa de la factura o bien "reclamar en contra de su contenido o de la falta total o parcial de entrega de las mercaderías o de la prestación del servicio, o del plazo de pago", estableciendo una verdadera aceptación tácita si transcurrido el plazo no hay reclamo. En este sentido, el artículo 5° de la misma ley establece que para tener fuerza ejecutiva la factura debe estar aceptada, sea expresa o tácitamente, sin lo cual no tiene aptitud de cobro ejecutivo, agregando que esa aceptación es irrevocable, lo cual reconoce razones de seguridad jurídica al ser un acto oponible y con efectos respecto de terceros al ser cedible.

**VIGÉSIMO QUINTO**.- Que, la posibilidad de otorgar mérito ejecutivo a ciertos documentos, radica en que en ellos constan fehacientemente obligaciones de dar, hacer o no hacer. En este sentido la doctrina ha señalado que:

> *"(…) para que conste fehacientemente tal obligación, y por ende la factura adquiera el carácter de efecto de comercio, será necesario que ella sea aceptada de manera irrevocable, atribuyendo el legislador tal aceptación en el evento de que el deudor (destinatario) no la objete dentro de los términos y conforme a las formas contempladas por esta ley (…)"*
>
> *"(…) El deudor, con su silencio participa de la creación del título ejecutivo "especial", y en virtud de ello se transforma en obligado al pago (…)".*

Por otra parte, el mismo autor indica que "el cedente de la factura queda liberado de toda obligación emanada de la cesión, sin responsabilidad posterior frente al cesionario (factor), sin que quede en calidad de deudor solidariamente responsable, ante un eventual incumplimiento del deudor principal frente al cobro exigido por el cesionario, a diferencia de lo que ocurre en el caso del endoso de un título circulatorio y con las operaciones de descuento" (PRADO PUGA, Arturo. (2016). Alcance jurídico de la factura como título de circulación mercantil. Revista de derecho (Valparaíso), (46), 155-189. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512016000100005).

**VIGÉSIMO SEXTO**.- Así, emerge que el plazo de 8 días y el reclamo establecidos en la primera de las normas impugnadas constituyen una de las garantías del derecho a defensa que el receptor de una factura tiene. Una defensa primaria, anterior a cualquier juicio y destinada justamente a no tener que llegar a defenderse en sede judicial, pues se desarrolla antes de cualquier acto jurídico-procesal en sede jurisdiccional, ya que, de ejercer la oposición, la factura no tendrá mérito ejecutivo. Dicha reclamación acerca de la factura se establece bajo parámetros de simplicidad y flexibilidad dentro del plazo, al señalar la ley en su artículo 3° que "el reclamo deberá ser puesto en conocimiento del emisor de la factura por carta certificada, o por cualquier otro modo fehaciente, conjuntamente con la devolución de la factura y la guía o guías de despacho, o bien junto con la solicitud de emisión de la nota de crédito correspondiente", para lo cual no se requiere asistencia de letrado ni asumir costos ni tampoco trámites especiales, pues el legislador lo configuró como un acto sencillo al alcance de cualquier sujeto de actos de comercio.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, el artículo 5° de la Ley 19.983, tras la modificación de la Ley 20.956 del año 2016, buscó facilitar la cesión y ejecución de las facturas, señalando que *"Las modificaciones propuestas en el artículo 4° de la presente ley tienen por objeto reducir el costo del capital de trabajo de las empresas vía factoring. Para ello, se establece un plazo máximo para reclamar en contra de la factura, luego del cual se presumirá de pleno derecho el recibo de ésta, agilizando el mérito ejecutivo de la misma, acelerando su cesión y ejecución.*

*Con ello se propiciará una mayor certeza en los plazos de acuse de recibo, tanto para la factura en papel como para su modalidad electrónica, permitiendo así mayor liquidez y menores costos financieros vía factoring para las empresas (…)"* (Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, con el que inicia un Proyecto de Ley que Establece un Conjunto de Medidas para Impulsar la Productividad. Mensaje N° 55-364). Así, para el caso concreto, es posible destacar a los menos dos de los requisitos establecidos por el legislador, esto es, (a) que la factura correspondiente no haya sido reclamada de conformidad al artículo 3º de la Ley Nº 19.983; (b) que en la misma conste el recibo de las mercaderías entregadas o del servicio prestado, con indicación del recinto y fecha de la entrega de las mercaderías o de la prestación del servicio, más la forma de este último, o que haya transcurrido el plazo establecido en el inciso cuarto del artículo 4°, de la misma ley, sin haber sido las facturas reclamadas conforme al artículo 3°.

**VIGÉSIMO OCTAVO**.- Que, los requisitos establecidos en el artículo 5° de la Ley Nº 19.983, dan certeza de la calidad y atributos de la Factura, para que esta pueda circular en el mercado y así tener las herramientas para perseguir el cumplimiento de la obligación de pago de forma compulsiva, mediante el procedimiento ejecutivo.

**VIGÉSIMO NOVENO**.- Que, la Ley 19.983, establece en su artículo 3°, que *"la factura se tendrá por irrevocablemente aceptada si no se reclamara en contra de su contenido o de la falta total o parcial de la entrega de las mercaderías o de la prestación del servicio (…)", mediante alguno de los procedimientos que establece, destacando, para el caso concreto el número 2 de dicho precepto, en el cual se establece que "2. Reclamando en contra de su contenido o de la falta total o parcial de la entrega de las mercaderías o de la prestación del servicio, dentro de los ocho días corridos siguientes a su recepción. En este caso, el reclamo deberá ser puesto en conocimiento del emisor de la factura por carta certificada, o por cualquier otro modo fehaciente, conjuntamente con la devolución de la factura y la guía o guías de despacho, o bien*

*junto con la solicitud de emisión de la nota de crédito correspondiente. El reclamo se entenderá practicado en la fecha de envío de la comunicación (…)".*

**TRIGÉSIMO**.- Que, de esta forma el derecho a reclamar contra el contenido de la factura o de la falta de entrega de las mercaderías o la no prestación del servicio, es una carga del deudor, bajo sanción de extinción. Con todo, el efecto de la irrevocabilidad de la aceptación de la Factura, es la extinción del derecho del deudor a reclamar sobre la exactitud de los conceptos y/o montos facturados. Con ello, se pretende evitar que las personas introduzcan alteraciones a las obligaciones contenidas en la Factura.

Así, la citada preclusión opera, en primer lugar, respecto del deudor que acepta expresamente, y en segundo lugar, respecto de aquel que no realiza gestión alguna dentro del plazo de 8 días que establece el artículo 3°, es decir, aquel sujeto que no reclama del contenido o de la falta total o parcial de entrega de mercaderías o de la prestación del servicio, caso en el cual opera la aceptación tácita de la Factura, sin olvidar que, por otra parte, se encuentra habilitado para ejercer todas las acciones civiles o penales que correspondan en lo referido a su relación jurídica con el emisor de la factura.

**TRIGÉSIMO PRIMERO**.- De esta manera, si el deudor, dentro del plazo de 8 días, reclama en contra de la factura por la falta de entrega total o parcial de las mercaderías o de la prestación de los servicios, no quedará irrevocablemente aceptada, no podrá ser cedida en los términos del artículo 4º de la Ley Nº 19.983, y no podrá configurarse como título ejecutivo, debiendo el tenedor legítimo de la factura demandar cobro de pesos en juicio declarativo, sirviendo la factura reclamada solo como un antecedente probatorio, que deberá complementar con otros medios de prueba.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO**.- Ahora bien, llama la atención a esta Magistratura que al ser el requirente un Órgano de la Administración del Estado, que se encuentra regido, en materia de Contratación Pública, por la Ley N° 19.886, que en su artículo 1º dispone que *"los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado".*

**TRIGÉSIMO TERCERO**.- En el caso sub lite, se observa que el servicio requirente ha dejado transcurrir el plazo de 8 días establecido en el artículo 3°, numeral 2° de la Ley 19.983, desde que fue emitida la factura, habiéndose verificado el supuesto incumplimiento del proveedor a que alude, y no consta que haya objetado dicho documento. A este respecto debe observarse que el servicio requirente no puede preterir lo dispuesto por el artículo 75 del Reglamento de la Ley Nº 19.886, en tanto establece que *"Las Entidades deberán cumplir con lo establecido en los contratos de factoring suscritos por sus Contratistas, siempre y cuando se le notifique oportunamente dicho contrato y no existan obligaciones o multas pendientes",* pues dicha omisión eventualmente significará un detrimento al patrimonio Fiscal.

Dado que este Tribunal se debe restringir a conocer y resolver sólo aquellos conflictos de constitucionalidad que se hayan promovido en el margen de su competencia, corresponderá al Juez de Fondo y a la Contraloría General de la República revisar los demás aspectos de mera legalidad y aquellos referidos a qué antecedentes de hecho y derecho rodean la omisión de objetar una factura si existe conflicto en torno a los bienes y servicios cuenta que aluda su detalle.

**TRIGÉSIMO CUARTO**.- En cuanto a los demás preceptos impugnado, al disponer que *"Serán inoponibles a los cesionarios de una factura irrevocablemente aceptada, las excepciones personales que hubieren podido oponerse a los cedentes de la misma, así como aquellas fundadas en la falta total o*

*parcial de entrega de las mercaderías o de la prestación del servicio, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que correspondan contra el emisor*", se refiere en primer lugar a la factura *"irrevocablemente aceptada"* conforme a lo ya señalado, y no a toda factura, ni menos a la que fue diligente y oportunamente objetada.

**TRIGÉSIMO QUINTO.**- En segundo término, al ser la factura cedible, y por ende su emisión y aceptación un acto oponible y con efectos respecto de terceros, el legislador debe regular entonces cuáles serán esos específicos efectos respecto de terceros, qué es lo que se transfiere y qué no, pues no todas las obligaciones y derechos derivados del contrato mercantil serán cedibles, además de que lo cedido será la factura, en una copia especial. Sin la determinación de lo cedible y de lo no cedido el estatuto jurídico de la factura y de la circulación de sus créditos caerá en la más absoluta inseguridad jurídica, pues para ejercer acciones en tribunales se requiere de legitimación activa ordinaria, vinculada a la titularidad de derechos e intereses, no pudiendo ser el cesionario titular de derechos que impliquen obligaciones ya cumplidas ni de otras que por sus caracteres, contenido o naturaleza no puedan ser cedibles o no consten en la factura irrevocablemente aceptada.

**TRIGÉSIMO SEXTO.**- Como se viera, en este punto el principio de libre circulación de la factura es uno de los elementos que tras la Ley N° 19.983 vienen a dejarla en un similar pie conceptual y funcional al que tienen los títulos de crédito. A este respecto cabe traer a colación lo señalado respecto de las características de los mismos y respecto de las cuales participa ahora también la factura, todo lo cual dota de suficiente razonabilidad a las normas cuestionadas.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO.**- Que, en este contexto, la Ley Nº 19.983 y sus modificaciones, mediante las Leyes Nºs 20.323, 20.956 y 20.727, representan el cumplimiento de las normas sobre reserva de ley que, conforme al artículo 63 Nº 3 del Código Político, deben determinar reglas objetivas y generales acerca de la configuración de los títulos de crédito mercantil y de títulos ejecutivos en el sistema procesal.

**TRIGÉSIMO OCTAVO.**- A mayor abundamiento, resulta elemental destacar que en la construcción normativa, conforme a la historia de la ley, como se ha desarrollado en consideraciones precedentes, se ponderaron factores económicos, políticos y sociales que condujeron al legislador a promover estándares tendientes a equilibrar la necesaria circulación de las facturas, como títulos de créditos, en atención al imperativo económico-social, en aras a que las pequeñas y medianas empresas pudieran tener acceso a capital líquido de una forma rápida y sin mayores requisitos, dando seguridad jurídica a todos los intervinientes del negocio jurídico principal, como a los derechos que empecerían luego al cesionario.

Así, se establecen normas para su otorgamiento, reglas para el cumplimiento de las obligaciones de cada parte y parámetros para su ejecución, respetando estándares de acceso a la justicia y asegurando el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, para lo cual la adecuación del régimen jurídico de la facturación en Chile era esencial.

## IV. ARGUMENTOS DE FONDO.

### Infracción del artículo 19 Nº 2 de la Constitución Política.

**TRIGÉSIMO NOVENO.**- Que, respecto a la infracción aducida por el requirente, en relación a la igualdad ante la Ley, fundamenta su alegación exponiendo que en el caso de su representada en el juicio contra Factoring en comparación con otra demanda en juicio ejecutivo, las normas impugnadas en el presente requerimiento restringen el derecho a la igualdad en el ejercicio de la defensa en los distintos estadios procesales. Señala, que hay una diferenciación de trato para

el ejercicio de la acción del Factoring que no es justificada con un fundamento razonable, pues resultaría contrario a la razón que una vez puesta en conocimiento la cesión de la factura vía electrónica en página electrónica del SII, sin que hubiese reclamado la falta de mercaderías en sede administrativa, quede restringido e inhibido de forma permanente e inamovible para defenderse en una instancia judicial por las excepciones contempladas en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, cuando a su entender existirían pruebas fehacientes, que las facturas en su contenido mismo son inexistentes. Asimismo, expresa que, a su parecer, se realiza un trato privilegiado a empresas de factoring en su calidad de ejecutante, mientras ejercen el cobro de manera restringida e injustificada a la demandada en juicio ejecutivo contra esta especie de factura, como es el caso del Servicio de Salud, ocasionando riesgos de enriquecimiento sin causa u otra índole de mayor gravedad, por lo que a su juicio se debe declarar inaplicable por inconstitucional el artículo 3°, N° 2 e inciso penúltimo, y artículo 5°, letra c), de la ley N° 19.983, pues entre otros, vulneraría lo establecido en el artículo 19 Nº 2 de la Constitución.

**CUADRAGÉSIMO**.- Que, desde sus inicios, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. En este sentido, este Tribunal, en diversos pronunciamientos, entendió que la igualdad ante la ley *"consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes" (STC ROL Nº 53. C. 72). Con todo, "No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicársela ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición" (STC ROL Nº 28-85. C. 4, del voto disidente del Ministro señor Valenzuela). Por lo tanto, se ha concluido que "la razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad"* (Sentencias Roles Nºs 28, 53, 219 y 755).

Así se desprende, como lo ha precisado esta Magistratura, que *"la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en el ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales siempre que ello no revista el carácter de arbitrario"* (STC Roles Nº 986-2008 y 755-2007). En palabras del Tribunal Constitucional español "no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino que aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados" (STC 128/1987).

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO**.- Que, en este sentido, si bien el legislador goza de amplia capacidad regulatoria para los procedimientos que utilizarán los Tribunales de Justicia, como se ha desarrollado en la presente sentencia, se debe atender que las restricciones o diferenciaciones que se establezcan en materia de derechos u obligaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuados o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean proporcionales a los bienes jurídicos que protege, resultando por ende tolerables de satisfacer dicho parámetro.

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, constatada la finalidad de la normativa cuestionada y no resultando la misma ilegítima, para comprobar si su aplicación en estos autos, respecto del ejercicio legítimo del derecho a la igualdad ante la ley, vulnera o no la Constitución, se examinará (a) si tal medida legislativa era susceptible de conseguir el objetivo propuesto – es decir, asegurar

la libre y fácil circulación de las facturas-, y no restringiría el derecho más allá de lo estrictamente necesario para la satisfacción del fin invocado; (b) si era necesaria, en el sentido que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y finalmente, (c) si la misma es proporcionada en sentido estricto, esto es, si era ponderada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

**CUADRAGÉSIMO TERCERO**.- Así, para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir en el derecho de que se trata, la que de ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma (Ver en este sentido, Fernández Tomás. De la arbitrariedad del legislador. Una Crítica de la jurisprudencia Constitucional. Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42).

(a) De la necesariedad:

**CUADRAGÉSIMO CUARTO**.- Que, en lo que respecta a la legitimidad de la medida impugnada, cabe precisar que el artículo 3 Nº 2 e inciso final de la Ley que Regula las transferencias y otorga mérito ejecutivo a la copia de la factura, responde a la finalidad perseguida por el legislador en la redacción de la disposición cuestionada, esto es, hacer frente a los obstáculos que limitaban la cesión del crédito en la factura, resguardando la cadena de pagos o la libre circulación del crédito, en vista de su importancia para el buen funcionamiento del orden económico y mercantil. De allí la conclusión en orden a que la finalidad que tuvo a la vista la ley, en el texto que se materializa en la norma impugnada, esté determinada por razones constitucionalmente legítimas.

**CUADRAGÉSIMO QUINTO**.- Que, finalmente, se trata de aplicar la medida bajo un criterio de intervención mínima en la dimensión de no afectación de la igualdad ante la Ley, que requiere toda medida restrictiva. Esta Magistratura ha sostenido que al sometimiento a la igualdad ante la ley *"(…) debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados"* (STC Roles Nº 1584. C. 19º; 2365 C. 63; 2.437, C.35º).

A reglón seguido, se concluye que no existe discriminación arbitraria en el tratamiento que se le da a las empresas de factoring en relación a otros casos en los cuales se puedan oponer las excepciones de tipo personal que pudiesen encontrarse dentro del catálogo del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, pues esta norma tiene un carácter especial atendida la naturaleza jurídica de las facturas y el legislador de forma razonada ha establecido diferencias atendidas las finalidades del procedimiento, en su fase de ejecución.

**CUADRAGÉSIMO SEXTO**.- De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador.

Por otra parte, como se ha señalado por esta Magistratura en los autos Rol Nº 790-2007, 755 -2007 y 1217-2008, el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el español y el alemán, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios que permitan diferenciar situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por lo tanto, quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador.

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, por su parte, este Tribunal, como se señalara en su sentencia Rol Nº 977, en lo pertinente, señaló que:

*"(…) la exigencia de igualdad puede hacerse comparando la situación desmedrada en que se encuentra el ejecutado en el juicio ejecutivo especial de cobro previsional en relación a aquellos que se rigen por el estatuto general del Código de Procedimiento Civil. Al hacer esta comparación resulta evidente la existencia de una diferencia, pues mientras el ejecutado del régimen común puede interponer la excepción de ineptitud del libelo, no puede hacerlo aquel que resulta demandado en juicio de cobranza de cotizaciones previsionales regido por la ley que contiene el precepto legal impugnado".*

*DECIMOPRIMERO.- Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que tienen relación con la naturaleza de la deuda que se cobra y con el título ejecutivo que se invoca. El trato diferente no hace acepción de personas, ni depende de características subjetivas adscritas, como podría ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional o hace preferencias en virtud de otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia que se trata, como lo sería la condición social, la posición económica o las creencias del demandado. En consecuencia, y por estos motivos, no cabrá considerar la diferencia como arbitraria".*

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO.**- Que, para establecer el contexto en que se fundamenta el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad planteado, es necesario recordar que los procedimientos judiciales pueden ser de carácter declarativo o ejecutivo, así como ordinarios o especiales, y que corresponde al legislador, en conformidad al artículo 19 Nº 3, de la Constitución, establecer los procedimientos adecuados para que el proceso se tramite de acuerdo a sus reglas y que reúna los requisitos de ser racional y justo. Cabe precisar que la referida disposición mandató al legislador, lo cual se tradujo en el establecimiento del procedimiento que cuestiona el requirente, vistos desde la perspectiva constitucional.

Con todo, es dable señalar que la existencia de un procedimiento u otro, dependerá de diversos factores, entre ellos la naturaleza del conflicto sometido a proceso (factor materia), los caracteres de la pretensión impetrada y el título habilitante en caso de un juicio ejecutivo.

En este caso, el título fundante son facturas emitidas, posteriormente cedidas a la requerida, empresa de Factoring, conforme a lo dispuesto en la Ley Nº 19.983, en concordancia con lo señalado en el artículo 75 del Reglamento de la Ley de Compras Públicas -que debe tenerse a la vista al tratarse de un proceso de contratación entre un Órgano de la Administración del Estado y un proveedor-. Como se ha señalado, la factorización es una operación permitida en nuestro ordenamiento jurídico y que el legislador ha tratado de promover con el objeto de dar mayor liquidez, principalmente, a las pequeñas y medianas empresas; para lo cual ha generado condiciones de mayor seguridad en relación al cobro del título por el cesionario, restringiendo a una etapa extrajudicial el reclamo del deudor - *Reclamando en contra de su contenido o de la falta total o parcial de la entrega de las mercaderías o de la prestación del servicio, dentro de los ocho días corridos siguientes a su recepción. En este caso, el reclamo deberá ser puesto en conocimiento del emisor de la factura por carta certificada, o por cualquier otro modo fehaciente, conjuntamente con la devolución de la factura y la guía o guías de despacho, o bien junto con la solicitud de emisión de la nota de crédito correspondiente. El reclamo se entenderá practicado en la fecha de envío de la comunicación* (Artículo 3°, Nº 2, de la Ley Nº 19.983)-. Asimismo, y como ya se viera, el legislador ha previsto que, ante el silencio del deudor, al transcurrir el plazo de 8 días, la factura se tendrá por irrevocablemente aceptada, no pudiendo con posterioridad reclamar en contra de su contenido o de la falta total o parcial de entrega de las mercaderías o de la prestación del servicio, o del plazo de pago. Es decir, existen razones suficientes para concluir que las circunstancias y características del caso no son exactamente similares a las propias de un juicio ejecutivo ordinario iniciado con un título perfecto o con una gestión preparatoria de notificación o citación.

En efecto, el establecimiento de un procedimiento con características propias en relación a las particularidades del título es una opción legítima del legislador para dar eficacia al crédito, toda

vez que fue un imperativo en la tramitación legislativa de la Ley 19.983 y sus modificaciones, promover el acceso al crédito, la estabilidad del mercado financiero y comercial, resguardando la buena fe necesaria para su normal funcionamiento y entregando un mecanismo eficaz que no entrabe los medios de restablecimiento del cumplimiento de las obligaciones de las partes en caso de no pago de la deuda, sin perjuicio de asegurar garantías para todos los intervinientes, como ya se ha desarrollado.

Existe, por tanto, un criterio objetivo en función de la naturaleza de la obligación, determinando un procedimiento y reglas especiales de ejecución, que no restringe el derecho más allá de lo estrictamente necesario para la satisfacción del fin legitimo invocado.

(b) De la idoneidad del precepto impugnado:

**CUADRAGÉSIMO NOVENO**.- Que, en lo tocante a la idoneidad del precepto cuestionado para proteger el objetivo constitucional precedentemente sentado, es oportuno señalar que tanto el artículo 3 Nº 2 e inciso penúltimo, así como lo dispuesto en el artículo 5 letra c), ambos de la Ley 19.983. Se desprende, como ya se señalara, que la constancia en el recibo del servicio es de fundamental importancia, por la obligación legal que genera, tanto para la cesibilidad del crédito, como para que la factura tenga mérito ejecutivo y así lograr su cobro. De esta forma, la restricción en la oposición de excepciones personales, no es discriminatoria, sino que obedece a la decisión legislativa fundada y razonable, para constituir un título circulatorio con suficiente fuerza ejecutiva y facilitar la circulación del crédito que contiene, en la cual esta Magistratura no puede intervenir.

Ahora bien, respecto a la idoneidad de considerar como infracción la omisión del recibo o recepción, por negligencia del deudor, en beneficio del cesionario. Como se ha desarrollado latamente, esta decisión responde a la naturaleza jurídica de las facturas y de la legítima limitación establecida por el legislador a las excepciones que se pueden oponer, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que pueda hacer valer el deudor en contra del cedente por el incumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato celebrado originalmente entre las partes.

**QUINCUAGÉSIMO**.- Que, luego, cabe recordar lo razonado por este tribunal en otro proceso referido al estatuto de la factura cedible, en cuanto a que respecto a la limitación a las excepciones personales debe tenerse presente que *"(…) la contrastación entre el grado de intervención autorizado por el legislador y el nivel de perjuicio experimentado por el deudor, la determinación de si estamos ante una medida estrictamente necesaria y si existen otras alternativas de intervención menos restrictivas o gravosas para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo, no puede hacerse sin recordar que el objetivo de la regla legal analizada es promover la cesibilidad y fomentar la rapidez que con se mueve el crédito en el tráfico comercial, favoreciendo la liquidez de las PYMES (…)"* (STC ROL 5884-18. C. Vigesimoprimero), por lo que, en este punto, lo que se cuestiona es si la restricción de armas aducida por el requirente es el medio más favorable para proteger la libre circulación del crédito y, por tanto, si es apto para alcanzar un fin que es constitucionalmente legítimo.

**QUINCUAGÉSIMO PRIMERO**.- Es menester reafirmar que los requisitos establecidos en el artículo 5° de la Ley Nº 19.983, dan certeza de la calidad y atributos de la Factura, para que esta pueda circular en el mercado y tener las herramientas para perseguir el cumplimiento de la obligación de pago de forma compulsiva. De esta forma, en la configuración actual de la ley, el derecho a reclamar contra el contenido de la factura o de la falta de entrega de las mercaderías o la no prestación del servicio, es una carga del deudor, bajo sanción de extinción. Por cuanto, el efecto de la irrevocabilidad de la aceptación de la Factura, es la extinción del derecho del deudor a reclamar sobre la exactitud de los conceptos y/o montos facturados. Con lo cual, se pretende evitar que las personas introduzcan alteraciones a las obligaciones contenidas en la Factura. De

lo que es posible vislumbrar que no se ha cercenado el derecho a defensa del requirente, pues no ha dejado de tener la opción de reclamar, y solo en atención al carácter especial de las facturas y sus elementos – a los cuales ya se ha hecho referencia-, resulta necesaria la limitación en cuanto a la época en la cual proceda su reclamo, por cuanto es posible verificar la idoneidad del medio empleado y la licitud del fin que persigue la norma.

(c) De la proporcionalidad en sentido estricto:

**QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, este subprincipio exige al legislador ponderar el grado del daño o lesión que la medida legislativa causa a los derechos e intereses de las personas y el beneficio que la medida significa al bienestar de la mayoría de las personas. Lo cual se verificará mediante la ponderación entre el eventual derecho afectado y el fin constitucional perseguido, es decir, en el caso concreto, de verificarse la afectación a la igualdad, que ella encuentre su fundamento en la optimización del fin declarado constitucionalmente legítimo.

**QUINCUAGÉSIMO TERCERO**.- Que, precisado lo anterior y entendiendo por discriminación arbitraria una diferencia irracional o contraria a la razón, no cabe considerar que en el caso sub lite nos encontremos frente a un caso de discriminación arbitraria, ya que toda diferenciación o distinción realizada por el legislador revestirá tales caracteres cuando aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; de lo contrario se estarían fijando límites a la Autonomía del legislador que no tienen fundamento constitucional.

**QUINCUAGÉSIMO CUARTO**.- Que, de lo considerado precedentemente, se deduce en forma clara que el precepto impugnado no consagra una desigualdad calificable como arbitraria efectuada por el legislador, ya que solo demuestra que éste ha creado un procedimiento diferente para perseguir el cobro de las facturas. Así, dado que el legislador, actuando en el marco de sus competencias, ha creado un procedimiento atendiendo a una necesidad específica y a las características propias de este título de crédito, si bien existe una aplicación limitada del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, dicha diferenciación es razonada y, más aún, responde a un objetivo constitucionalmente legítimo, que con su medida no afecta la posibilidad de objetar las facturas, sino que otorga un plazo perentorio -08 días para reclamar las facturas (artículo 3 Nº 2 de la Ley 19.983)- en una etapa extrajurisdiccional, por lo que no se observa fundamento alguno para calificarla de discriminatoria, ergo, los proceptos impugnados - **artículo 3°, N° 2 e inciso penúltimo, y artículo 5°, letra c), de la ley N° 19.983, vulnerarían, entre otros derechos, el establecido en el artículo 19 Nº 2 de la Constitución**- son constitucionales y no lesionan, en el caso concreto, el derecho establecido en el artículo 19 Nº 2 del Código Político.

## Infracción del artículo 19 Nº 3, incisos 1, 2 y 5 de la Constitución.

**QUINCUAGÉSIMO QUINTO**.- Que, el requirente argumenta que las normas objeto del recurso son injustas e irracionales, toda vez que no le permitirían, en sede judicial, presentar oportunamente sus medios de defensa, tal como lo es la excepción por falta de mercaderías o prestaciones. Así, de accederse a lo solicitado por la demandante, se constituiría un enriquecimiento sin causa, pues el Servicio de salud, según indica, jamás habría recibido las prestaciones contratadas.

**QUINCUAGÉSIMO SEXTO**.- Que, en lo que respecta a los elementos que componen el debido Proceso, este Tribunal se ha pronunciado latamente al respecto, precisando en lo pertinente que *"(…)El legislador está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones,*

*discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad (…)"* (STC 1411 c. 7) (En el mismo sentido, STC 1429 c. 7, STC 1437 c. 7, STC 1438 c. 7, STC 1449 c. 7, STC 1473 c. 7, STC 1535 c. 18, STC 1994 c. 24, STC 2053 c. 22, STC 2166 c. 22, STC 2546 c. 7, STC 2628 c. 6, STC 2748 c. 14, STC 2757 c. 40, STC 3107 c. 9, STC 3297 c. 13, STC 3309 c. 3309, STC 3171 c. 28).

**QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO.**- Que, asimismo el artículo 19, número 3º, inciso quinto, de la Constitución establece el derecho a las garantías de un racional y justo procedimiento, que *"se traducen conjuntamente con el derecho a la acción y la legalidad del juzgamiento, en el logro de la tutela judicial efectiva"* (STC 1130 c. 6) (En el mismo sentido, STC 2371 c. 6, STC 2372 c. 6).

**QUINCUAGÉSIMO OCTAVO.**- Que, a reglón seguido *"La circunstancia de que el inc. 5º del Nº 3 del art. 19 consagre el llamado "debido proceso" sin enumerar garantías de un justo y racional procedimiento, no puede ni debe entenderse como que tal precepto carezca de todo contenido y que la Constitución no haya establecido límites materiales al legislador para determinar dichas garantías. El constituyente decidió no enumerar para evitar la rigidez de la taxatividad y resguardar la necesaria diferenciación que exigen diversos tipos de procedimientos"* (STC 792 c. 7) (En el mismo sentido, STC 2853 c. 25).

**QUINCUAGÉSIMO NOVENO.**- Que, en lo que respecta a la autonomía del legislador para establecer procedimientos que han de seguir los jueces en el ejercicio de su competencia, en el marco de la garantía del procedimiento racional y justo la configuración de cada uno de ellos corresponde a una decisión de política legislativa, cuál es la incorporación al ordenamiento jurídico de procedimientos específicos y determinados por principios informadores que se traducirán en reglas, formuladas -en materia ejecutiva- en atención a las especiales características del título de que se trate, en tanto establezca una diferencia que responda a un fundamento racional y no arbitrario.

**SEXAGÉSIMO.**- Que, en el caso concreto el hecho de tener la factura mérito ejecutivo o de simplemente darle curso a una demanda ejecutiva no deja en un plano de indefensión al requirente, pues queda habilitado para que en el contradictorio del juicio ejecutivo oponga las excepciones que el Código de Procedimiento civil establece en el artículo 464, con la limitación prevista a propósito de las excepciones personales, es decir, aquellas que atañen a la situación o calidad personal del deudor al contraer la obligación, y las que se relacionan con determinadas circunstancias particulares del mismo deudor existentes con anterioridad a la cesión del crédito, en atención a la naturaleza jurídica de la Factura, cuestión a la cual ya se ha referido esta Magistratura en considerandos anteriores. Ello por cuanto el artículo 3°, en su penúltimo inciso, de la Ley Nº 19.983, establece la intención del legislador de eliminar de esta oportunidad procesal el reclamo de la falta total o parcial de entrega de mercaderías o de la prestación del servicio, por cuanto el deudor de la obligación que consta en la factura no puede oponer al cesionario que lo demande las excepciones personales que tenga contra el vendedor o prestador del servicio o contra los cedentes anteriores, si los hubiere; y en cambio está facultado para oponerle las excepciones reales.

**SEXAGÉSIMO PRIMERO.**- Que, así es posible verificar que la situación de indefensión se produce por la inactividad de la propia requirente, al no objetar, en los plazos previstos en la ley, las facturas, lo cual degenera en un acto de negligencia de la requirente, más no en una vulneración del poder público al principio de interdicción de indefensión. Con todo, no es cuestionado que, en una relación jurídica patrimonial, como es el caso, el principio de buena fe se erige tanto al

deudor como al acreedor, transformándose en un límite para el titular del derecho, cuestión que, en atención a los hechos expuesto, el Juez de fondo será el responsable de ponderar.

**SEXAGÉSIMO SEGUNDO.-** Que, en este sentido el Tribunal Constitucional Español, a propósito de la negligencia imputable a quien pretende hacer valer un derecho fundamental, ha expresado *"No obstante, también hemos establecido que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que "tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales", es decir, "que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representan o defiendan" (por ejemplo, SSTC 85/2006, de 27 de marzo, FJ 7, y 61/2007, de 26 de marzo, FJ 2, entre tantas otras). Desde esta perspectiva, hemos admitido que pueda celebrarse un juicio en ausencia en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita de la parte o por negligencia imputable a quien pretende hacer valer su derecho fundamental (STC 222/2002, de 25 de noviembre, FJ 3, y las en ella citadas), no suponiendo entonces la resolución judicial recaída inaudita parte una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al no haber puesto el afectado la debida diligencia en la defensa de sus derechos e intereses"* (España. Tribunal Constitucional. [internet] Sentencia núm. 205/2007, del 24 de septiembre del año 2007. [consultado el día 20 de abril del año 2020]. Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6172).

**SEXAGÉSIMO TERCERO.-** En ese sentido, si se alega que las normas cuestionadas son inconstitucionales, la pretendida situación de indefensión entonces debiera emanar de la configuración legislativa de la reclamabilidad de los derechos del requirente, en el caso concreto, el deudor de la factura. Así, para que el requerimiento sea acogido, deberá ser la ley y no la conducta del requirente lo que determine que no podría defenderse.

**SEXAGÉSIMO CUARTO.-** Que, finalmente, es necesario precisar que el efecto de los preceptos impugnados en lo relativo a la aceptación irrevocable de la factura no obedece a una inconstitucionalidad de los mismos por impedir defensa, sino que al hecho de que la propia requirente no ejerció el derecho a defenderse y objetar las facturas que el propio precepto contempla, por cuanto se extinguió su derecho al haber transcurrido el plazo previsto sin haber sido reclamadas, todo ello sin perjuicio de las demás acciones, civiles y penales que correspondan, respecto de las cuales la preceptiva impugnada no establece ningún cercenamiento ni limitación.

## Vulneración del artículo 19 Nº 26 de la Carta Fundamental.

**SEXAGÉSIMO QUINTO.-** Que, finalmente el requirente fundamenta que las normas objeto de su presentación, disponen condiciones para que el Servicio pueda ejercer excepción por falta de mercaderías o prestación, que son inconstitucionales porque afectarían el libre ejercicio de su derecho de defensa en su esencia, limitando a tal punto la garantía constitucional, que se puede pretender creer que dispone que el principio de libre circulación de bienes se superpone al principio de enriquecimiento sin causa.

**SEXAGÉSIMO SEXTO.-** Que, al no haber vulneraciones a los derechos y garantías invocados, mal puede considerarse afectado su contenido esencial. Por otra parte, conforme al desarrollo jurisprudencial de esta Magistratura *"Un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera que deja de ser reconocible. Y se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más de lo razonable o lo priven de tutela jurídica"*. (STC 43 c. 21) (En el mismo sentido, STC 200 c. 4, STC 226 c. 38, STC 280 cc. 13 y 29, STC 541 c. 14, STC 1046 c. 23, STC 1345 c. 10, STC 2381 c. 39, STC 2475 c. 20, STC 2643 c. 18, STC 2644 c. 18, STC 2693 c. 10, STC 2841 c. 25, STC 3121 c. 36).

**SEXAGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que el legislador, al facilitar la libre circulación de las facturas, dotándolas de menor rigidez y eficacia, y bajo un adecuado procedimiento ha actuado en el ejercicio de su facultad para regular los derechos fundamentales en los términos del artículo 19, Nº 26, de la Constitución. El legislador, al darle eficacia ejecutiva a las facturas y reforzar los medios que tiene el acreedor para lograr su cobro efectivo busca amparar que no se interrumpa una verdadera "cadena de pagos" que existe a todo lo largo de la actividad económica comercial. El legislador tuvo así a la vista una finalidad constitucionalmente legítima al establecer una diferenciación, para permitir la irradiación de las normas que garantizan el principio de autonomía de la voluntad, la libertad de contratación y la libre competencia en una economía social de mercado, en que razones de orden público justifican la protección de la actividad mercantil, mayoritariamente realizada por pequeños y medianos empresarios que, en ausencia de normas de esta especie se verían fácilmente expuestos a situaciones de abuso del derecho o de fraude a la ley, que el legislador quiso evitar sancionando determinadas conductas. (STC 1564 cc. 10 a 13 y 52 a 56).

**SEXAGÉSIMO OCTAVO**.- Que, en definitiva, la limitación de las excepciones que puede ejercer el deudor, impidiendo el empleo de excepciones personales en contra del cesionario, responde a un entramado argumentativo del legislador, cuyo propósito está definido en la historia de la Ley y se justifica sin producir vulneraciones a la Constitución en el caso concreto. Asimismo, si bien el deudor, en este caso no puede oponer la excepción pretendida, nada obsta a que si se cumplen los requisitos pueda oponer acciones civiles o penales, según estime, en contra de su contraparte en la relación jurídica que origina las facturas.

## Conclusión

**SEXAGÉSIMO NOVENO**.- Que por todo lo expuesto, no concurren las infracciones a la Constitución denunciadas en el requerimiento de fojas 1, el cuál será entonces rechazado.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1, EN TODAS SUS PARTES. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

[...]

**SENTENCIA ROL 9560-20.** *Publicada el 29 de julio de 2021*

Frase "siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos", contenida en el artículo 200, inciso primero, del Código Civil. Félix Moreno Sepúlveda. En el proceso RIT C-5453-2019, RUC 1921442915-5, seguido ante el primer juzgado de familia de Santiago, en actual conocimiento de la corte de apelaciones de Santiago bajo el rol N° 2841-2020-familia.

**VOTO DE MAYORÍA**

[…]

## I. ACERCA DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

**PRIMERO**.- Que en el presente caso se ha cuestionado el plazo de "a lo menos cinco años continuos" que establece el artículo 200 del Código Civil para acreditar la posesión notoria del estado civil de hijo, señalando que vulneraría las normas constitucionales que se han enunciado en la parte expositiva de la presente sentencia.

**SEGUNDO**.- Es del caso señalar que el un proceso sobre impugnación y reclamación de paternidad, seguido ante el Primer Juzgado de Familia de Santiago, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de apelación. En dicha causa la parte demandada ha invocado la posesión notoria del estado civil de hijo del niño de tres años de edad a quién se refiere el proceso, solicitando que en base a ello se rechace la demanda impetrada.

**TERCERO**.- Dicho ello, es necesario constatar que la posesión notoria del estado civil regulada en el artículo 200 del Código Civil, que se cuestiona, es parte de la litis trabada en la gestión pendiente, y por ende ha de ser ponderada y razonada en la dictación de la sentencia definitiva, existiendo la posibilidad de que sea aplicada dicha preceptiva legal. Así, lo primero es descartar nuevamente la alegación formulada en orden a que la normativa cuestionada no sería de aplicación decisiva en la gestión pendiente, la cual ya fue desechada en sede de admisibilidad.

**CUARTO**.- Por otra parte, debe especificarse que no se cuestiona el artículo 200 del código civil en su integridad, ni tampoco la existencia de la posesión notoria del Estado Civil, sino solamente el plazo de duración de "a lo menos cinco años continuos".

## II. ACERCA DEL ESTADO CIVIL

**QUINTO**.- El Estado civil, conceptualizado por el derecho civil clásico como uno de los atributos de la persona, puede ser definido como *"el lugar permanente de una persona dentro de la Sociedad, que depende principalmente de las relaciones de familia y que la habilita para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones civiles"* (SOMARRIVA, Manuel, Derecho de Familia, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1946, página 485).

**SEXTO**.- Tal estado civil tiene dos significaciones, pues por un lado determina la posición de una persona frente al instituto matrimonial y por otra determina una posición frente a sus derechos y obligaciones filiativos. Así, el carácter de hijo y la filiación entendida como vínculo jurídico entre padres e hijos es parte del contenido del denominado "estado civil". Atendida la trascendencia del estado civil, la prueba del mismo tiene reglas especiales en el Código Civil, que son distintas, más rigurosas y más específicas que las de la prueba de los derechos y obligaciones que se enuncian como generales en los artículos 1698 y siguientes del Código Civil.

**SÉPTIMO**.- De tal forma, las pruebas del estado civil se regulan bajo ese nombre en un título especial, el XVII del libro I del Código Civil, disponiendo como regla general que el "El estado

civil de padre, madre o hijo se acreditará o probará también por la correspondiente inscripción o subinscripción del acto de reconocimiento o del fallo judicial que determina la filiación" (art. 305), agregando una presunción de autenticidad y pureza de tales documentos (art. 306).

**OCTAVO**.- A su vez, dentro de las mismas normas se dispone que "La filiación, a falta de partida o subinscripción, sólo podrá acreditarse o probarse por los instrumentos auténticos mediante los cuales se haya determinado legalmente. A falta de éstos, el estado de padre, madre o hijo deberá probarse en el correspondiente juicio de filiación en la forma y con los medios previstos en el Título VIII" (art. 309). Adicionalmente, debe señalarse especialmente la norma del inciso primero del artículo 320 del Código Civil, en tanto dispone que "Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce.".

**NOVENO**.- No deja de llamar la atención que la determinación de la filiación sea regulada en el Código Civil en un título diferente del referido a las pruebas del Estado Civil. Es en este sentido que la posesión notoria de la "calidad" -en realidad estado civil- de hijo sea regulada en el artículo 200, incluido en el título VIII del libro primero del Código Civil, referido a las acciones de filiación. Es en ese marco que el artículo 200 dispone:

> *"Art. 200. La posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable.*
>
> *La posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal."*

**DÉCIMO**.- Sin embargo, tal norma no puede ser disociada del artículo siguiente, que es el que regula algún posible orden de prelación entre la posesión notoria o las pruebas biológicas para la determinación de la filiación. Así, el artículo 201 dispone:

> *"Art. 201. La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras.*
>
> *Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico."*

**UNDÉCIMO**.- Cabe señalar que la relación entre la posesión notoria y los exámenes biológicos es una cuestión que debe ser ponderara por el tribunal del fondo y no por esta magistratura, en el marco de las atribuciones que el propio artículo 201 del Código Civil le reconoce al juez del fondo. Es del caso señalar que tal norma no ha sido cuestionada en el caso concreto, por lo que no corresponde realizar examen alguno de constitucionalidad a su respecto.

**DUODÉCIMO**.- Cabe señalar que la posesión notoria del estado civil de hijo, definida en el inciso segundo del artículo 200 del Código Civil como *"que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal"* es un instituto que se erige como habilitante para determinar judicialmente una excepción a la filiación determinada por factores biológicos, y como tal reconoce un conjunto de elementos de hecho a probar en sede jurisdiccional según el propio artículo 200 del Código Civil reconoce:

» Trato, que incluye provisión de educación y establecimiento
» Fama, entendida como reputación o reconocimiento frente a terceros
» Prueba de todo lo anterior mediante un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable
» Que haya durado a lo menos cinco años continuos.

**DECIMOTERCERO**.- Es decir, su determinación es en sí misma una cuestión de hecho, estricta y precisamente reglada, **que es útil al órgano jurisdiccional para poder dar por suficientemente determinada la filiación, que podría catalogarse como una de tipo social por la vía de la posesión notoria, con fundamento en continuos e ininterrumpidos los lazos de afecto y roles, consistentes en que «ejercer de padre, querer serlo y haberlo sido por más de 5 años puede ser más relevante que la verdad genética. Además, el padre social ha desarrollado lazos afectivos con el menor, que le dan a éste estabilidad psicológica».** (Gómez de la Torre V., Maricruz, El sistema filiativo chileno, 1° Edición, Año 2007, Editorial Jurídica de Chile, Pág. 88), cuestión que esta sentencia predicará no solamente respecto de quien ejerza el rol de padre, sino tambien de quien tenga el rol de madre. Así, la posesión notoria de estado es reconocible o caracterizable como *"un medio para transformar un vínculo sociológico en vínculo jurídico. En efecto, la posesión notoria es un medio de prueba del establecimiento de la filiación (que es un vínculo de derecho) entre padre e hijo que se comportan como tales en la realidad (vínculo de hecho), aun cuando no exista entre ellos lazos biológicos, mediante la prueba fehaciente de haberse comportado así (nomen tractatus, fama) generando la apariencia de un estado que no se tenía previamente. Supone entonces la consolidación jurídica de una realidad sociológica, lo que descarta su aplicación cuando ya se encuentra establecida una filiación"* (sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 5/12/2019), motivo por el cual aparece como necesario regular su relación y prelación respecto de las otras, contexto en el cual surge la citada regla del artículo 201 del Código Civil.

## III. LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA

**DECIMOCUARTO**.- Desde ya es posible adelantar que, a partir del estudio de dictación de la Ley Nº 19.585, es dable comprender que el objeto de la determinación de la posesión notoria del estado civil de hijo es el establecimiento de lazos afectivos entre el presunto padre y el hijo, haciendo primar así el *"principio de veracidad en materia de filiación"* (Excelentísima Corte Suprema Roles 18.707-2019 y 12.792-2019) lo cual deberá propender al interés superior del niño, en el contexto de resguardar su derecho a la identidad[1] , es decir, la regulación especial de la posesión notoria del estado civil de hijo, que se configura tras la constatación de una situación sociológica -caracterizada por un vínculo afectivo-filiativo, esto es, la situación jurídica relacionada con "el lugar que ocupa una persona en una familia" (Excelentísima Corte Suprema. Causa Rol 18.707-2019)- y no biológica, que se prueba conforme a los requisitos previstos en los artículo 198 a 201 del Código Civil, se configura como *"(…)una verdadera excepción*

1 "es el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social..." (sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de abril de 2012, caso Fornerón e Hija V/S. Argentina), y "que es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, por lo que es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro; por lo tanto, se despliega en el tiempo y se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción donde están las rafees y los condicionamientos pero traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro" (Fernández Sessarego, C., Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, Editorial Astrea, Año 1992, Págs. 113 y 114).

*al derecho de identidad biológica a que se hizo referencia precedentemente, las que, en estricto rigor, permiten contraponerse a una situación biológicamente comprobada, pero socialmente controvertida, al señalar el legislador que las pruebas de posesión notoria prefieren a las periciales de carácter biológico"* (Excelentísima Corte Suprema. Cuarta Sala. Rol 2250-2015 de fecha 04 de mayo del 2015), en virtud de lo cual parte de la doctrina ha llegado a entender que hay posesión notoria de estado civil de hijo cuando una persona ha dado el nombre, el trato y ha presentado en sociedad a otra invocando la calidad de hijo y demostrándolo a través de acciones o conductas exteriorizadas.

**DECIMOQUINTO.**- Que, en el mismo orden, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso ha expresado que *"la doctrina ha entendido que en la posesión notoria el estado civil de hijo se basa en actos continuos y reiterados que, duraderos en el tiempo, demuestren la existencia de lazos afectivos entre el padre y el hijo para el fin de dejar establecida la filiación en juicio, denominando a estos aspectos como "nombre, trato y fama". Luego, se agrega como requisito para constituir prueba suficiente, el que sea duradero y continuo en el tiempo, indicando un plazo de cinco años para entenderlo como tal (…)"* (Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol 345-2020. Considerando 6º). En dicho sentido, con todo se ha precisado que *"la posesión notoria no genera ni da lugar a un estado civil, sino que solo constituye una herramienta para su acreditación dentro de los procedimientos de filiación, por lo que no puede impetrarse una solicitud de posesión notoria como una acción independiente"* (Excelentísima Corte Suprema. Cuarta Sala. Rol 816-2016. Considerando cuarto).

**DECIMOSEXTO.**- La naturaleza social y fáctica de los elementos que componen la posesión notoria del estado civil de hijo, sumado al carácter permanente que tiene el estado civil, justifican que tales circunstancias de hecho, para tener efectos en la filiación, deban ser reiterados y constantes en el tiempo, en una verdadera manifestación de consolidación de esa situación de hecho.

## IV. ACERCA DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTE TRIBUNAL Y SU APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

**DECIMOSÉPTIMO.**- Que, como latamente ha sostenido la jurisprudencia de este Excelentísimo Tribunal Constitucional *"La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad"* [2].

**DECIMOCTAVO.**- De este modo *"para dilucidar si se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, para luego examinar*

2 Ver en este sentido STC 784 c. 19, STC 1254 c. 46, STC 1399 c. 12, STC 1732 c. 48, STC 1812 c. 26, STC 1951 c. 15, STC 1988 c. 64, STC 2014 c. 19, STC 2259 c. 27, STC 2438 c. 28, STC 2489 c. 18, STC 2664 c. 22, STC 2841 c. 6, STC 2955 c. 7, STC 2838 c. 19, STC 2888 c. 22, STC 53 c. 72, STC 219 c. 17, STC 280 c. 24, STC 755 c. 27, STC 811 c. 18, STC 1133 c. 17, STC 1138 c. 24, STC 1140 c. 19, STC 1217 c. 3, STC 1414 c. 14, STC 2895 c. 8, STC 2983 c. 2, STC 3364 c. 22, STC 3297 c. 22, STC 3309 c. 25, STC 3121 c. 23, STC 6339 c. 5, STC 6370 c. 5, STC 7330 c. 3, STC 7443 c. 3, STC 4170 c. 12, STC 4623 c. 14, STC 6082 c. 5, STC 6866 c. 12, STC 4710 c. 29, STC 4914 c. 27, STC 4222 c. 32, STC 3732 c. 5, STC 3869 c. 5, STC 4097 c. 5, STC 4379 c. 3, STC 4533 c. 3, STC 4972 c. 3, STC 4988 c. 3, STC 5104 c. 3, STC 5778 c. 3, STC 5993 c. 3, STC 5613 c. 3, STC 5751 c. 3, STC 5979 c. 3, STC 5999 c. 3, STC 6108 c. 3, STC 6163 c. 3, STC 6473 c. 3, STC 6349 c. 3, STC 6353 c. 3, STC 6381 c. 3, STC 6508 c. 3, STC 6750 c. 3, STC 6941 c. 3, STC 7076 c. 3, STC 7228 c. 3, STC 7232 c. 3, STC 7233 c. 3, STC 7311 c. 3, STC 7398 c. 3, STC 7430 c. 3, STC 7606 c. 3, STC 4794 c. 54, STC 3406 c. 2, STC 3482 c. 23, STC 3972 c. 17, STC 3440 c. 5, STC 4592 c. 18, STC 4735 c. 18, STC 4820 c. 20, STC 5835 c. 18, STC 5016 c. 17, STC 3570 c. 8, STC 3702 c. 2, STC 5267 c. 9, STC 4836 c. 2, STC 4722 c. 9, STC 5180 c. 9, STC 4800 c. 9, STC 4078 c. 2, STC 3978 c. 14, STC 4843 c. 8, STC 5484 c. 9, STC 5360 c. 8, STC 5625 c. 9, STC 5912 c. 9, STC 6085 c. 9, STC 6073 c. 9, STC 6513 c. 9, STC 7259 c. 9, STC 7516 c. 7, STC 7626 c. 14, STC 7635 c. 13, STC 7785 c. 13, STC 7777 c. 13, STC 7778 c. 14, STC 6180 c. 14, STC 5353 c. 23, STC 5776 c. 23, STC 7464 c. 10, STC 7750 c. 16, STC 4370 c. 19, STC 3406 c. 2, STC 3470 c. 18, STC 3063 c. 32, STC 7217 c. 24, STC 7203 c. 28, STC 7181 c. 24, STC 7972 c. 40.

*si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental. Así, debe analizarse si tal diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos"* (STC Rol 5275, c. 27).

**DECIMONOVENO.**- Que, el requirente expresa a foja 04 que *"se puede observar que en el precepto impugnado se establece una diferencia de trato por el legislador, en aquellos vínculos parentales de más de cinco años de duración, con aquellos que no cumplen con dicho plazo, distinción claramente arbitraria, pues es indudable que la vinculación de un niño con la figura paterna puede desarrollarse de manera sólida desde los primeros días de vida, sin duda que ello debe ser demostrado mediante una serie de pruebas que deberán ser apreciadas y ponderadas, de la forma que lo establece la ley 19968, permite a los jueces de familia". A reglón seguido, argumenta que "El que se excluya arbitrariamente a aquellos que no cumplen con un requisito insostenible, vulnera los derechos constitucionales establecidos, es más el legislador estableció ese periodo de tiempo sin ningún fundamento científico, psicológico o moral, sin tomar en cuenta que una relación paterno filial, de cinco años no será más sólida, ni más conocida entre familiares y deudos que una de cuatro años y 11 meses". Concluye, a foja 08, indicando que "(…) el plazo de cinco años establecido en el articulo 200 del código civil, constituye una barrera infranqueable, para aquellas relaciones paterno filiales que se han formado desde el nacimiento del niño, pero que no cumplen con el plazo establecido en la frase impugnada, privando de una manera arbitraria que aquellos niños que teniendo lazos afectivos férreos y siendo reconocidos por la sociedad como hijos, no puedan acceder a ello".*

**VIGÉSIMO.**- Que, señalado lo anterior, y de acuerdo a cómo ha entendido y aplicado la garantía de igualdad ante la ley en los últimos años, esta Magistratura deberá examinar la razonabilidad, necesariedad y proporcionalidad de la parte del precepto que se intenta inaplicar en autos, a fin de verificar la infracción que aduce el requirente.

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- En ese orden, el principio de proporcionalidad se erige como *"(…) un límite a todas las restricciones de los derechos esenciales o fundamentales, derivando su aplicación del principio del Estado de Derecho, por lo cual tiene rango constitucional. Tal derivación del Estado de Derecho, es en virtud del contenido esencial de los derechos que no pueden ser limitados más allá de lo imprescindible para la protección de los intereses públicos"* (ver en este sentido a Nogueira Alcalá, Humberto, 1997, Dogmática constitucional, Editorial Universidad de Talca, p.184). De este modo, el mismo autor expresa que dicho principio en la práctica se concreta mediante una técnica de aplicación escalonada, en el cual la inconstitucionalidad estará ya establecida dada la infracción de sólo uno de los elementos de dicho exámen.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.**- Que, en primer lugar *"el juicio de igualdad exige analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos que excluyan la presencia de la arbitrariedad. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción, a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas reguladas por la ley, su finalidad y los derechos del afectado que debe estar en condiciones de tolerar tal afectación"* (en este sentido ver STC Rol 7641 c. 22). En este sentido, en relación con el caso sublite, cabe hacer presente que la Ley 19.585, introdujo importantes modificaciones en materia de filiación al eliminar la distinción entre los hijos, establecer la libre investigación de la paternidad, así como la libertad probatoria en juicios de filiación y, subsumiendo en dicho precepto el derecho a la identidad visto en relación con el interés superior del niño, niña o adolescente. Así, el artículo 200 del Código Civil establece que *"la posesión notoria de calidad de hijo respecto de determinada persona servirá para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado al menos cinco años continuos (…)".* De lo anterior fluye con

claridad que el legislador incluyó requisitos de continuidad y durabilidad, por un periodo de a lo menos cinco años continuos, que permitan acreditar de manera irrefragable actos continuos y reiterados, durante un tiempo prolongado, permitan concluir la existencia de lazos afectivos entre el padre y el hijo, así evitando exponer al niño, niña o adolescente a lo que en la práctica sería una filiación "aparente", producto de una relación socio-afectiva no consolidada, cuestión que resultaría del todo incoherente con la protección y promoción del derecho a la identidad y el interés superior de éste.

**VIGÉSIMO TERCERO.**- Con todo, la parte del precepto que se intenta impugnar *"siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos" se fundamenta a lo menos sobre dos pilares, (a) dar seguridad jurídica de la existencia de la posesión notoria del estado civil de hijo y, (b) asegurar de forma seria y manifiesta la existencia del vínculo referido, el cual permitirá al NNA sentirse parte integrante de una familia, en la cual converjan vínculos de afecto y valores que le permitan desarrollar su máximo potencial material e intelectual. Todo lo cual resulta coincidente con la fundamentación de la discusión parlamentaria, en la cual, por ejemplo, el diputado Sr. Luksic señaló "(…) Me causan ciertas dudas las normas que establecen la posesión notoria de cinco años para acreditar la filiación, decisión o resolución que debe tomar el juez. Quizás, a primera vista el plazo debiera ser mayor, tal vez de diez años; pero lo importante al determinar la filiación, y en ese sentido me parece un acierto, es que se privilegia el afecto, la preocupación y el bienestar del presunto padre o madre sobre la vinculación o relación sanguínea."* (Cámara de Diputados de Chile. Discusión en Sala. Proyecto de ley que "Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación". Boletín 1060-07-1, de 8 de septiembre de 1998 p. 1280).

**VIGÉSIMO CUARTO.**- Por otra parte, respecto a la supuesta infracción a la igualdad ante la ley, la norma transcrita establece requisitos taxativos, incluyendo la parte que se intenta declarar inaplicable, y que satisfacen el estándar de razonabilidad, como se explicara precedentemente, por lo que a esta Magistratura, en atención al principio de deferencia al legislador, no le corresponderá referirse sobre la decisión legislativa sobre el quántum del plazo para optar a la posesión notora indicada, al resultar del todo razonable y necesario dicho requisito. Por cuanto, a estos sentenciadores no les quedará más que desechar dicha argumentación.

## V. LA CONSOLIDACIÓN EN EL TIEMPO DE LOS ELEMENTOS DE LA POSESIÓN NOTORIA.

**VIGÉSIMO QUINTO.**- Los elementos propios de la posesión notoria que ya se han enunciado, además de su fundamento y función ya expresados, para configurar una "posición" de la persona en la sociedad y efectos jurídicos desde ella requieren consolidación y permanencia del ejercicio de la función de padre o madre a lo largo del tiempo, pues a partir de ello se construye además la dimensión subjetiva de la propia identidad de la persona, a partir de la auto comprensión y significación de su entorno afectivo y familiar, cuestión que se desarrolla y consolida con el tiempo, a medida que una persona crece y desarrolla su vida, construyendo así su propia historia de vida como sustento y cimiento de su personalidad y su proyecto.

**VIGÉSIMO SEXTO.**- Es por eso que resulta del todo razonable, y hasta necesario, que la norma exija un plazo, como prueba de tal permanencia, continuidad y consolidación, que son necesarias para dar por jurídicamente establecido el estado de padre, madre e hijo, si es que su establecimiento se sustenta el cumplimiento de tales roles y no en antecedentes genéticos.

## VI. EL NIÑO: TITULAR DE DERECHOS Y NO UN MERO "OBJETO" DE LITIGACIÓN.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.**- Que, desde esa perspectiva, no puede preterirse que la filiación del hijo no es solo la "materia" u "objeto" de litigación en un proceso, sino que es un atributo de la personalidad de un ser humano, que en tanto niño es persona, dignidad humana y titular de

derechos fundamentales, debe ser considerado en tal perspectiva, que además es ineludible al estar reforzados sus derechos por los específicos que establece adicionalmente la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile y vigente, dentro de la cual se incluyen normas que expresamente disponen que *"El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" (art. 7), agregando que "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas" (art. 8) y que "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño"* (art. 9) .

## VII. CONCLUSIONES

**VIGÉSIMO OCTAVO**.- Así, la determinación certera y permanente del estado civil mediante la posesión notoria requieren no solo de un estándar probatorio alto, sino de reiteración y permanencia ininterrumpida en el tiempo de los elementos que determinan tal posesión notoria, cuestión que no se verá alterada si se eliminase el plazo de 5 años en la norma. Es por ello que no resulta arbitrario, sino que en realidad resulta necesario establecer un plazo como el que se determina en el precepto cuestionado, sin que 5 años resulte excesivo ni desproporcionado, pudiendo incluso llegar a calificarse de breve si es que la calidad de hijo y su significación respecto de la relación con los padres es parte de la identidad de la persona durante toda su vida.

**VIGÉSIMO NOVENO**.- Que, por otra parte, una eventual declaración de inaplicabilidad restaría el plazo durante el cual deben probarse los hechos constitutivos de la posesión notoria, lo cual le quitaría certeza y permanencia en el tiempo, dejando al tribunal del fondo sin un parámetro de continuidad, reiteración y consolidación que es necesario para poder dar por establecidos sus efectos. Aún en ese escenario, el probar y ponderar el carácter "notorio" de la posesión del estado civil implicaría de todas formas una actividad de prueba y razonamiento en torno a la dimensión temporal de esa notoriedad.

Es por todo lo expuesto que el requerimiento deberá ser rechazado.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

[...]

**SENTENCIA ROL 8215-2020.** *Publicada el 04 de junio de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 196, inciso primero, respecto de la frase "si fuese sorprendido en una primera ocasión, la suspensión por el término de cinco años, si es sorprendido en un segundo evento", y el artículo 111, inciso segundo, respecto de la frase "se entenderá que hay desempeño en", de la ley N° 18.290. Paola Margarita Antivilo Maripangue. En la causa RIT N° 8595-2019, RUC N° 1900008382-0, seguido ante el juzgado de garantía de Valparaíso.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

Acordada con el voto en contra del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quien estuvo por acoger el requerimiento, únicamente respecto a la impugnación al artículo 196, inciso primero, en la frase solicitada, por las siguientes razones:

**1°.-** El artículo 196, inciso primero, de la Ley N° 18.290, establece como sanción "la suspensión por el término de cinco años, si es sorprendido en un segundo evento", en una pena agravada respecto de la reincidencia en una materia especial, como es la de tránsito, aumentando la sanción, y llegando al impedimento perpetuo para acceder a licencia de conducir.

**2°.-** Es un hecho que la reincidencia como agravante de pena es un trato diferente al ordinario y que resulta más gravoso que el mismo, en la medida que la pena es por definición una afectación de derechos. No debe olvidarse que las garantía de culpabilidad exige que no puede haber pena sin culpabilidad y en esa perspectiva la doctrina autorizada señala que "La culpabilidad para la fundamentación de la pena atañe a la cuestión de bajo que presupuestos existe culpabilidad y por tanto por regla general responsabilidad jurídico penal. En cambio, la culpabilidad para la medición de la pena atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto al conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto" (Roxin, C., Derecho penal parte general tomo I, Madrid, Civitas, 2008, p. 814.).

**3°.-** Al mismo tiempo, la reincidencia podría ser considerada un atentado al principio ne bis in ídem, al sancionarse nuevamente un hecho ya antes sancionado, esta segunda vez con una adenda de mayor pena frente a la comisión un hecho nuevo, encontrándose como único motivo del aumento de pena la comisión de un delito anterior que ya fue objeto de punición por sentencia ejecutoriada, deviniendo además la pena del segundo hecho en desproporcionada al ser más alta de lo que significan la culpabilidad y la relevancia social del ilícito basal en su correlación con el quantum punitivo fijado como estándar común.

**4°.-** Que en clave de derechos fundamentales lo antes expuesto puede ser calificado como un atentado a la garantía de la igualdad ante la ley, al recibir el condenado un trato más gravoso sin fundamento legítimo, que entonces no es proporcional a su grado de culpa ni a la sanción estándar del mismo hecho, transformándose el sujeto en un objeto, para fines de disuasión punitiva a efectos de intimidar al resto de la comunidad, para no realizar el mismo tipo de actos, lo cual es un atentado al artículo 1° de la Constitución, en la medida que la dignidad humana implica concebir al ser humano como un fin en sí mismo y no como un medio al servicio del poder estatal, en este caso, en su dimensión punitiva.

**5°.-** Así, el aumento de pena por reincidencia puede ser calificado, prima facie, como potencialmente inconstitucional por los motivos expresados, lo cual se ve agravado al ser la pena por regla general una afectación de derechos fundamentales.

**6°.-** Adicionalmente, la función resocializadora del ius puniendi estatal lleva a que las sanciones perpetuas tengan un verdadero halo sospechoso de inconstitucionalidad, pues no persiguen rehabilitación ni resocialización alguna, sino que son solamente una sanción una sanción de por vida en privación de derechos.

**7°.-** Sin embargo, en el caso concreto, dichas consideraciones acerca de las garantías penales se ven atenuadas, pues debe tenerse presente que la sanción es la pérdida de la licencia de conducir, la cual no es un derecho fundamental en sí misma. Además, siendo una regla especial, se refiere a una materia especialísima: la actividad de tránsito, con las características que le son propias, entre las cuales está la alta y a veces irreversible dañosidad que encierra el eventual peligro de daño a la vida e integridad física de terceros que implica la conducción de vehículos motorizados, lo cual trae como consecuencia que el legislador puede exigir para estas actividades un nivel de diligencia y aptitud mayor al habitual de otras. Así, en materia de tránsito vehicular la conducción es una actividad eminentemente generadora de riesgos, tanto para el propio conductor como para la vida de terceros.

**8°.-** Es por ello que la propia Ley N° 18.290 contempla requisitos, controles y procedimiento para obtener los diversos tipos de licencia de conducir, lo que implica la carga de acreditar la concurrencia de elementos que constituyen garantía de idoneidad y seguridad en la conducción, además de existir en la misma ley un amplio conjunto de conductas prohibidas para todo conductor, entre las cuales hay figuras infraccionales y penales, algunas de peligro y otras de resultado, que reconocen como razón de su establecimiento la garantía y respeto de terceros para la cautela y protección de sus derechos (Ver en este sentido, sentencia Rol N° 1888, considerandos 18°, 19°, 20, 21°), en una actividad que, como ya se señalara, es altamente riesgosa y dañosa, en contra de la integridad física y la vida de las personas, lo que significa que debe ser claro y alto el reproche de figuras típicas ligadas a actividad de conducción, lo cual a su vez tiene un correlato en la entidad de las sanciones.

**9°.-** Sin perjuicio de todo ello, no debe olvidarse que la actividad punitiva estatal respecto de las conductas de tránsito y conducción de vehículos motorizados está regida por las garantías penales mínimas derivadas de la dignidad humana: proporcionalidad y funcionalidad de pena, culpabilidad, irretroactividad de la ley penal, taxatividad, entre otras.

**10°.-** Por otra parte, cabe señalar que la obtención de licencia de conducir no es un derecho universal, no se encuentra establecida para toda persona y además requiere de requisitos específicos, además de ser su regulación materia de ley, por lo que no es como un derecho fundamental. Cabe agregar que su obtención no tiene carácter de perpetuo, pues tiene requisitos de idoneidad, entre los que se encuentran los sicomotrices y de salud, agregando que puede ser cancelada, revocada, suspendida y denegada de conformidad con lo dispuesto por la misma Ley N° 18.290, justamente por motivos de falta de idoneidad y mala conducta. En este sentido, cobra especial relevancia la hoja de vida del conductor y los antecedentes penales que pudiera tener al respecto, pues constituyen un antecedente o indicio del cumplimiento de deberes de cuidado, e incluso da cuenta de sucesos causantes de lesiones y daños causados, incluso dolosamente en ocasiones. Debe tenerse presente además que el estándar de cuidado debe ser alto, más aún si existen trabajos que se realizan conduciendo a jornada completa (transportistas escolares, buses de pasajeros, camiones de alto tonelaje, etc.), que ejecutados sin la idoneidad y sin el cumplimiento de los deberes de cuidado pueden ocasionar incluso la muerte de terceros. No puede sostenerse entonces que la obtención de licencia de conducir sea un derecho fundamental y por ende su privación perpetua no cabe dentro de lo razonado precedentemente respecto del halo de sospecha, pues en este caso la pena no es una privación de derechos fundamentales y

la reiteración de infracciones puede considerarse como un acreditivo factual y objetivo de falta de idoneidad para mantener la vigencia de la licencia de conducir, a la cual se le puede poner término.

**11°.-** Aun así, subsiste un cuestionamiento: la reincidencia como agravante objetivo de pena sigue siendo un trato diferenciado que significa una sanción adicional, un verdadero addendum de pena con nombre y apellido, a causa de haber cometido antes un hecho ya sancionado. Es decir, subsiste el trato distinto más gravoso que tiene fundamento en un ilícito ya perseguido.

**12°.-** En este sentido, se observa que si el segundo hecho es similar al primero la pena es más alta y el propio legislador reconoce que la causa del trato diferente es el delito anterior, infringiendo el principio ne bis in idem.

**13°.-** Adicionalmente, si los caracteres y relevancia del hecho son los mismos, el trato diferente no reconoce entonces justificación suficiente, pues el ilícito del hecho, como factor motivante de la pena, es el mismo, pero el trato es diferenciado. De esa forma, el alza de pena de suspensión por la reincidencia en el precepto impugnado deviene en una hipótesis de discriminación arbitraria.

**14°.-** Que lo anterior no significa dejar impune la segunda infracción, pues una declaración de inaplicabilidad del aumento de pena deja vigente la pena primitivamente fijada para el primer caso. Adicionalmente, no significa tampoco el derecho a mantener la licencia, pues subsisten todas las causales de término de la misma, incluida la del mismo artículo en el que se encuentra el precepto impugnado, pues no se ha pedido la inaplicabilidad de esa parte de la norma. Así, queda de manifiesto que el aumento de pena por reincidencia además es innecesario, lo cual desnuda aún más su cuestionabilidad, a lo cual se agrega otro elemento de trato diferenciado y más gravoso: no se ha considerado en estos casos la prescripción de la reincidencia, como sí se hace en relación con las agravantes de reincidencia propia o específica, en el artículo 104 del Código Penal.

**15°.-** Se ha requerido también la inaplicabilidad del artículo 111, inciso segundo, respecto de la frase "se entenderá que hay desempeño en …", en tanto se establecería una ficción de desempeño en estado de ebriedad, haciendo imposible ejercer el derecho a defensa en cuanto establecer la inexistencia de dolo en la conducta, esto es, conocimiento y voluntad en la realización de la misma.

**16°.-** Cabe mencionar en primer lugar que la ingesta de alcohol es un acto voluntario por definición, y no está en duda que afecta las capacidades de percepción, reacción, relación con el entorno y toma de decisiones rápidas, todas cuestiones que son claves para el cumplimiento del deber de cuidado en la conducción de vehículos motorizados. Es en ese sentido que los caracteres de generalidad y abstracción de la ley son garantías de interdicción de la arbitrariedad, lo cual es aún más necesario en materia penal. De tal forma, el legislador debe fijar un estándar común y objetivo en materia de índices de alcohol que se consideren incompatibles con la actividad conductiva. Si bien es cierto que la dosificación de gramos por mil de alcohol en la sangre o en el organismo puede tener consecuencias no necesariamente idénticas en todas las personas, la ley penal y la ley de tránsito no pueden sino tener un solo estándar y metodología de medición, ya que si así no lo fuera pierden su carácter de generalidad. El método elegido por el legislador es de tipo científico y no queda al arbitrio ni de las policías, ni del persecutor ni del juez, y más allá de sus particularidades no es una sentencia de este tribunal la instancia científica idónea para realizar estudios de campo acerca de su absoluta o relativa exactitud, lo cual además no ha sido planteado como parte de la litis.

[…]

**SENTENCIA ROL 8802-2020.** *Publicada el 26 de noviembre de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la expresión "soltera o viuda", contenida en el artículo 24 de la ley n° 15.386, Sobre revalorización de pensiones. Evelyn Olimpia Olate Barra. En el proceso Rol N° 33.546-2020, sobre recurso de protección, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quien estuvo por rechazar el requerimiento fundado solamente en las siguientes consideraciones:**

**1°.-** En el caso sub lite la propia requirente reconoce que el hijo a que se refiere normativa es mayor de edad, beneficiario de montepío y ya no vive a sus expensas, motivo por el cual solicita pensión después de que el hijo ya no vive con ella. A su vez, reconoce que al fallecer su conviviente -oficial retirado de Carabineros- ella se encontraba casada, por lo que no era soltera ni viuda, y consta además que, con posterioridad a dicho fallecimiento, ella obtiene en el mismo año 2018 la sentencia de divorcio. De tal forma, al momento de fallecer el causante de las eventuales pensiones de sobrevivencia, la requirente no se encontraba en ninguna de las situaciones o posiciones que determinan el acceso a ellas en función del estado civil, buscando por medio de gestión pendiente y la presente sentencia de inaplicabilidad enmendar ello.

**2°.-** A tal efecto, debe tenerse presente que en todo sistema de seguridad social la ley debe definir los estados de necesidad social, las prestaciones que derivarían de ellos, los titulares de las mismas y los requisitos que se deben cumplir para acceder a ellas. Ello es plenamente coherente con lo dispuesto en el numeral 18° del artículo 19 de la Constitución Política, que además de dotar al legislador de una amplia capacidad regulatoria en la materia, exige al Estado asegurar el acceso a prestaciones *"básicas y uniformes"*.

**3°.-** En este sentido, la determinación de los sujetos y el cumplimiento los requisitos para acceder a pensión de sobrevivencia han de ser cumplidos al momento de producirse el estado de necesidad social: es decir, al momento del fallecimiento del causante de la pensión, y una sentencia de inaplicabilidad, al no tener efectos retroactivos, no podría tener la aptitud de producir como efecto una alteración sobrevenida del hecho del cumplimiento de tales presupuestos, más en un sistema de seguridad social de universo limitado y especial. Aún si una sentencia de inaplicabilidad pudiese tener tal efecto, el mismo no podría configurarse sin romper el imperativo constitucional de uniformidad de las prestaciones establecido al consagrar el derecho a la seguridad social.

**4°.-** En efecto, si la finalidad de la norma cuestionada era *"solucionar la situación –de ordinaria ocurrencia en nuestra realidad social– de personas que sin haber contraído matrimonio viven juntos durante largo tiempo, constituyendo una verdadera familia, quedando el grupo abandonado y sin derecho alguno en el momento de la muerte de quien lo sostenía"*, debe tenerse presente -como dato- que al momento de dictación de la norma en Chile no existía divorcio vincular. Aún así, el derecho chileno reconoce al conviviente como titular de pensión, bajo ciertas condiciones que son excepcionales y, como se verá, el estado de la cuestión de la pensión del padre o madre de hijos no matrimoniales en el sistema previsional común es esencialmente el mismo en nuestros días, aún cuando hoy si existe divorcio vincular, siendo entonces finalmente irrelevante la cuestión de no haber la ley de divorcio al dictarse el precepto cuestionado, siendo solamente útil tener presente que "soltera" y "divorciada" no son lo mismo en tanto estado civil al día de hoy, pues, entre otras normas, el artículo 305 del Código Civil los distingue expresamente.

**5°.-** No deja de llamar la atención que convivientes involucrados (la requirente y el difunto coronel de Carabineros) no haya regularizado su estado civil para poder casarse o celebrar un acuerdo de unión civil, pues desde el año 2004 en nuestro país existe el divorcio vincular, que se puede demandar por vía de acción en los tribunales de familia invocando, entre otras causales, el cese de convivencia, cuestión que resulta pertinente para el caso del causante. Debe tenerse presente además que a la fecha de fallecimiento del causante estaba ya vigente la ley que crea el Acuerdo de Unión Civil, vigente desde el año 2015.

**6°.-** A su vez, se puede entender que la situación derivada del divorcio es distinta, en la medida que en un proceso de divorcio no solo se disuelve el vínculo matrimonial, sino que además en él se determinan derechos patrimoniales derivados de la relación jurídico matrimonial (compensación económica, alimentos, derechos sobre bienes en común o sociales, etc.), motivo por el cual no se configura una situación de abandono ni desamparo para subsistir como la que pre supone la norma cuestionada.

**7°.-** Por otra parte, no puede preterirse que desde la dictación del decreto ley 3500, el ejercicio del derecho a seguridad social en nuestro país reconoce como norma general y obligatoria al sistema de pensiones que tal norma establece, financiadas por capitalización individual establecida por dicha norma, subsistiendo como excepcionalísimas y restringidas excepciones las cajas de reparto que el nuevo sistema dejó subsistentes, ente ellas DIPRECA y CAPREDENA. Este tema es particularmente relevante a varios efectos, el principal es constatar que la pensión en cuestión en estos autos es de aquellas de DIPRECA. En este sentido, el acceso a dichos sistemas cerrados de reparto y los requisitos para acceder a sus pensiones deben ser interpretados restrictivamente, no existiendo un derecho de libre elección para acceder a dicho sistema y sus prestaciones, cuyo universo y requisitos se define estricta, expresa y excluyentemente por ley.

**8°.-** Por otra parte, si a partir de una ley especial, como lo es el precepto cuestionado, se alega una discriminación en el acceso a la pensión desde el sistema especial y excepcional de DIPRECA, que es de reparto y al cual no puede acceder todo ciudadano, y que se financia además no solo con las cotizaciones sino también con aporte fiscal directo, debe tenerse presente que forzosamente el trato previsional que la ley hace común a todo ciudadano, a efectos de considerar que el mismo ha de ser parte del tertium comparationis que se ha de utilizar como punto de referencia o contraste para determinar si hay o no discriminación. En este sentido, el artículo 5° del decreto ley 3500, al establecer quienes acceden a pensión en el sistema ordinario de pensiones para el ciudadano común -todo aquel que no tenga el privilegio de pertenecer a un sistema cerrado, excepcional, de acceso limitado, con cotizaciones más bajas que las del sistema común (AFP) y con pensiones que no se agotan con cargo a un fondo individual de pago - dispone que *"Serán beneficiarios de pensión de sobrevivencia, los componentes del grupo familiar del causante, entendiéndose por tal, el o la cónyuge o conviviente civil sobreviviente, los hijos de filiación matrimonial, de filiación no matrimonial o adoptivos, los padres y la madre o el padre de los hijos de filiación no matrimonial del causante"*, lo cual implica que, prima facie, tampoco en el sistema ordinario y común la requirente sería beneficiaria de pensión, ya que al momento del fallecimiento de su pareja no es cónyuge ni conviviente civil. Esta norma es particularmente importante, pues el texto de dicho artículo ha sido modificado en el año 2008 por la Ley N° 20.255, que Crea y establece un Sistema de Pensiones Solidarias mediante el cual el Estado de Chile entrega y financia beneficios como las pensiones básicas solidarias (PBS) de vejez e invalidez y los aportes previsionales solidarios (APS) de vejez e invalidez (usualmente conocida como la reforma previsional de 2008) y en el año 2015 por la Ley N° 20.830 (Crea el Acuerdo de Unión Civil), de lo que deriva que su texto actual se formula con los estándares y normas de las leyes de filiación, divorcio y de acuerdo de unión civil. A su vez, la misma Ley N° 20.255, modificó el art. 9 del mismo decreto ley 3.500,

que se refiere a otra particularidad de la seguridad social en nuestro país, que es reconocer, en paralelo, derecho a pensión al padre o madre de hijos en común sin matrimonio ni Acuerdo de Unión Civil. En su texto actual, la norma establece que "El padre o la madre de hijos de filiación no matrimonial de la o el causante tendrán derecho a pensión de sobrevivencia si reúnen los siguientes requisitos, a la fecha del fallecimiento: a) Ser solteros o viudos, y b) vivir a expensas del causante", en una norma de similar contenido que la cuestionada en estos autos, cuyo texto fue ajustado por la ley que reguló el estatuto jurídico de la convivencia.

**9°.-** Lo razonado precedentemente permite descartar la argumentación que sostiene que la norma cuestionada excluye a la requirente porque no había ley de divorcio al momento de su dictación, ya que, en el estatuto previsional común para todo ciudadano, hoy la situación de la requirente sería la misma que antes de la presente sentencia, incluso con las reformas introducidas con posterioridad a la Nueva Ley de Matrimonio Civil, que introdujo el divorcio vincular.

**10°.-** De tal forma, no se produce una vulneración de la igualdad ante la ley, debiendo recordarse que el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental establece que en Chile no hay persona ni grupo privilegiado frente a la legislación, lo que debe conectarse con la uniformidad de las prestaciones de seguridad social que exige el numeral 18° del mismo artículo. Por otra parte, la norma cuestionada goza de suficiente razonabilidad legislativa, más aún si no aparece ninguna intención ni halo sospechoso de odiosidad hacia grupo o personas determinadas en el precepto cuya inaplicabilidad se requiere.

**SENTENCIA ROL 11.576-21.** *Publicada el 2 de junio de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto de la expresión "o una licenciatura" contenida en el artículo 103, letra b), de la ley n° 21.091, sobre educación superior. Pontificia Universidad Católica De Chile. En el proceso Rol N° 47.375-2021, sobre recurso de apelación de protección sustanciado ante la excma. Corte Suprema.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por rechazar la impugnación de fojas 1, por las siguientes razones:**

**I. BREVES REFERENCIAS AL CASO CONCRETO.**

**1°.-** Que, como consta a fs. 01, don José Miguel Burmeister Lobato, abogado, en calidad de representante legal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, deduce acción de Inaplicabilidad respecto del artículo 103 letra b) de la Ley Nº 21.091, sobre Educación Superior, específicamente respecto de la expresión "o una licenciatura" que emplea el literal del precepto impugnado, en la gestión pendiente recaída en un recurso de Apelación que se tramita ante la Excelentísima Corte Suprema – Rol Nº 43.375-2021- pues a juicio del requirente el precepto impugnado, aplicado en la gestión pendiente, devendría en la afectación del artículo 19 Nº 11 inciso 1º de la Constitución – sobre la libertad de enseñanza, en su faz de autonomía universitaria- del artículo 19 Nº 2 de la Constitución – que garantiza la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria- y el artículo 19 Nº 10 de la Carta Fundamental -que garantiza el derecho a la educación-.

**2°.-** El requirente precisa que la situación concreta por la cual recurre dice relación con el hecho que imparte un programa académico denominado "College UC" que permite a los alumnos articular estudios con otras carreras de la misma Universidad, para luego acceder a un título profesional. Destaca, en igual sentido, que la continuación de esos estudios, con límites temporales establecidos por la ley, era financiada a los alumnos de dicho programa, según criterios socioeconómicos, mediante el beneficio de la gratuidad; situación que habría cambiado, dado el dictamen Nº 43.811 de 2020 de la Contraloría General de la República, mediante el cual se habría decidido que los alumnos del programa estarían impedidos de acceder al beneficio de la gratuidad universitaria, pues ese beneficio excluye a quienes poseen una licenciatura y, en consecuencia, no podrían continuar gratuitamente cursando sus estudios con el objeto de acceder a un título profesional, al considerar que dicho programa concluye con una licenciatura terminal (Fs. 05).

**3°.-** A reglón seguido, argumenta que la decisión del Contralor General de la República, sería "grave" dado que la Universidad habría informado al Ministerio de Educación que el "College UC" era un programa inicial que sería conducente a un título profesional, cuando se continúan los estudios.

**4°.-** Que, a fs. 03, el requirente señala que como consecuencia de lo anterior, dedujo una acción de Protección en contra del dictamen indicado -fundado en que dicho dictamen sería ilegal y arbitrario, e infringía el principio de igualdad, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. De tal modo, sostenía que *"(…) el dictamen de la CGR cercena la autonomía universitaria para decidir conforme, conforme a sus fines, los planes que dicho establecimiento ofrece, y por el otro deja completamente anulada la posibilidad de que los planes de estudio ofrecidos tengan la flexibilidad necesaria para adaptarse a las realidades sociales, económicas y culturales de cada uno de los estudiantes"* (fs. 06)-, solicitando a la Ilustrísima Corte de Apelaciones anular el referido dictamen, a fin de "hacer primar los derechos fundamentales a los alumnos que cursan el programa y de la Universidad". Sin perjuicio de lo anterior, indica que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 07 de julio del 2021, rechazó la acción al considerar que el Contralor habría actuado "ajustado a derecho" y que "no es posible sostener que se esté en presencia de un acto ilegal o arbitrario" pues el Contralor tendría facultades, conforme al artículo 98 de la Constitución Política, y los artículos 1, 5, 6 y 9 de la Ley Nº 10.336, para fijar el "sentido y alcance" de las normas legales.

**5°.-** El actor, con fecha 13 de julio del 2021, dedujo recurso de Apelación en contra de la Sentencia Pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, para que, teniéndola por interpuesta, la concediera para ante la Excelentísima Corte Suprema, a fin de que ésta la revoque y acoja en todas sus partes la referida acción, argumentando, a fs. 07, para tal fin, entre otras cosas lo siguiente: (a) la Sentencia yerra al señalar que el Contralor hace una "interpretación normativa" o fija el "sentido y alcance" del artículo 103 de la Ley Nº 21.091. Lo cual, a su juicio, no sería correcto, pues el concepto que el Contralor aplica en su dictamen es el de licenciatura terminal, el que no se deriva de la citada disposición. (b) La Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones validó la interpretación de la contraloría, secundada por el Ministerio de Educación, sobre la base que esta se fundaría en una discusión legal. En tal orden, indica que dicha distinción no sería sostenible jurídicamente conforme al artículo 103 letra b) de la Ley Nº 21.091. (c) Asimismo, expresa que es incorrecto que la sentencia sostenga que lo señalado en el dictamen constituye una "interpretación" del artículo 103 de la Ley Nº 21.091. Lo que hace el dictamen es aplicar la disposición, pero utilizando criterios que derivarían de sus anteriores dictámenes, los que se fundarían en preceptos legales derogados, y se refieren a materias ajenas al recurso.

**6°.-** Siguiendo tal línea de fundamentación el requirente sostiene que la aplicación del precepto impugnado en la causa que sirve como gestión pendiente a la presente acción, devendría en las siguientes infracciones:

a. **Infracción a la libertad de enseñanza (artículo 19 Nº 11 de la Constitución). Específicamente, el derecho a organizar y mantener establecimientos educacionales de nivel superior y autonomía universitaria.** El requirente sostiene, a fs. 20, que, en el campo de la educación superior, esta autonomía universitaria cimentada en la libertad de enseñanza, en su faz de institución privada, resulta ser la particular manifestación de la autonomía de los grupos intermedios que reconoce el artículo 1 inciso 3 de la Constitución y que resultan del ejercicio de las libertades de asociación (art. 19 Nº 15 de la CPR) y de enseñanza, especialmente en su dimensión institucional (art. 19 Nº 11 de la CPR). De tal forma, el binomio señalado otorgaría fundamento y protección constitucional a las universidades no estatales en la gama más amplia de sus funciones y de sus características de identidad. En este sentido, el actor a fojas 25 y 26, precisa parámetros establecido por este Excelentísimo Tribunal Constitucional en las STC Roles 523-2006, C. 14º, 27º y, respecto al voto disidente el considerando 40º; 1615-2010, C. 11º; 2371-2014, C. 40º del voto disidente; 4371-2018, C. 100º.

   » Luego, el requirente señala que el precepto legal impugnado infringe la autonomía universitaria entendida como "máxima o extensiva" y que comprende la autonomía administrativa, impidiendo su auto determinación institucional en el desarrollo efectivo de su programa College UC.

   » En el mismo orden, sostiene que, el dictamen de la Contraloría General de la República, no considera la calificación que hace la propia Universidad del programa "College UC" como programa inicial. En tal sentido, indica que existe un conjunto de normas y principios que sostienen la libertad de los establecimientos educacionales para definir "(…) dentro de los márgenes que la Constitución fija a la libertad de enseñanza (…)" (fs. 29) sus propios programas educativos, sus procesos académicos, su oferta académica. Afirma, que el artículo 54 de la LEGE, establece, en su inciso 5º una manifestación concreta de dichos principios, toda vez que establece que le corresponde a las Universidades, exclusivamente, otorgar títulos profesionales respecto de los cuales la ley requiere haber obtenido el grado de licenciado en carreras que impartan, por cuanto no debe haber interferencia de ningún tipo, mucho menos, a su juicio, del Contralor General de la República respecto a la determinación de los programas que permitirían acceder a títulos profesionales, o a su calificación como programas iniciales o terminales.

   » El actor expresa, a fs. 30, que, el dictamen niega un beneficio a los estudiantes que la LEGE estima procedente, siendo su proceder arbitrario, pues el artículo 109 de la Ley General de Educación superior, al que hace reenvío el artículo 103 letra b), establece que quienes habiendo obtenido una licenciatura, y pretendan continuar con sus estudios para obtener un título pedagógico, sí podrían acceder a la gratuidad; en tanto, no justifica porque el "College UC" no se encuentra comprendido dentro de la categoría de "programa de estudios conducentes" si este pueden conducir al estudiante, según lo estime a obtener un título profesional -se cuestiona que el dictamen no razona sobre cuál sería la diferencia para ser beneficiado con la gratuidad, previa obtención de una licenciatura, si el título profesional al cual se intenta optar es el de pedagogía, o de ingeniería; o bien cuáles son los elementos para categorizar una carrera como conducente o terminal-.

b. **Infracción a la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria (artículo 19 Nº 2 de la Constitución) específicamente en cuanto el precepto legal impugnado discrimina arbitrariamente por diferenciación.** El requirente, a fs. 34, afirma que el artículo 103 inciso 1º de la Ley Nº 21.091 infringe la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, al diferenciar a los alumnos del College UC en el acceso al beneficio de la gratuidad. De tal modo, argumenta que el dictamen que impugnó es contrario al principio de igualdad toda vez que establece una diferencia entre los alumnos del College UC y otros alumnos de programas análogos como los bachilleratos, y otros conducentes o que permiten articular con otras carreras. En consecuencia, arguye que "unos alumnos tendrán acceso a la gratuidad y a los recursos públicos, y otros no, a pesar de que todos los que se encuentran en situaciones semejantes -es decir, que están habilitados para acceder- tendrían derecho al mismo tratamiento y a gozar de los recursos para la gratuidad (diferencia que, a su juicio, no sería fundada razonablemente y es arbitraria).

c. **Infracción al derecho a la educación (artículo 19 Nº 10 de la Constitución Política).** Respecto a esta línea argumentativa, el actor, a fs. 35 y 36, precisa que "(…) Los alumnos del College UC no pueden desarrollar su proceso de aprendizaje de manera integral, hasta obtener un título profesional que les permita trabajar, si no cuentan con las condiciones materiales para pagar sus estudios, ya que, conforme al precepto legal impugnado, los estudios conducentes al título profesional, no se encuentran financiados por la gratuidad" En tal orden, afirma "(…) ellos no pretenden estudiar dos carreras, los alumnos del College UC optan por un programa que les permite elegir, durante sus estudios, el rumbo de sus carreras profesionales (…) derecho que es truncado con el precepto legal que se impugna (…)". Concluye, a propósito de la triada entre derecho a la educación, libertad de enseñanza y derecho a la igualdad que *"Ese delicado equilibro al que nos referimos, solo existe, solo se produce, cuando el Estado, en cumplimiento de la Constitución y las obligaciones internacionales que debe respetar y promover, permite el acceso igualitario y universal, siempre con las limitaciones presupuestarias existentes, al derecho a la educación de los estudiantes. Cuando ese acceso se entraba, se limita, de manera caprichosa, irracional, en suma, arbitraria, no solo de deniega el derecho a la educación, sino que también se hace erosionando severamente la libertad de enseñanza y el principio de igualdad. La libertad de enseñanza, la contracara del derecho a la educación, desaparece pues si la Universidad, legítimamente no puede organizar sus programas académicos conforme a sus fines, pues cuando lo hace se impide el acceso – por la vía de negar la gratuidad- entonces, la Universidad no tiene libertad de enseñanza" (fs. 37).*

## II. CONSIDERACIONES DE FONDO.

**Del progresivo rol del Estado en materia de acceso al sistema de educación superior en Chile y los límites precisados por este.**

### » Del rol del Estado en materia de acceso al Sistema de Educación Superior en Chile.

**7°.-** Que, el desarrollo del proceso educativo deviene en la comprensión de la educación como un derecho fundamental, de carácter social, el cual relaciona al Estado con la persona y la comunidad, siendo un elemento esencial para la mayor satisfacción del desarrollo de una persona, constituyendo un deber del Estado asegurar, garantizar y promover su acceso y determinadas condiciones, en los diferentes niveles.

**8°.-** Que, en tal sentido la Observación General Nº 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, sobre el derecho a la educación, en coherencia con el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC),

desarrollan el contenido del derecho a la educación, sirviendo de referencia a los Estados parte para el cumplimiento de los estándares establecidos, precisando a tal efecto, entre otras cosas que: *"1. La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues dispone de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana (…)".*

**9°.-** Que, la misma Observación General Nº 13, ya singularizada, en el párrafo 2, sobre el derecho a recibir educación, establece *"(…) la aplicación precisa y pertinente de los requisitos dependerá de las condiciones que imperen en un determinado Estado parte, la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas (…)"* siendo estas: (1) la disponibilidad; (2) la accesibilidad; (3) aceptabilidad y (4) la adaptabilidad.

a. *"(…) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, e el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.*

b. *Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente: No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación);*

   » Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia);

   » Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

c. *Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13).*

d. *Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados." (lo destacado es nuestro).*

**10°.-** Asimismo, se debe tener presente la Observación General Nº 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en cuyo párrafo 10 se determina que "(…) corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo

menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos". De tal modo que, de acuerdo al principio de progresividad, establecido en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, precisa las obligaciones de los Estados partes, respecto a estos derechos, en relación a su capacidad económica y técnica, a fin de señalar que ello significará una obligación de medios, en progresión, para lo cual el legislador deberá adoptar medidas legislativas, a fin de lograr la plena efectividad de los derechos.

**11°.-** De tal modo, aunque fuera del contenido esencial del derecho, se debe tener presente que es obligación de los poderes públicos, asumido incluso a nivel internacional, como fuera visto precedentemente, el extender la enseñanza gratuita más allá de los niveles básicos, alcanzando incluso los niveles superiores de educación, facilitando el acceso al derecho de las personas más necesitadas económicamente.

**12°.-** Que, en tal orden, el Estado de Chile se encuentra obligado a adoptar medidas concretas, orientadas a satisfacer el pleno ejercicio del derecho a la Educación, siendo del todo necesario que, ante una decisión restrictiva o regresiva, el Estado fundamente su determinación, en atención al máximo aprovechamiento de sus recursos. De tal modo, el acceso a la Educación Superior , deberá ser en condiciones de igualdad, méritos, con accesibilidad y tendiente a la institucionalización de la gratuidad, por cuanto dicho derecho, en su faz prestacional, se podrá extender a los niveles superiores de educación, aunque en ellos no se imponga la obligatoriedad y gratuidad -como sí lo ha de ser en el caso de los ciclos de educación preescolar, básica y secundaria- siendo necesario ponderar la disponibilidad de recursos con los que cuente el Estado, mediante herramientas de asignación de los que se encuentren disponibles en la mayor medida posible (estamos en presencia de un derecho fundamental, por tanto comprensible como mandato de optimización), y que se realizarán a través de límites objetivos establecidos por el legislador, que además deberán ser conocidos por los justiciables.

## » De la progresividad en las prestaciones de educación Superior y el estado actual de la cuestión.

**13°.-** Que, si bien la historia de la Educación Superior en Chile tiene su origen en el año 1758, oportunidad en la cual se crea la Real Universidad de San Felipe, la cual es reemplazada por la Universidad de Chile, el año 1842, que surge debido a la necesidad social del país de incentivar los estudios medios y, por otra parte, por la falta de profesionales y docentes, asumiendo una misión de dirección y superintendencia respecto de las otras instituciones de educación en el país.

Luego, el año 1872, el Ministro de Culto e Instrucción Pública, Abdón Cifuentes, emitió un decreto que permitía a los Colegios privados administrar sus propios exámenes para el reconocimiento de la enseñanza, -llamado de libertad de exámenes- que vino a significar un cambio en la institucionalidad, pues Universidad de Chile, hasta esa época, ostentaba funciones de Superintendencia de Educación. Sin embargo, dicho decreto de libertad de exámenes fue prontamente dejado sin efecto, siendo creado el año 1879, el Consejo de Instrucción Pública, con potestades de supervisión de organismos educacionales públicos y privados, modificando así el rol de la Universidad de Chile, quitándole el papel de garante del sistema educativo y transformándola en una Universidad de función docente.

Por otra parte, el año 1888, con el patrocinio del Arzobispado de Santiago -y con el objeto de contrarrestar el empuje educacional fiscal y de formar una clase dirigente educada en los valores católico-conservadores- surge la Universidad Católica de Chile, primera Institución de educación superior privada en el país.

En 1920, es dictada la Ley de Instrucción Primaria Obligatoria, que determinó en su artículo único, que la obligación primaria era obligatoria, la provisión estatal y municipal eran gratuitas, aunque sólo por cuatro años, estableciendo un deber estatal, consagrando indirectamente un derecho que se expresa a través del incentivo de la educación secundaria masculina entre 1920 y 1930 *(Inzunza, Jorge. La construcción del derecho a la educación y la institucionalización de la educación en Chile. Santiago, Opech, 2009, citado por E. E. Palma G. y S. Santos P. Derechos económicos, sociales y culturales como límites a las políticas públicas: el caso del derecho a la educación en Chile. Revista Derecho del Estado n.º 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 237-254. DOI: 10.18601/01229893.n34.11)*

En el año 1927, el Ministerio de Educación Pública, ya funcionalmente diferenciado del antiguo Ministerio de Justicia, Instrucción y Culto, se haría cargo del sistema educativo en su conjunto, bajo la idea fuerza de que la educación era una función del Estado, mientras que la educación privada era su colaboradora en el logro de su misión, marco en el cual la educación superior crece y se desarrolla con la fundación de nuevas universidades privadas, reconocidas por la ley, como la Universidad de Concepción en 1919 y la Universidad Técnica del Estado en 1951. Esta última hereda la tradición de la Escuela de Artes y Oficios, creada en 1849, la Escuela de Ingenieros Industriales, y del Instituto Pedagógico Técnico. A su vez, la creación la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) en el contexto de fomento estatal a la producción e industrialización a mediados del siglo XX generó un necesario aumento de la demanda por educación superior y por un crecimiento del patrimonio intelectual y científico que las universidades deben construir.

El año 1954, en virtud de la Ley N° 11.575, las universidades estatales y privadas existentes se reunieron en lo que hasta el día de hoy se conoce como el Consejo de Rectores de Universidades Chilenas (CRUCH). Desde 1967 se vivirá un conjunto de procesos que suelen ser aludidos bajo el nombre de "reforma universitaria", en un proceso que impulsó cambios profundos: una nueva forma de organizar la docencia, procurando pasar desde procesos de aprendizajes profesionalizantes hacia una formación más amplia y humanista; la promoción de la investigación científica y tecnológica; y la reorganización de la institucionalidad interna pasando de una organización basada en carreras a otra orientada a departamentos que acogen la función de investigación.

*Entre 1967 y 1973 puede decirse que en materia de educación superior "el sistema se diversificó en sus instituciones, se expandió por el territorio nacional, y experimentó la mayor expansión de la matrícula en la historia de la educación superior, hasta alcanzar una cobertura en torno al 15% en 1973, pasando de 26.016 estudiantes en 1960 a 143.966 en 1974.*

*Buena parte de este crecimiento se debió a la ampliación del sector Técnico profesional, con la instalación de sedes de la Universidad Técnica del Estado en distintos lugares del país y la creación del INACAP, que alcanzaron cobertura nacional.*

*Junto con lo anterior, se iniciaron procesos de democratización interna de las universidades que posibilitaron una participación más activa de la comunidad universitaria, mayor autonomía y compromiso de la sociedad"* (Historia de la Ley Nº 21.091, Primer trámite constitucional. Fecha 04 de julio, 2016. Mensaje en Sesión 39. Legislatura 364).

Tras el golpe de Estado de 1973 se vivirá una sombría época de intervención militar y depuración en las Universidades chilenas y a partir del año 1981, la dictadura militar impulsó una contrarreforma a la Educación Superior, a partir de una serie de cuerpos normativos -entre los que es dable destacar el Decreto Ley Nº 3.541, que delega en el Jefe de Estado la potestad para reestructurar universidades; los DFL Nº 5 y 24, ambos de 1981, a través de los cuales se autoriza la creación de Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica- en una irreversible modificación estructural del sistema de educación superior chileno, dado que se avanzó de un

modelo en el cual el Estado asumía un rol de coordinación, a otro en el que ingresan diversos actores, públicos y privados, y trasladó el costo de la formación del capital humano hacia sus propios beneficiarios, asumiendo el Estado un rol subsidiario.

A nivel de las instituciones *"una de las primeras acciones fue la intervención de las universidades y la designación de rectores delegados, seguidas del desmembramiento de las dos universidades estatales y sus respectivas sedes a lo largo del país (Universidad de Chile y Universidad Técnica del Estado), dando origen a ocho universidades derivadas y cuatro institutos profesionales autónomos, que posteriormente se transformaron en universidades. A este desmembramiento también fue sometida la Universidad Católica, transformando sus sedes regionales en 4 nuevas universidades, profundizando así la atomización de la educación superior del país. Se impusieron severas restricciones a la autonomía académica, y a la gestión financiera y administrativa. El número de estudiantes matriculados en educación superior se redujo en un quinto"*. (Historia de la Ley Nº 21.091, Primer trámite constitucional. Fecha 04 de julio, 2016. Mensaje en Sesión 39. Legislatura 364).

El esquema de financiamiento fue modificado sustancialmente, mediante el DFL Nº 4, de 1981, transitando desde un sistema unitario y basal a otro diversificado y competitivo (Salazar y Leihy, "El Manual Invisible: tres décadas de políticas de educación superior en Chile (1980-2010)", 2013) consolidándose de esta forma un sistema basado en aranceles definidos por cada casa de estudios, apoyado con ayudas estudiantiles tales como becas y créditos. Lo anterior, provocó un incremento en la oferta de las instituciones que impartían educación superior – Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica- e incidió en mejorar las tasas de ingreso a un nivel terciario de educación, respondiendo a la demanda de sectores emergentes, a través de la diversificación de proyectos institucionales; sin embargo, dicha apertura significaría una mayor exigencia de fiscalización y regulación, a fin de precisar estándares de acceso y calidad, configurado sobre parámetros de igualdad e interdicción de la discriminación, tanto en su faz de derecho a la educación como en la libertad de enseñanza (extractado de mensaje presidencial Nº 110-364, de 4 de julio de 2016), agregando que desde 1990, las políticas del incremento en la cobertura del sistema, mediante incentivos a la oferta académica y al financiamiento de la demanda pasan a ser un norte, aumentándose fondos para becas y créditos, a lo que se agregará el año 2005, el Crédito con Aval del Estado, y planes de ahorro para financiar estudios, mediante la Ley Nº 20.027. En la misma época, se aprobó la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, Ley Nº 19.962, en la cual se establecen los requisitos para el reconocimiento oficial y el funcionamiento de las Instituciones de Educación Superior, consagrando el derecho a la libertad de enseñanza, en el marco de un sistema que reconocía más la propiedad sobre las entidades privadas que la participación de los estamentos del proceso educativo en ellas, lo que se ve modificado por la Ley Nº 19.305, de 1994, que permitió elegir a los rectores sobre la base del voto personal de los académicos y, en 2006 por la Ley Nº 20.129, que creó el sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la Educación Superior, normativa hace responsable al Ministerio de Educación de diseñar y administrar el sistema de información para la gestión, al Consejo Nacional de Educación del licenciamiento de las nuevas instituciones; a la Comisión Nacional de acreditación sobre pronunciamientos de acreditación institucional de las entidades de educación superior y de programas de postgrado, sobre agencias encargadas de la acreditación de las carreras y programas de pregrado y de la mantención de sistemas de información pública. Se crean, asimismo, las agencias de acreditación, que tienen la función de verificar y validar la calidad de la formación de cada una de las carreras, a lo que en el año 2015 se sumará, mediante la Ley Nº 20.842, la creación de dos universidades estatales nuevas, la Universidad de O`higgins del Libertador General Bernardo O´higgins, y la Universidad de Aysén en la Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo. Así como, a su vez, se crearon 15 Centros de Formación Técnica estatales, por medio de la Ley Nº 20.910, como parte de la estrategia de cobertura territorial de educación pública en todos los niveles.

Seguido a lo precedentemente expuesto, la Ley Nº 20.890, que modificó la Ley Nº 20.882, Ley de Presupuesto del Sector Público del año 2016, incorpora el inicio a la gratuidad en la educación superior de pregrado. Progresión que será recogida en la Ley Nº 21.091, sobre educación superior.

## » De los límites a los derechos de prestación en materia de Educación Superior precisados por el Estado.

**14°.-** Que, el derecho a la educación se ha constitucionalizado siendo reconocido, por la jurisprudencia y doctrina, como un derecho público subjetivo de prestación, lo cual implicará que los poderes públicos deben procurar su efectividad, en tanto se trata de un derecho de compleja estructura, pues es de naturaleza prestacional y posee la condición de ser un derecho fundamental sin reservas, pese a su especial naturaleza. Este derecho implica del Estado una acción positiva fáctica, a fin de crear, controlar y financiar un sistema público de educación.

Como derecho fundamental, este, conlleva la obligación correlativa de evitar medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación, por cuanto se deberá facilitar y adoptar todas las medidas que permitan a sujetos, de forma individual o agrupada, disfrutar del derecho.

**15°.-** Que, en este sentido, el artículo 2 Nº 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce que los Estados parte se comprometen a *"(…) adoptar las medidas (…) económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". Luego, en su artículo 3 del PIDESC se establece que "Los estados partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales (…)". A reglón seguido, en su artículo 4 se reconoce que "los Estados parte, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática".*

**16°.-** Que, en virtud de lo anterior, es posible inferir que, si bien las obligaciones adquiridas por el Estado conllevan el correlativo de respetar, proteger, garantizar y cumplir el derecho. En el caso de los tratados internacionales existen obligaciones de "comportamiento" que significarán adopción de medidas razonables para hacer efectivo un derecho. En tanto, a su vez, aquellas que sean de resultado, exigirán a los Estados que se consigan objetivos concretos. En tal sentido, Lorenzo Cotino Hueso, señala que *"se reconoce un margen de discreción para seleccionar los medios que le permitirán cumplir con sus obligaciones respectivas, si bien <<incumbe al Estado demostrar que está realizando progresos apreciables hacia la plena efectividad de los derechos mencionados>>. Asimismo (…) la progresividad nunca puede ser pretexto para el incumplimiento, sino todo lo contrario"* (Cotino Hueso, L., (2012) El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; p. 101).

**17°.-** Que, en tal sentido este Excelentísimo Tribunal Constitucional ha señalado, a propósito de los derechos sociales, de igual naturaleza que aquel que se somete a este examen, que *"El contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional, en el que se recogen los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social. En la seguridad social, la acción del Estado, incluida por tanto la del legislador, debe estar "dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes" a las prestaciones de seguridad social. Dicho rol, como se observa, implica, por de pronto, "garantizar". Tal mandato conlleva un rol activo, no pasivo; se trata de hacer todo lo posible para que lo encomendado se lleve a cabo. Enseguida, implica garantizar "el acceso". Esta fórmula es la manera en que la Constitución busca hacer viables los derechos sociales que regula (educación, salud y*

*seguridad social). Exige que se permita incorporar o acercar a las personas a un régimen de prestaciones, con o sin cotizaciones obligatorias. Finalmente, implica el acceso sin discriminaciones, pues el mandato constitucional es para que "todos los habitantes" puedan involucrarse. Se consagra así el principio de universalidad subjetiva de la seguridad social, pues son todas las personas a quienes el Estado debe garantizar el acceso a prestaciones"* (STC 1572 c. 56) (En el mismo sentido, STC 1598 c. 53, STC 1629 c. 53, STC 1636 c. 53, STC 1654 c. 10, STC 1691 c. 10, STC 1710 cc. 131 a 135, STC 1719 c. 14, STC 1733 c. 10, STC 1737 c. 10, STC 1743 c. 10, STC 1765 c. 53, STC 1766 c. 53, STC 1769 c. 53, STC 1784 c. 55, STC 1785 c. 53, STC 1806 c. 55, STC 1807 c. 53, STC 1808 c. 54, STC 1879 c. 10, STC 1893 c. 12, STC 1900 c. 10, STC 1903 c. 10, STC 1908 c. 10, STC 1914 c. 10, STC 1918 c. 10, STC 1921 c. 10, STC 1922 c. 10, STC 1923 c. 10, STC 1929 c. 10, STC 1930 c. 10, STC 1932 c. 10, STC 1934 c. 10, STC 1946 c. 10, STC 1962 c. 10, STC 1969 c. 10, STC 1970 c. 10, STC 1985 c. 10, STC 2012 c. 10, STC 2106 c. 11, STC 3227 cc. 33 a 37, STC 7442 c. 23, STC 7548 c. 22).

**18°.-** Que, asimismo se reconoce desde larga data por este Excelentísimo Tribunal Constitucional que los derechos prestacionales, o de segunda generación involucran conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlos en la práctica, habida consideración de que la satisfacción de tales exigencias representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea (en este sentido ver STC Rol 1287, c. 23).

**19°.-** La educación constituye una actividad reglada, por tanto el desarrollo de este derecho implicará el despliegue de la actividad legislativa para su ordenación, es decir, el desarrollo del contenido ius fundamental del derecho.

**20°.-** Que, en este sentido, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como derechos fundamentales, no son absolutos ni ilimitados, sino que pueden encontrarse sometidos a restricciones y limitaciones que implicarán que su titular, en determinadas circunstancias, no pueda ejercerlo en su mayor amplitud (en este sentido ver a Tórtora Aravena, H., Las limitaciones a los derechos fundamentales. Estudios Constitucionales, 8 (2) 167 – 200). El mismo autor, sostiene que aquellas limitaciones o restricciones, en el ámbito de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pueden ser de carácter material o físico, y que tienen que ver con las reales posibilidades del Estado, directamente o a través de instituciones privadas para responder a determinados derechos. Es decir, la ausencia de condiciones significará la limitación al ejercicio de estos derechos.

**21°.-** Que, siguiendo a Luis Prieto Sanchís *"(…) la tarea de justificar que una ley restrictiva constituye un límite legíitimo al derecho fundamental resulta del todo semejante a la empresa de justificar que esa misma ley constituye una interpretación plausible del concepto que opera como límite interno o criterio delimitador del derecho. Todo depende, en suma, de la justificación de la ley restrictiva a la luz del bien constitucional que le sirve de cobertura: si existe tal justificación , tanto da decir que se trata de un límite legítimo o de una actuación <<fronteriza>> pero no limitadora; y, a la inversa, si no existe, también es indiferente decir que la ley es inconstitucional porque limitó lo que no podía limitar , o porque delimitó mal lo que en principio sí podía configurar (…)"* (Prieto Sanchís, L., "La limitación de los derechos fundamentales y las normas de clausura del sistema de libertades". Pensamiento Constitucional Nº 8, p. 67) por cuanto cobra relevancia la justificación de la medida restrictiva (es decir, cuando resulte razonable para la protección de otro bien jurídico o para la consecución de un fin legítimo) así como que el fin perseguido no sea contrario a la Constitución y que represente un sacrificio razonable para el derecho.

**22°.-** Que, siguiendo el proceso hermenéutico es imposible desconocer que la restricción e incluso la limitación de un derecho no deben conducir al sacrificio completo del derecho. De tal modo, desde la garantía del numeral 26° del artículo 19 de la Constitución vigente, y siguiendo a

Nogueira, es ineludible reconocer la existencia del "núcleo esencial" (Nogueira Alcalá, Humberto. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Ius et Praxis, 11(2), 15-64. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002), lo cual implicará que este Excelentísimo Tribunal, mediante el control de constitucionalidad de la ley, concrete tal garantía frente a la regulación legislativa, en tanto constituye el contenido esencial es la barrera insuperable. Así, se deben aportar elementos para delimitar aquello que resulta esencial al derecho que se estima lesionado, con objeto de evaluar, tras su examen, si el derecho sigue siendo reconocible.

En este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, en su más clásica jurisprudencia, que *"Es cierto, como señalan las Sentencias impugnadas, que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social». Así este Tribunal pudo declarar en su STC 25/1981, de 14 de julio, que los derechos fundamentales resultan ser «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional», reiterando posteriormente el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales.*

*Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen limites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos".* (STC Español 159/1986, BOE 313, de 31 de diciembre de 1986).

**23°.-** En tal sentido, con la finalidad de someter al examen el precepto que se impugna en estos autos, se deberá realizar primero la delimitación de los contornos del derecho a la Educación y Libertad de enseñanza, para luego realizar el control concreto de la acción de Inaplicabilidad, lo cual implicará que, para ser acogida, la aplicación del precepto legal impugnado al caso específico ha de resultar contraria a la Constitución, lo que relativiza, por una parte, el examen meramente abstracto de constitucionalidad y, por otra, impide extraer conclusiones, reglas y principios generales a partir de una sentencia de inaplicabilidad. Lo decidido en un proceso determinado ha de entenderse referido sólo y exclusivamente al mismo (Ver en este sentido STC 1065 c. 18; STC 616 c. 47; STC 664 c. 6; STC 3731 c. 16).

## De la configuración normativa establecida por el Legislador.

**24°.-** Que, el legislador ha establecido en el artículo 103 de la Ley Nº 21.091, sobre Educación Superior, que

*"Las instituciones de educación superior que accedan al financiamiento institucional de que trata este título deberán otorgar estudios gratuitos a los estudiantes que, de acuerdo a la condición socioeconómica que la ley disponga, cumplan los siguientes requisitos:*

a. *Ser chileno, extranjero con permanencia definitiva, o extranjero con residencia, y respecto a éste último caso, que haya cursado la enseñanza media completa en Chile.*

b. *No poseer un título técnico de nivel superior, ni un título profesional o una licenciatura; ni un título o grado académico reconocido o revalidado en Chile, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 109 de esta ley. Se entenderá que cumplen este requisito los estudiantes que hayan obtenido una licenciatura en carreras o programas de estudio conducentes a un título profesional, mientras no obtengan este último.*

c. *Estar matriculado en alguna de las carreras o programas de estudio señalados en el artículo 104"*

**25°.-** En este sentido, se ha precisado como primer requisito de focalización de los recursos que *"Las instituciones de educación superior que accedan al financiamiento institucional (…) deberán otorgar estudios gratuitos a los estudiantes que, de acuerdo a su situación económica (…)".* Con ello el legislador da un primer paso, dando cuenta que el Estado asumirá un rol social y garante favoreciendo el acceso, en principio, de los más vulnerables al sistema terciario de educación. Intenta, por tanto, eliminar, barreras financieras que tradicionalmente han discriminado a los sectores más vulnerables.

**26°.-** Luego, se establecen tres requisitos adicionales, dentro de los cuales se encuentra *"b) No poseer un título técnico de nivel superior, ni un título profesional o una licenciatura; ni un título o grado académico reconocido o revalidado en Chile, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 109 de esta ley"*

**27°.-** Que, en este sentido, conforme a los requisitos señalados, el derecho al acceso queda sometido a los límites objetivos determinados por las mismas autoridades en la configuración del servicio, disposición de medios financieros y de política educativa.

## Sobre el derecho a la gratuidad en el nivel universitario.

**28°.-** Que, en su dimensión prestacional, el derecho a la educación incluye el derecho de acceso a la enseñanza secundaria no obligatoria, así como a la Universitaria. Pues, como se ha visto al inicio de esta disidencia, el legislador ha ido configurando dichos contornos, a demás que existe el deber jurídico de carácter internacional de avanzar progresivamente en asegurar el acceso a este nivel educativo, cuestión que el Estado de Chile ha comenzado a satisfacer. Lo que resulta coherente con la progresión jurisprudencial comparada, por ejemplo, en el caso del Tribunal Constitucional de España, el cual ha expresado, en concordancia con lo referenciado del derecho internacional de derechos humanos, que *"El contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad"* (STC 236/2007, de 07 de noviembre, recurso a la Ley Orgánica 4/2000, de extranjería).

**29°.-** Que, a reglón seguido, es dable destacar que la eliminación de barreras económicas, mediante la gratuidad, responde a una medida de carácter ius fundamental, toda vez que ello significará equilibrar las desigualdades que se puedan originar por factores ajenos a la capacidad intelectual de los sujetos, cuestión que ha sido recogida por el legislador respecto a la enseñanza parvularia, básica y media (art. 19 Nº 10 de la CPR) niveles en los cuales se ha reconocido y asegurado el deber del Estado, como garante, debiendo permitir el acceso gratuito a dichos niveles de educación.

**30°.-** Que, así el derecho a la educación no debe confundirse con la obligatoriedad y gratuidad de los niveles asegurados, toda vez que ella emana del mandato proveniente del contenido subjetivo del derecho a la educación. Ahora bien, respecto a la educación superior, siguiendo la tesis de la "implantación progresiva" en ningún caso su utilización deja al derecho a gratuidad, una vez reconocido y asegurado, en una posición de inferior jerarquía, más bien se transforma en

instrumento necesario para garantizar las condiciones de igualdad en el ejercicio del derecho a la educación, en el marco del desarrollo progresivo de este tipo de derechos.

**31°.-** Lo anterior, sirve como conexión para destacar que la configuración que el legislador ha desarrollado respecto a la "gratuidad en educación superior" que, junto a los requisitos personales exigidos a los estudiantes para poder gozar del beneficio de la gratuidad, se les añaden otros ajenos a su condición personal, que corresponden a las instituciones a las cuales pertenecen, de suerte que sólo en el evento que ellas los cumplan, tal beneficio procederá respecto de sus alumnos.

**32°.-** Que, en cuanto a la invocada "progresividad" permitiría ir incorporando al beneficio en los años venideros a otros estudiantes igualmente vulnerables, pero que ahora quedan relegados, dada la aplicación de la letra b) del artículo 103 de la Ley Nº 21.091. Por lo demás, como ya se ha desarrollado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que "La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita" (artículo 13, N° 2, letra c). Tanto como es verdad que, ese mismo Pacto, no faculta invocar un derecho para anular o privar de eficacia a otro (artículos 2° N° 1, y 5° N° 1), de modo que la incorporación sucesiva de nuevos beneficiarios sólo puede hacerse efectiva respetando el principio de no discriminación arbitraria, según ordena asimismo dicho texto (artículo 26).

Habida cuenta, entonces, que los recursos disponibles fuercen al legislador a estatuir alguna forma de financiamiento escalonado, tal proceder ha de inspirarse en criterios objetivos y razonables, que alejen toda sospecha de discriminación contra determinados estudiantes.

## » Una Licenciatura: objeto y límite de la gratuidad.

**33°.-** Que, en el caso concreto las instituciones de educación superior que accedan al financiamiento institucional deberán otorgar estudios gratuitos a los estudiantes que, de acuerdo a la condición socioeconómica la ley disponga, cumplan entre otros, el requisito de *"No poseer un título técnico de nivel superior, ni un título profesional o una licenciatura (…)"* (art. 103, letra b) de la Ley Nº 21.091). De tal forma, como ya se ha revisado, existen al menos dos criterios para acceder al beneficio, el primero dice relación con una condición socioeconómica acreditada; en tanto el segundo se refiere a la decisión del legislador de optar por restringir el financiamiento a aquellas personas que no han optado previamente a un título profesional o una licenciatura.

Así, resultará preciso señalar qué es aquello que distingue a un título profesional y licenciatura, de una carrera conducente a un título universitario, pues ello precisará el objeto y límite que el legislador ha dispuesto para otorgar el beneficio de gratuidad, en el caso concreto, aun cuando se observa que la norma no distingue entre "tipos" de licenciatura .

**34°.-** De tal forma, es dable señalar que el artículo 21 del DFL Nº 2, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 2005, señala que la educación superior es *"aquella que tiene por objete la preparación y formación del estudiante en un nivel avanzado en las ciencias, las artes, las humanidades y las tecnologías, y en el campo profesional y técnico.*

*(…)*

*La enseñanza de educación superior comprende diferentes niveles de programas formativos, a través de los cuales es posible obtener títulos de técnico de nivel superior, títulos profesionales, grados académicos o*

*títulos universitarios o sus equivalentes". Luego, en su artículo 54 letra b) indica que "el título profesional es el que se otorga a un egresado de un instituto profesional o de una universidad que ha aprobado un programa de estudios cuyo nivel y contenido le confieren una formación general y científica necesaria para un adecuado desempeño profesional". En tanto, el grado de licenciado "es el que se otorga al alumno de una universidad que ha aprobado un programa de estudios que comprenda todos los aspectos esenciales de un área del conocimiento o de una disciplina determinada" (artículo 54 letra c)).*

**35°.-** De tal modo, el legislador distingue claramente entre un título profesional y un grado de licenciado, y que respecto de estos últimos la ley efectúa una diferenciación entre aquéllos que tienen el carácter de finalistas o terminales y los que no lo son, siendo los primeros, suficientes por sí solos para el ejercicio profesional, mientras que los segundos son sólo un requisito sine qua non para la obtención de un título profesional determinado.

**36°.-** Que, en el caso concreto el College de la Universidad Católica de Chile, es un programa de pregrado de cuatro años de duración, que finaliza al alcanzar el grado académico respectivo, y que en tal entorno es conducente a obtener los grados de Licenciado en Ciencias Naturales y Matemáticas, en Ciencias Sociales, o en Artes y Humanidades, las cuales son habilitantes para optar a un magíster, doctorado o programas conducentes a títulos profesionales. Es decir, el programa es en sí mismo una licenciatura, cuestión que se configura de tal forma por la propia universidad en ejercicio de su propia libertad de enseñanza. Así, si la distinción entre licenciatura terminal o licenciatura conducente en el marco de un proceso de titulación es o no relevante para el caso concreto, es una cuestión que redunda en el sentido y alcance de las normas legales que establecen el régimen de acceso a la gratuidad, es decir, es una cuestión de interpretación de ley en primer término. A su vez, en segundo término, no es labor de este tribunal subsumir con efecto de cosa juzgada en uno de esos tipos de licenciatura al programa en cuestión, siendo ello propio de las atribuciones del Juez de fondo al interpretar la ley y subsumir en ella los hechos del caso.

**37°.-** De esta forma, no puede este tribunal razonar al respecto, y ese elemento es esencial en la construcción del caso de autos.

### » El caso concreto: gratuidad para dos licenciaturas.

**38°.-** Que, como se ha señalado precedentemente, no corresponde a estos disidentes determinar si es o no el college de la Universidad Católica una carrera o una licenciatura terminal o conducente, ni menos determinar si ello es o no un elemento de ratio decidendi del caso concreto. Sin embargo, será preciso describir el hecho indiscutido de que el college es un programa de pregrado de cuatro años de duración que culmina con un grado académico de licenciado, mediante una licenciatura propia, la cual es habilitante para que estudiantes puedan optar a un magister, doctorado u otro programa de pregrado conducente a un título profesional. En tal sentido, habrá que precisar si el hecho de limitar el legislador la gratuidad universitaria a la obtención de una licenciatura es o no proporcional para determinar si hay o no efecto inconstitucional en el caso concreto.

**39°.-** De tal forma, la presente cuestión no es de libertad de enseñanza: no se encuentra en cuestión la existencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile, ni menos su autonomía organizativa, ni la de gestión, ni la de gobierno interno, ni menos la de estructurar sus propios programas y grados académicos, sino que lo que se cuestiona es si el Estado debe o no pagar los aranceles de los estudiantes del College, como prestación de gratuidad universitaria en el acceso al nivel superior del derecho a la educación.

## Condiciones uniformes e igualdad ante la ley.

**40°.-** Que, el requirente sostiene a fs. 34, afirma que el artículo 103 inciso 1º de la Ley Nº 21.091 infringe la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, al diferenciar a los alumnos del College UC en el acceso al beneficio de la gratuidad. De tal modo, argumenta que el dictamen que impugnó es contrario al principio de igualdad toda vez que establece una diferencia entre los alumnos del College UC y otros alumnos de programas análogos como los bachilleratos, y otros conducentes o que permiten articular con otras carreras. En consecuencia, arguye que "unos alumnos tendrán acceso a la gratuidad y a los recursos públicos, y otros no, a pesar de que todos los que se encuentran en situaciones semejantes -es decir, que están habilitados para acceder- tendrían derecho al mismo tratamiento y a gozar de los recursos para la gratuidad (diferencia que, a su juicio, no sería fundada razonablemente y es arbitraria). En tal sentido, si se configurara una discriminación, en el marco de lo razonado por la requirente lo sería por la interpretación del precepto, lo cual se hace en sede dictaminal, por lo que el conflicto es en realidad de impugnación de dictamen administrativo y no de inaplicabilidad de precepto legal.

**41°.-** Que, sin perjuicio de ello, cabe señalar que para esta Magistratura *"la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario"* (STC Rol Nº 986). En palabras del Tribunal Constitucional español, "no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados" (STC 128/1987). De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador

**42°.-** Que, siguiendo la línea argumental antes descrita, podemos sostener que la igualdad a la que se alude en el presente requerimiento es aquella que busca velar porque dentro de la generalidad característica de la ley *"ella sea una misma para todas las personas afectas a sus disposiciones, sin que pueda, por su intermedio, legislarse a favor o en desmedro de determinados sujetos atendiendo a impertinentes razones de raza, condición social, estirpe, fortuna, religión, ideología u otros atributos estrictamente individuales. Asegura, además, que se trate igual a todos quienes se encuentren efectivamente en una misma condición y, por consiguiente, de manera diferente a aquellos que estén en situaciones diversas. Asimismo, en aquél caso, si se formulan diferencias o se establecen estatutos especiales, impone que tales distinciones no sean arbitrarias. Así, la ley siempre debe obedecer –para lo que aquí interesa– a determinados motivos o presupuestos objetivos, pertinentes y razonables, los cuales pueden encontrarse en el tenor mismo de la norma, venir claramente expuestos en la historia fidedigna de su establecimiento, o derivar lógicamente de la finalidad que se tuvo en cuenta para justificar su emisión"* (STC Rol N° 2113, c. 10);

**43°.-** Que, en base a estos fundamentos, y recogiendo la reflexión contenida en el fallo del Rol N° 1710 -el que a su vez hace suyos los elementos de juicio contenidos en la sentencia de la causa Rol N° 1273-, no puede considerarse jurídicamente reprochable una diferenciación en la medida que tal distinción no responda a una fundamentación razonable, lo que en este caso se refiere a trato entre los estudiantes que accedan a la educación superior. En abono a esta idea, la sentencia en comento hace referencia a lo expresado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el cual ha manifestado *"que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, tratar desigualmente a las igualdades esenciales", entendidas estas últimas como*

*aquellas que se verifican cuando "personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables. Además, se agrega la denominada "nueva fórmula", consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto".*

**44°.-** Que, de tal modo, para determinar si un derecho fundamental ha sido afectado se debe considerar la relevancia de la infracción, es decir que por su naturaleza o alcance produzca esa afectación. Ello implicará realizar un examen respecto de la conexión el alcance y la naturaleza del contenido constitucional supuestamente afectado, dado que no todos los contenidos tienen el mismo alcance e intensidad. De tal modo, en el caso particular, habrá que tener en consideración que la Constitución no determina la gratuidad universitaria como objeto prestación, ni precisa la forma de aplicación del derecho, dejándolo abierto, siendo el legislador el mandatado a establecer la forma de realización efectiva, en el marco de lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, para determinar si hay vulneración del derecho fundamental en materia de gratuidad universitaria, habrá que realizar una valoración de la eventual infracción constitucional, conforme a criterios de razonabilidad, sobre la base de la intención, medios y esfuerzo realizado por el Estado, en referencia a tales estándares de derecho internacional.

**45°.-** Así, la infracción de DESC, y en particular, del derecho a la Educación se produce cuando *"el Estado, por acción, omisión o incapacidad para adoptar medidas adecuadas, por no reformar o no derogar disposiciones legislativas incompatibles con una obligación; por no poner en vigor disposiciones legislativas o de no poner en práctica políticas destinadas a hacer efectivas las obligaciones; por no regular las actividades de individuos o grupos a fin de impedir que viole el derecho; por no velar por la efectividad, entre otros medios con la elaboración y aplicación de criterios e indicadores que permitan evaluar el cumplimiento; por no eliminar con prontitud los obstáculos así como no tener en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales (…)"* (Cotino Hueso, L., (2012) El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; p. 319).

**46°.-** El Estado constitucional de derecho ha sido definido por tres factores: "a) la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, sean de naturaleza liberal o social, b) la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo a derecho de todos los poderes públicos y c) por la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute de los derechos de carácter liberal y a la efectividad de los sociales" (Peña Freire, Antonio Manuel, La garantía en el Estado constitucional de derecho, Trotta, 1997, p. 37)

**47°.-** Que, en virtud de esta concepción del constitucionalismo vigente, el legislador puede regular y desarrollar los derechos fundamentales mediante su intervención o configuración, cuando la Constitución así lo autoriza expresamente, por vía de reserva legal -entendida ésta siempre como una garantía de los derechos fundamentales y no como atribución disponible autónomamente-, pero, le está vedado desnaturalizar su contenido esencial y hacer imposible su ejercicio. Es por tanto, la propia Constitución la que limita al legislador, pues como se ha señalado, *"en este constitucionalismo sustancial queda cancelada la tradicional tensión entre democracia y constitución, entre decisión mayoritaria y derechos, que tanto preocupa a la concepción que el propio Ferrajoli llama politicista o mayoritaria. No hay espacio para la conocida objeción contramayoritaria porque no se conciben dos fuentes de legitimidad en permanente conflicto: los límites y vínculos que pesan sobre el legislador son a su vez democráticos, ya que consisten en derechos fundamentales, que*

*son derechos de todos y hacen referencia por tanto al pueblo…"* (Ferrajoli, Luigi, Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia, Trotta, Madrid, 2009, p.99, citado por Prieto Sanchis, Luis, op. cit. pp. 70-71). De esta forma, se entiende la democracia de forma integral, en una doble dimensión, formal y sustancial, de suerte que el legislador puede recurrir libremente mediante las facultades y procedimientos legislativos, pero, debe respetar el contenido de los derechos que la Constitución establece, así por lo demás se establece imperativamente en el inciso segundo del artículo 5º de nuestra Constitución. De lo que se trata finalmente, es de establecer la justicia de la ley y de las reglas, es decir, la conformidad de éstas al ordenamiento constitucional.

**48°.-** Que, por lo precedentemente expuesto, como se verá a continuación, la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, como derechos y garantías, constituyen algunos de los más relevantes principios constitucionales sobre los cuales se sostiene el sistema democrático, dándoles su consistencia y coherencia, y lo mismo puede decirse respecto del derecho a la educación, toda vez que la efectiva garantía de ambos permite la superación de cualquier privilegio u obstáculo incompatible con el supuesto de que todas las personas poseen los mismos derechos y deben ser tratados de la misma forma.

**49°.-** La gratuidad de la educación superior, siendo concreción del derecho a la educación, tiene que enfocarse primeramente en la situación socioeconómica del estudiante y no primeramente en la institución a la que se adscribe, sin perjuicio de lo cual y con el propósito de asegurar una correcta asignación de los recursos, que siempre serán limitados e insuficientes, se deben considerar ciertos presupuestos mínimos dentro de los límites permitidos por el principio de igualdad ante la ley y se pueden contemplar requisitos institucionales que aseguren el correcto uso de los recursos.

**50°.-** Que, también la doctrina nacional ha señalado, en cuanto a la igualdad, específicamente en la vertiente del examen de racionalidad, que *"(...) la igualdad jurídica se traduce en la imposibilidad de establecer diferencias entre iguales, cuestión que nuestra Carta Fundamental consagra expresamente en el artículo 19 Nº 2. Esta norma importa una opción del constituyente a fin de que todos los que se encuentran en una misma categoría, situación o circunstancia, sean tratados de manera similar por la norma legal, sin que existan entre ellos privilegios o discriminaciones arbitrarias"* (Martínez Estay, José Ignacio y Zúñiga Urbina, Francisco, "El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Revista Estudios Constitucionales Año 9, Nº 1, 2011, p. 210). En el mismo sentido se ha mencionado que "el tratamiento igualitario es la regla de normalidad, y para escapar de la misma solo se requiere cierta racionalidad" (Díaz de Valdés Juliá, José Manuel, "La igualdad constitucional: múltiple y compleja", en Revista Chilena de Derecho, vol. 42 Nº 1, 2015, pp. 170-171)

**51°.-** Que, desde otra perspectiva de la doctrina, que resulta atingente al asunto que se debe resolver por esta Magistratura, conviene tener presente que la igualdad ante la ley constituye tanto un derecho como una garantía de seguridad jurídica no sólo respecto de la aplicación de las normas jurídicas en general, sino, también respecto del ejercicio de los derechos fundamentales. En efecto, como lo ha explicado Ferrajoli, la igualdad se manifiesta como igual titularidad de derechos fundamentales, como igual dignidad social y como derecho a la igualdad y, asimismo, es un "principio normativo que tanto en su dimensión formal como en sus mínimos sustanciales puede resultar ineficaz en distinta medida a causa de las múltiples discriminaciones mediante las que de hecho puede ser violada, ya sea por lesiones o por incumplimientos de los derechos fundamentales. Obviamente las discriminaciones son algo distinto de las desigualdades jurídicas de las que acabo de hablar: son, precisamente, desigualdades antijurídicas dado que consisten en la violación del principio de igualdad, es decir, en el desigual tratamiento de las diferencias que éste tutela por igual o en la frustrada satisfacción de los derechos sociales conferidos a todos

también por igual". Concluye señalando que "la igualdad de los derechos no es más que una igualdad en las expectativas (…); en las expectativas de no lesión en que consisten los derechos individuales, y en las expectativas de prestación en que consisten los derechos sociales" (Ferrajoli, Luigi, Principia Iura. Teoría del derecho y de la democracia, Tomo I, Editorial Trotta, Madrid, 2011, pp. 757-748).

**52°.-** Que, entendida entonces la igualdad ante la ley como la exigencia de un trato igual para quienes están en idénticas condiciones, y uno distinto para quienes están en diversas posiciones, resulta legítimo al legislador establecer diferencias de trato siempre que ellas no sean arbitrarias, para lo cual deben cumplir, a lo menos, con la exigencia o cartabón de la racionalidad. Por tanto, resta avocarnos a determinar si la restricción establecida, se adecua a tal premisa. Para lo cual será pertinente, identificar, en este caso: (1) la finalidad declarada por el legislador al crear el beneficio, (2) la diferencia concreta de trato que se establece por el legislador, y (3) el criterio de diferenciación, vale decir porqué el Estado les va a financiar la gratuidad a unos y a otros no. Efectuado esto podremos concluir que no existe la debida racionalidad entre estos tres elementos.

**53°.-** En este caso, la pregunta 1) reconoce una respuesta obvia: la satisfacción de prestaciones educacionales superiores, rompiendo una barrera de acceso plutocrática y censitaria, que es la capacidad de pago.

**54°.-** Las preguntas 2) y 3) lleva a la diferencia: ¿por qué en el caso concreto no y en otros sí?, con una respuesta clara: una licenciatura por alumno asegura la finalidad de la educación superior, en un ciclo formativo completo, conducente a la obtención de un título. Acoger en esa perspectiva es crear un grupo privilegiado: aquel que puede recibir gratis del estado 2 licenciaturas, con el consiguiente aumento de los recursos involucrados, que por siimple aritmética no podrán ser usados en estudiantes que accedan a la primera licenciatura.

## La contraloría general de la república y sus potestades legales de interpretación.

**55°.-** Que, al crearse la Contraloría General de la República, en el Decreto con Fuerza de Ley N° 400 Bis, de 1927, se le encomendaron las atribuciones mencionadas en su artículo 7°, pero fue un año más tarde, mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 2.960 Bis, que se dispuso -también en su artículo 7°- que *"es obligación del Contralor General, emitir su informe por escrito, a petición de cualquier Jefe de Servicio, empleado o agente encargado de fondos o de la administración de bienes nacionales respecto al objeto o alcance de cualquier ítem del Presupuesto, fondo especial o de reserva, o sobre la aplicación de los ingresos, legalidad de los desembolsos o disposición de cualquiera propiedad del Estado. Este informe obligará a los funcionarios administrativos, pero éstos podrán apelar de él, por conducto del Ministro del ramo, ante el Presidente de la República, y dentro del plazo de treinta días, contados desde la notificación de la providencia recurrida"*.

**56°.-** Que, la Ley N° 10.336, -hoy, Orgánica Constitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 98 inciso primero de la Carta Fundamental, en relación con su Cuarta Disposición Transitoria-, en 1953, dispuso, en el artículo 5° inciso tercero que "en los casos en que el contralor informe a petición de partes o jefaturas de servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes" y en su artículo 6° -sin modificaciones a la fecha- que *"corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen.*

*Del mismo modo, le corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas.*
*La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor.*
*De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere al artículo 1°".*
*Asimismo, el artículo 9° de dicha ley preceptúa, en sus inciso quinto y final, que "(...) es obligación del Contralor emitir por escrito su informe, a petición de cualquier Jefe de Oficina o de Servicio, acerca de todo asunto relacionado con los presupuestos; con la administración, recaudación, inversión o destinación de fondos, rentas o cualesquiera bienes de los indicados en el inciso 1° del artículo 7°; con la organización y funcionamiento de los Servicios Públicos; con las atribuciones y deberes de los empleados públicos, o con cualquiera otra materia en que la ley le dé intervención a la Contraloría.*
*Estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran*"

**57°.-** Que, desde el punto de vista del control de la potestad dictaminante, esta Magistratura ya ha señalado que "(...) si el dictamen contralor es jurídicamente irreprochable, sólo el Poder Legislador podría retomar su potestad normativa para cambiar la jurisprudencia administrativa, total o parcialmente, sobre la base de una diferente apreciación interpretativa de las normas involucradas (...)" (Rol N° 3.283, c. 17º), pero que se encuentran sujetos a control judicial, por cuanto "(...) no existen actos estatales exentos de revisión jurisdiccional. Sea en virtud del derecho a defensa jurídica, asegurado en el artículo 19, N° 3, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental, sea porque entre las bases generales de la Administración del Estado el artículo 38, inciso segundo, del texto supremo prevé que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, por ambos y otros preceptos esenciales a la vez, es que cualquier acto de la autoridad puede ser objetado en sede judicial, respecto a su plena conformidad a Derecho (STC roles N°s. 415, considerando 13°, y 2009 considerando 31°, entre muchas)" (c. 15°, Rol N° 3.283)

**58°.-** Que, la potestad dictaminante, constitucional y legalmente atribuida a la Contraloría General de la República, configura una atribución acotada y judicialmente controlable. Acotada, en primer lugar, conforme a lo preceptuado en los artículos 5°, 6°, 9° y 19 de su Ley Orgánica Constitucional y al tenor de lo previsto en los artículos 10 y 3° inciso sexto de la Ley N° 19.880, en virtud del cual "constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias", a través de los que se fija el sentido y alcance de las disposiciones interpretadas, tal y como lo ha asentado el propio Ente de Control desde sus Dictámenes N° 67.927, de 1963, y N° 65.058, de 1964.

**59°.-** Dicha potestad interpretativa es, asimismo, acotada, en segundo lugar, porque, como lo ha reconocido la propia Contraloría General de la República, su ejercicio no permite llenar vacíos legales (Dictamen N° 10.873, de 1994) y menos crear excepciones no previstas en la ley (Dictamen N° 7.474, de 1995).

**60°.-** En tal sentido, la Contraloría General de la República aparece dotada de poderes legales de interpretación administrativa de la ley, y es en ese entorno que no es esta la sede para impugnar el ejercicio de tales potestades, agregando que no se han cuestionado en este caso los preceptos legales que la configuran.

**La discusión de fondo es de mera legalidad.**

**61°.-** Que, en este caso, ya se ha mencionado que el conflicto que se somete ante este Excelentísimo Tribunal, dice relación con la interpretación de la Contraloría General de la República y, luego el Tribunal de Fondo, respecto al carácter o no terminal del programa de College impartido por la Pontificia Universidad Católica, en tanto que la intromisión de esta Magistratura significaría interpretar los casos y formas que establece la ley respectiva, como la correcta o incorrecta aplicación de la ley, sus límites y su interpretación, haciendo irreconocible la frontera entre la esfera de atribuciones de resolver conflictos mera legalidad (propia de los jueces del fondo a la luz de lo dispuesto por el inciso primero del artículo 76 de la propia Constitución) y la esfera de atribuciones de resolución de aquellos conflictos de constitucionalidad, tasados y calificados en sentido estricto, que corresponde a este Tribunal a la luz del cerrado catalogo del artículo 93 de la Constitución Política. La delimitación entre ambas órbitas competenciales es necesaria en un sistema de control constitucional concreto y concentrado como aquel configurado en nuestro país desde la Reforma Constitucional de la Ley N° 20.050, pues sólo teniéndola clara se evitará el riesgo de invasión de atribuciones entre esta jurisdicción constitucional y el Poder Judicial.

**62°.-** Es en este sentido que el tribunal del fondo de la gestión pendiente está dotado de suficientes potestades y competencia para determinar si es correcta o incorrecta constitucionalmente hablando la interpretación de los preceptos cuestionados en esta sede.

**El requerimiento no alcanza a satisfacer estándares que permitan verificar la existencia de una afectación de los derechos que estiman infringidos.**

**63°.-** Que, de tal forma, no se constata afectación del derecho a la educación en el acceso a la gratuidad universitaria, ni a la libertad de enseñanza, ni la igualdad ante la ley.

[…]

**SENTENCIA ROL 12.192-2022.** *Publicada el 5 de julio de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 4°, inciso primero, de la ley N° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, y 495, inciso final, del Código del Trabajo. Astilleros y Maestranzas de La Armada (ASMAR). En el proceso RIT S-30-2020, RUC 20-4-0312597-1, seguido ante el juzgado de letras del trabajo de Concepción, en actual conocimiento de la corte de apelaciones de Concepción, por recurso de nulidad, bajo el rol 596-2021 (laboral cobranza)

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[…]

El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, estuvo por acoger el presente requerimiento, teniendo en consideración solamente los siguientes fundamentos:

**1°.-** Los Astilleros y Maestranzas de la Armada, individualizados por las sigla ASMAR, constituyen una persona jurídica de derecho público, de administración autónoma y de patrimonio propio, en conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 18.296, que contiene su estatuto.

**2°.-** Que en ese sello la calificación de la institución puede consagrarse como una "órgano Descentralizado de la Administración del Estado", no susceptible de calificar como cualquier contratista del Estado, sino más bien, como parte del Estado mismo, en tanto empresa pública de giro especial, definido en el artículo 2° de su ley orgánica al señalar que "La actividad principal de ASMAR será reparar y carenar las unidades navales de la Armada. También podrá atender la reparación y carena de naves y artefactos navales nacionales y extranjeros, fabricar y reparar artículos industriales para fines de seguridad nacional y construir naves y artefactos navales para la Armada y para terceros. ASMAR podrá, además, efectuar trabajos a las unidades y reparticiones terrestres de la Armada y de las Instituciones de la Defensa Nacional".

Debe tenerse presente que en ciertas áreas puede estar regida en sus relaciones jurídicas por el Código del Trabajo como empleador, y puede competidor de otros entes privados, de forma que en ese evento desempeña un rol como particular (artículo 19, N°21 constitucional), a pesar de ser a la vez un órgano del Estado, que también sujeto al principio de servicialidad y bien común del artículo 1° de la Constitución y a los deberes de coordinación, eficacia, eficiencia y servicios de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, reforzado todo ello por su propia ley orgánica que le asigna por principal labor la mantención y reparación de las unidades de la Armada de Chile;

**3°.-** De esta manera, atendida la naturaleza de la institución, le resulta fuertemente gravoso que el ordenamiento jurídico sancione con lo establecido en el artículo 4° de la Ley N°19.886, en cuanto a que su entidad y razón de ser no es propia de un simple contratista con el Estado, sino que el vínculo resulta más complejo, en términos que la dañosidad social que pudiera producirse al implementar la medida derivada de la norma cuestionada en autos no resulta atingente, impidiendo la realización del deber de servicialidad y bien común del artículo 1° de la Constitución y de los deberes de coordinación, eficacia, eficiencia y servicios de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado mediante actividad convencional dirigida a la satisfacción de necesidades públicas. Adicionalmente, Asmar constituye parte de lo más preciado de la Defensa Nacional, tanto en capacidades de diseño y construcción, como en know how necesario para mantener operativa la flota de la Armada, lo cual es a la vez garantía de disuasión y eficacia en las misiones de la Escuadra, de manera tal que la lesión a las garantías de la seguridad exterior es evidente;

**4°.-** Que en el caso concreto, se produce un efecto discriminatorio con ASMAR al aplicársele una sanción, atendido que por su propia estructura y función no resulta congruente que una institución de derecho púbico, que no es contratista civil ni mercantil en sentido estricto, y que más bien es parte del Estado y de su función social, se le sancione en los mismos términos que un privado que no tiene tal naturaleza;

**5°.-** Que de esta forma se genera, en criterio de este Ministro, una infracción a la Constitución en mérito de un trato indiferenciado y discriminatorio de índole arbitrario, que impide la actividad del propio Estado, ya qué la norma impugnada inhabilitaría para contratar con órganos de la Administración a una entidad estatal, independiente de su cometido o naturaleza jurídica;

**6°.-** Que a todas luces, se produce una infracción manifiesta al principio de igualdad ante la ley, basado a que se da un trato idéntico a situaciones que podrían ser muy disímiles, dado que su aplicación constituye un caso de discriminación arbitraria, que además impide que el Estado use sus medios y que los órganos del Estado se coordinen en su actuar.

En efecto, no consta la infracción a valores propios de la competencia desleal ni a la buena fe en la negociación y conclusión de contratos con la Administración del Estado, ni tampoco una facilitación que violente derechos fundamentales de los trabajadores, por lo cual cabe en criterio de este Ministro, una verdadera infracción de la Constitución en mérito de una discriminación arbitraria al aplicar la norma a una empresa del Estado;

**7°.-** Que atendido lo razonado y las consideraciones antes expuestas este Ministro estuvo por acoger el requerimiento de fojas 1, sólo en virtud a los razonamientos señalados.

# 3. Votos sobre la no discriminación.

**SENTENCIA ROL 12.174-21.** *Publicada el 14 de marzo de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto de la frase "las resoluciones que se dicten con tal objeto serán inapelables" contenida en el artículo 649, parte final, del código de procedimiento civil. Paulina Celedón González. En el proceso rol c-4519-2019, seguido ante el vigesimoquinto Juzgado de letras en lo civil de Santiago, en actual conocimiento de la corte de apelaciones de Santiago, por recurso de hecho, bajo el rol N° 7965-2021 (civil)

**VOTO MAYORÍA**[3]

## I. ACERCA DEL CASO CONCRETO

**1°.-** Que, siendo la inaplicabilidad un control de tipo concreto, las circunstancias y elementos del caso específico, así como su estado procesal, cobran especial relevancia. En ese orden, la presente sentencia no significa necesariamente una inconstitucionalidad general y abstracta del precepto impugnado, realizándose el examen del presente proceso en función del caso sub lite invocado como gestión pendiente.

**2°.-** Cabe tener presente que la gestión invocada consiste en un recurso de hecho seguido ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago bajo los autos rol Civil-7965-2021, deducido en contra de la resolución del Juez Partidor que no concedió el recurso de apelación de la requirente en contra de la resolución que rechazó su solicitud de poner en conocimiento los autos arbitrales de partición al defensor público respecto de la situación de incapacidad que afecta a su hermana Mercedes Celedón González, a fin de que aquel asuma su representación o, en su defecto, se designe un curador especial que la represente en el procedimiento arbitral de partición. Dicho juicio arbitral tiene como objeto la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada denominada "Inversiones e Inmobiliaria Santa Mercedes Limitada" disuelta el año 2012, cuyo único bien a liquidar es el ubicado en Santa Ana de Chena, Camino Los Talaveras, Parcela 43 del Plano de Parcelación del Fundo Santa Ana de Chena, comuna de Maipú (fs. 44), asimismo domicilio de doña Mercedes Celedón González (fs. 46), comunera y hermana de la requirente.

**3°.-** Que, no puede preterirse que la hermana de la requirente es una persona de 71 años de edad, es decir adulta mayor, y a la vez rola a fojas 54 el certificado de discapacidad que acredita al día de hoy un 75% de discapacidad psíquica, constando además a fojas 110 su certificado de estar inscrita en el registro nacional de discapacidad.

**4°.-** Tampoco puede preterirse la solicitud específica de la requirente, rechazada por el Juez Partidor, y reiterada en el recurso de apelación que, de no mediar el precepto impugnado, podría resolver la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. No se trata de una petición común en el marco de un juicio de partición como podría ser, verbigracia, alguna relativa a la tasación del bien objeto de división, sino que en este caso la incidencia es particularmente distinta, pues lo que en el fondo se pide es la debida intervención de un letrado que represente o resguarde en el juicio de partición los derechos e intereses de una mujer adulto mayor que padece de un alto grado de discapacidad. Esto es trascendente, porque la negativa a revisar tal determinación podría implicar que una persona respecto de la que concurren diversos factores de vulnerabilidad quede sin protección de sus derechos e intereses en un procedimiento legal cuyo resultado le afecta.

3 Redactado en conjunto con la Ministra Sra. Nancy Yáñez Fuenzalida.

## II. CATEGORÍAS SOSPECHOSAS, DISCRIMINACIÓN POR INVISIBILIZACIÓN E INTERSECCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN.

**5°.-** Consta así que la hermana de la requirente pertenece a dos colectivos de personas históricamente postergadas y discriminadas: a la vejez y a la discapacidad, además de ser mujer, lo que también tiene implicancias de pertenencia a un tercer colectivo históricamente discriminado.

**6°.-** Es decir, el requerimiento aboga por los derechos de una persona que se encuentra dentro de lo que usualmente se denomina como *"categorías sospechosas", entendidas como "aquellas características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos, tales como la raza, el sexo y la religión, y que el ordenamiento jurídico ha señalado especialmente como indiciarios de discriminación arbitraria"*[4], entendiendo con énfasis la pertenencia al grupo de personas de dicha característica para realizar un escrutinio estricto del acto o norma presumiblemente discriminatoria, en términos de que el estándar de justificación de la diferencia de trato ha de ser específicamente alto para despejar la existencia de discriminación.

**7°.-** El artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone la obligación de los Estados Partes de *"respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"*. Sobre dicha disposición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *"Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término 'otra condición social' para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 85) y también ha reconocido que la edad es una categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención, es decir, *"la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores, se encuentra tutelada por la Convención Americana"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Poblete Vilches y otro Vs. Chile, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 122).

**8°.-** En tal sentido, el uso de las categorías sospechosas para determinar si hay o no vulneración del derecho a no ser discriminado en el sistema jurídico chileno ha sido incorporado por la vía de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial dos dictadas el contra del estado de Chile: los casos Atala Riffo y Norín Catrimán, al señalar que *"Para establecer si una diferencia de trato se fundamentó en una categoría sospechosa y determinar si constituyó discriminación, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjeron las decisiones judiciales"* (Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 95; Caso Norín Catrimán y otros VS. Chile párr. 226).

4 DIAZ DE VALDES J, José Manuel. Las categorías sospechosas en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2018, n.50 [citado 2022-07-14], pp.189-218. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512018000100189&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512018000100189, el autor construye la definición refiriendo a Besson, Samantha, Evolutions in non-discrimination law within the ECHR and the ESC systems: It takes two to tango in the council of Europe, en The American Journal of Comparative Law 60 (2012), 1, pp. 165-166; Gerards, Janneke, The discrimination grounds of article 14 of the European convention on Human Rights, en Human Rights Law Review 13 (2013), 1, p. 116; Fishkin, Joseph, Bottlenecks. A New Theory of Equal Opportunity (Oxford, Oxford University Press, 2014), p. 237; Courtis, Christian, Dimensiones Conceptuales de la Protección Legal contra la Discriminación, en Revista Derecho del Estado (2010), 24, p. 115; Díaz, Iván, Ley chilena contra la discriminación. Una evaluación desde los derechos internacional y constitucional, en Revista Chilena de Derecho 40 (2013), 2, p. 643.

**9°.-** La pertenencia de una persona a más de una categoría sospechosa exige la adopción por parte de esta Magistratura de un enfoque interseccional que implica reconocer que la convergencia de estas categorías puede resultar en una forma específica y particular de discriminación. El concepto de interseccionalidad es recogido también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gonzales Lluy y Otros Vs. Ecuador en el que *"confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 290). En esta misma línea, la Excma. Corte Suprema, reconociendo que en la discriminación interseccional *"se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amprada" ha advertido que "la convergencia de múltiples formas de discriminación aumenta el riesgo de que algunas mujeres sean víctimas de discriminación compuesta"* (Corte Suprema, 1 de diciembre de 2016, rol 92795-2016, c. 16°). En el caso específico de que se trata, cobra relevancia lo dispuesto en el artículo 6° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que dispone que:

> *"1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.*
>
> *2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención."*

**10°.-** A su vez, en la medida que el artículo 19, numeral 2° de la Constitución Política dispone que se asegura a todas las personas *"La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley" y que "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias",* se verá que es posible establecer ciertos tratos diferenciados en nuestro sistema jurídico y que en ocasiones puede ser un deber hacerlo, llegando a ser discriminatorio negar una diferencia relevante que requiera tal diferenciación legislativa.

**11°.-** Que, este razonamiento no ha sido ajeno a los criterios interpretativos de esta Magistratura. Refiriéndose a los mecanismos de afirmación positiva cuyo propósito es asegurar la efectiva igualdad ante la ley, este Tribunal recordó en su sentencia Rol 2552-13 que *"Existen respecto de grupos o colectivos cuya subordinación es histórica o prolongada, situación que los ha debilitado severamente, obligando a corregir o a compensar dicha secular desventaja. La acción afirmativa supone un beneficio para ese colectivo, que sin el mismo permanecería en su situación de subordinación. Estas medidas buscan que las personas tengan las mismas oportunidades en el punto de partida (artículo 1, inciso final, de la Constitución.). De una u otra manera, ellas promueven un sistema de inclusión social, que el Estado debe contribuir a crear (artículo 1°, inciso cuarto, constitucional)".* Esta Magistratura ha considerado como parte de este tipo de grupos a los escolares (STC 410/2004), niños, niñas y adolescentes (STC 1683/2010), los homosexuales (STC 1683/2010), los pueblos indígenas (STC 1050/2008) y, en lo que interesa al presente requerimiento, a las personas con discapacidad (STC 745/2007) y a las mujeres (STC 2777/2015).

**12°.-** Es así, que la presente sentencia se referirá a la necesidad de tratos diferenciados en torno a los derechos de las mujeres, personas mayores y con discapacidad, destinados a prevenir la concurrencia de una situación de discriminación interseccional, con expresa fuente en el derecho internacional de los derechos humanos.

## III. ESTÁNDAR DE DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

**13°.-** En tal sentido, desde el mismo derecho internacional de derechos humanos, en su estándar interamericano, ha de tenerse presente que Chile ha suscrito y ratificado el año 2017 la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, tratado internacional de derechos humanos específicos para la tercera edad, que se encuentra vigente, y que viene, a estos efectos, a establecer normas especiales sobre los derechos a la vivienda, a la protección judicial y a la igualdad, en refuerzo del estándar convencional y general de derechos humanos pre existente a su texto. Es del caso reiterar que en tanto tratado internacional de derechos humanos ratificado por Chile y vigente, los derechos que establece son de aquellos a que alude el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución vigente, como límite al ejercicio de poderes soberanos, como lo es en específico la función jurisdiccional propia de la gestión pendiente invocada en el requerimiento del presente proceso.

**14°.-** Es por ello que, habiéndose formulado preguntas a los litigantes acerca de normas de esta Convención al final de la vista de la causa, a los efectos del artículo 88 de la ley orgánica de esta Magistratura, la presente sentencia razonará sobre la base de normas de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que se utilizarán para concluir en el acogimiento del requerimiento.

**15°.-** Así, debe señalarse expresamente que entre los vectores normativos explícitos de la aludida convención se debe reconocer lo señalado en su preámbulo, en orden a que *"la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades", además debe especificarse que su texto se elabora "Reconociendo también la necesidad de abordar los asuntos de la vejez y el envejecimiento desde una perspectiva de derechos humanos que reconoce las valiosas contribuciones actuales y potenciales de la persona mayor al bienestar común, a la identidad cultural, a la diversidad de sus comunidades, al desarrollo humano, social y económico y a la erradicación de la pobreza", agregando en su artículo 1° que el objetivo es "es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad".*

**16°.-** Es decir, se busca abordar la vejez no como una causal de incapacidad de tomar decisiones y ejercer derechos que haga depender a la persona del juicio de terceros desconociendo su titularidad de voluntad y autodeterminación, sino todo lo contrario: reconocer en la persona mayor un titular de derechos, no ya solo los generales, sino que además de derechos específicos, cuyo ejercicio resguarda y refuerza su esfera de capacidad de ejercicio y autodeterminación en sus decisiones cotidianas, incluidas las más relevantes, ello en estrecha conexión con las características propias de los derechos humanos, en específico su universalidad e incondicionalidad, superando así el viejo paradigma de la legislación civil clásica y decimonónica, que ve a la vejez como un motivo de incapacitación y de una llamada *"protección"* que consiste en hacerlo depender de terceros en sus relaciones jurídicas, a partir de una concepción estereotipada, paternalista y prejuiciada acerca de la pretendida falta de discernimiento por el hecho de la edad, todo lo cual genera como consecuencia una normalización de diferencias de trato que lesionan el pleno ejercicio de derechos individuales, buscando una aparente justificación en la condición de bajo discernimiento del adulto mayor.

**17°.-** Así, en su artículo 3°, la aludida convención consagra *"La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor", "El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor" y "La protección judicial efectiva"* como principios generales aplicables, y serán dichos criterios las guías interpretativas y de aplicación de los derechos de la persona

adulto mayor, a lo que se suma el principio de eficacia normativa, entendido como verdadero criterio de hermenéutica constitucional, de manera tal que la necesidad de protección y garantía específica del ejercicio de sus derechos, la autonomía del adulto mayor en ello y la eficacia material y real de lo que se proclame como protección judicial serán estándares interpretativos en el presente caso de inaplicabilidad, más aún si el propio artículo 4° de la Convención dispone que los Estados *"Adoptarán las medidas afirmativas y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención" y que "Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos"*, norma esta última que obliga tanto al legislador, como a la administración y también a los tribunales a dar un trato diferenciado a las cuestiones de personas mayores, en una clave que no puede ser otra que la perspectiva de derechos humanos, teniendo como vara o cartabón los que esta misma convención establece, determinando la obligación de determinar acciones afirmativas en favor de las personas mayores, no solo a nivel legislativo, sino también con medidas específicas a niveles administrativo y judicial. Así, los tribunales deben garantizar un acceso a la justicia reforzado y con trato distinto para que tal tutela judicial sea en los hechos eficaz, en el entendido que sin tutela los derechos quedan en el papel.

**18°.-** En efecto, una de las grandes formas de discriminar es por vía negativa, es decir, por el camino de negar la diferencia y dar el mismo trato a quienes se encuentran en situación relevantemente diferente, sobre todo entendiendo que todo trato de las normas a las personas obedece a que ellas se encuentran en una determinada situación de hecho, que el derecho considera relevante para determinar una norma regulatoria referida a esos hechos que determinan un factor de diferenciación de trato que no solo es legítimo, sino que es necesario para poder lograr el pleno ejercicio de derechos humanos.

**19°.-** En entornos de ese tipo, la diferenciación de trato puede erigirse en garantía de igualdad y no discriminación cuando el objetivo es el pleno goce y ejercicio de derechos de algún grupo de personas que por su situación no pueden lograrlo por sí solas, y a su vez, la negación de la diferencia relevante conlleva una suerte de asimilación forzosa que desfavorece e invisibiliza a quien está en esa situación diferente al resto que se tiene por "estándar", lo cual es más patente al constatarse que el mismo trato a quienes están en diferente situación relevante degrada o lesiona el ejercicio de derechos del grupo invisibilizado. Eso es lo que ocurre con los derechos de las personas mayores, que por circunstancias propias de su edad, se ven expuestos a conductas de terceros de su entorno y a hechos que lamentablemente se "normalizan", y que conducen a un resultado de lesión del ejercicio de sus derechos, interfiriendo la administración de sus bienes, sus derechos en salud, la elección del lugar donde vivir, entre otros ámbitos. Es por eso que en su artículo 4° la Convención dispone que los Estados *"Adoptarán medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas contrarias a la presente Convención, tales como aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, expulsiones de la comunidad, la negación de nutrición, infantilización, tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, entre otras, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor"*, ya que esos son algunos de los factores más lesivos del ejercicio de derechos fundamentales en la 3ª edad.

**20°.-** En primer lugar, cabe señalar que en el caso concreto podríamos estar en presencia de lo que la Convención en su art. 2 denomina *"Discriminación múltiple"*, que define como *"Cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación"*, en la medida que la lesión a los derechos de la requirente se produce desde sus dimensiones de discapacidad y de vejez. En tal sentido, no puede obviarse que el presente caso trata de la liquidación de una sociedad familiar, y que la requirente, miembro de esa familia, a sus

71 años y con su discapacidad vive en el inmueble que se está liquidando, motivo por el cual es parte en el juicio arbitral de partición de bienes, a consecuencia del cual muy probablemente la vivienda que hoy mora dejará de ser su hogar de manera involuntaria, siendo evidente que no se encuentra en posición etaria, laboral ni de salud de procurarse por sí misma otra vivienda cuando ello ocurra.

**21°.-** A propósito de ello, es dable mencionar que no se puede desconocer que en Chile, más de un lustro antes de la ratificación de la Convención, se dictó la Ley N°20.422, que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, y que también se dictó antes la Ley N° 19.828, que crea el servicio nacional del adulto mayor, señalando en su artículo 1° que *"Las disposiciones de la presente ley tienen por objeto establecer la creación del Servicio Nacional del Adulto Mayor, que velará por la plena integración del adulto mayor a la sociedad, su protección ante el abandono e indigencia, y el ejercicio de los derechos que la Constitución de la República y las leyes le reconocen"*, más en materia de derechos específicos de personas de edad mayor, no existe una ley que dé cumplimiento a la parte normativa del conjunto de los deberes emanados de la Convención. En efecto, a esta fecha se encuentra recién en primer trámite constitucional el proyecto de ley boletín N° 13822-07, para promover el envejecimiento positivo, el cuidado integral de las personas mayores, y el fortalecimiento de la institucionalidad del adulto mayor, iniciado por mensaje en octubre de 2020.

**22°.-** En segundo lugar, se requirió la intervención de un defensor público, más fue denegada porque la legislación chilena exige como presupuesto para ello una solicitud de interdicción, que se fundaría en su discapacidad, lo que, como se verá, es justamente la concreción de lo contrario de lo que se pretende en las normas de la Convención.

**23°.-** Cabe mencionar que si bien la Constitución no garantiza de manera expresa el derecho a la vivienda, este forma parte de los compromisos internacionales que ha asumido el Estado de Chile al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. En efecto, de acuerdo al artículo 11, párrafo 1°, del Pacto: *"Los Estados Partes […] reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.* En este contexto, cobra importancia la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías, aspectos que si bien son esenciales de todos los derechos humanos, tienen una incidencia específica para la cuestión de los desalojos forzosos, debido a los impactos que estos tienen en el goce efectivo de otros derechos humanos reconocidos internacionalmente (tales como el derecho a la vida, el derecho a integridad y a la dignidad humana, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar, y el derecho a disfrutar en paz de los bienes propios).

**24°.-** Respecto de las personas mayores, el artículo 24 de la Convención, en la parte respectiva, dispone que Los Estados Parte *"promoverán el establecimiento de procedimientos expeditos de reclamación y justicia en caso de desalojos de personas mayores"*, debiendo entenderse por desalojo toda medida o todo procedimiento que expulse de la vivienda en que mora un adulto mayor, fundada en decisión de un tercero y que se puede imponer con un variable grado de fuerza, física o moral, actual o potencial. En el caso sub lite, la partición de bienes incluye justamente al bien inmueble en el que la requirente vive.

**25°.-** En tal sentido, el artículo 24 es precisamente el reconocimiento del derecho a la vivienda por parte de la Convención, en un estándar específico para el adulto mayor. En la medida en que el proceso de partición de bienes puede devenir en un desalojo de la requirente en tales términos, es que esta norma también resulta pertinente para el caso.

**26°.-** Por otra parte, el artículo 30 de la Convención dispone que:

*"Los Estados Parte reafirman que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

*Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*

*Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*

*Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona mayor.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietaria y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito".*

**27°.-** En tal sentido, se observa que siendo universales e incondicionales los derechos humanos, y siendo el Estado su primer obligado correlativo, los derechos especiales de protección judicial que se contienen en el artículo 30 no pueden quedar sujetos a que un adulto mayor requiera -por exigencia de leyes emanadas del propio Estado- de un *"dictamen"* acerca de su salud para poder gozar de *"protección especial"* en sus derechos por la vía de oír al defensor público, ni menos que por ese mismo dictamen sea declarado *"interdicto"* (es decir incapaz) para que el sistema jurídico le otorgue alguna forma de *"protección"*. En efecto, una declaración de interdicción, o en general de incapacidad, es justamente lo contrario de proteger derechos, que es el estándar fijado por la Convención, pues en lugar de reforzar la titularidad y ejercicio autodeterminativo de sus derechos, lo priva del ejercicio de los mismos, sujetándolo a la voluntad y dependencia de un tercero, en un paradigma que es justamente el que la convención busca superar mediante la consagración de un enfoque de derechos humanos. Corolario de lo expuesto, en lo referido a la función jurisdiccional y la tutela judicial efectiva, es lo dispuesto por el artículo 31 de la convención:

*"Acceso a la justicia La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

*Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas.*

*Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales.*

*La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo*

*la salud o la vida de la persona mayor.*

*Asimismo, los Estados Parte desarrollarán y fortalecerán políticas públicas y programas dirigidos a promover:*

*a. Mecanismos alternativos de solución de controversias.*

*b. Capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, sobre la protección de los derechos de la persona mayor.".*

**28°.-** Refuerza lo que se ha venido razonando, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratado que se encuentra vigente en Chile desde el año 2008, cuyo propósito *"es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover su dignidad inherente"* y que fue convenido por los Estados partes, conforme se expresa en su preámbulo:

*"p) Preocupados por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición,*

*q) Reconociendo que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación"*

**29°.-** En virtud del artículo 4.1 de dicho tratado, *"Los estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención" y, específicamente en relación con el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, el artículo 13 dispone que "Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares".* Es decir, este tratado también contempla el deber de ajustes de procedimientos y, es más, se considera expresamente a la edad como un parámetro de adecuación, todo lo cual redunda en la necesidad de que el superior jerárquico del Juez Árbitro revise la decisión que deniega la intervención del defensor público en defensa de los intereses de la persona con discapacidad de la 3ª edad.

**30°.-** Finalmente, abonando el enfoque interseccional al que recurre esta Magistratura para acoger el presente requerimiento, debe recordarse que dentro de los derechos protegidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer se encuentra *"el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos"* (artículo 4.g). Vale decir, la protección judicial que se demanda por medio del presente requerimiento resulta perentoria en virtud de tres tratados internacionales, suscritos y ratificados por Chile, destinados a salvaguardar los derechos humanos de las tres categorías sospechosas a las que pertenece.

## IV. ACERCA DEL JUICIO ARBITRAL

**31°.-** La doctrina autorizada ha señalado históricamente que el juicio arbitral *"es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones"* (Patricio Aylwin

Azócar, El Juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 1948, p.21), agregando el mismo autor que es, en primer término, una institución procesal de Derecho Privado (id. ant).

**32°.-** Entre las ventajas que se solían atribuir a los tribunales arbitrales se contemplan la celeridad y, en ocasiones, la especialización del árbitro en materias de alta especificidad, lo que ha generado que muchas veces juicios de alta cuantía entre empresas, referidos a materias civiles, mercantiles o legislación sectorial de mercados regulados, son conocidos y resueltos por estas vías arbitrales, sin usar el sistema judicial ni recursos estatales, contribuyendo así a la descongestión de los tribunales. Por otra parte, no puede dejar de decirse que el arbitraje es una actividad onerosa, por lo que debe ser remunerada, lo que deviene en que sus costos para el justiciable son más altos que los que asume en la justicia ordinaria.

**33°.-** Se observa que los tribunales arbitrales están contemplados en la propia organización estatal del sistema procesal, por lo cual se reconoce expresamente que estos tribunales especiales y no permanentes son órganos jurisdiccionales, tratados explícitamente en el título IX del Código Orgánico de Tribunales, denominado "De los Jueces Árbitros". Así, de la propia legislación emanará la distinción entre los diferentes tipos de arbitraje. Dentro de ellas las más relevantes serán:

» según la impugnabilidad de la sentencia, de única o doble instancia,

» según las potestades del árbitro, de derecho, mixto o de equidad

» según si la materia es o no susceptible de arbitraje, prohibido, voluntario o forzoso

**34°.-** Esta última clasificación es de importancia para el caso sub lite, pues en los artículos 228 y 229 del Código Orgánico de Tribunales se contemplan materias que no son susceptibles de arbitraje, por considerarse indisponibles y de orden público, en lo que se denomina arbitraje prohibido. A su vez, se consideran en el artículo 227 del mismo Código un conjunto de materias en las cuales es forzoso que los juicios sean conocidos y resueltos por jueces árbitros -hipótesis de la gestión pendiente- en lo que se denomina arbitraje forzoso o materias de arbitraje forzoso, marco en el cual se encuentra la partición de bienes comunes, debiendo agregarse la única instancia de las resoluciones del juez arbitro distintas de la sentencia definitiva, de la forma que se establece en el precepto cuestionado.

**35°.-** Puede constatarse, como principio del derecho vigente, que en general el arbitraje se refiere a cuestiones del orden patrimonial, cuando hay intereses esencialmente disponibles involucrados.

**36°.-** Que, lo expuesto determina que en nuestro país la justicia arbitral ha sido en general tratada y determinada por el propio legislador, que la ampara históricamente como una herramienta eficaz, y la promueve por la vía del arbitraje voluntario, a lo que se agrega que la incluye en ocasiones como forzosa, en diversas áreas, como el derecho laboral colectivo, telecomunicaciones, derecho eléctrico, comercio internacional, entre otras, dejando como límite las materias de arbitraje prohibido.

**37°.-** Al tratar de justificar el arbitraje forzoso, la doctrina señaló a mediados del siglo 20 que la *"ley establece el arbitraje obligatorio en atención a la naturaleza de ciertos asuntos. Hay, en efecto, negocios judiciales, que por la conveniencia que existe de terminarlos prontamente y evitar en ellos todo estrépito, escándalo y enojosa disputa que pueda ocasionar perjuicios o por su carácter preferentemente de hecho que exige un largo y complicado estudio de antecedentes más o menos técnicos, o por la participación activa que en su solución debe caber a la voluntad de las partes, es preferible someter a jueces de toda la confianza de los interesados, que no estén sujetos rigurosamente a la publicidad y demás formalidades del aparato u organismo judicial y que tengan capacidad técnica y suficiente para ventilar el asunto"* (Aylwin, op. cit., p. 84). El mismo autor agrega que en Chile, en la discusión de la Ley de

Organización y Atribuciones de los Tribunales, promulgada por el Presidente de la República Federico Errázuriz Zañartu el 15 de octubre de 1875, se tuvo a la vista el objetivo de evitar a los jueces de letras el trabajo de organizar ciertos pleitos largos y complicados y llenos de pequeños incidentes (Aylwin, op. cit., p. 85.

**38°.-** Hechas tales referencias a lo que históricamente se ha dicho de los juicios arbitrales, en nuestros días no puede dejar de hacerse una reflexión ligada a los procesos de cambio socio-político y de evolución de la cultura jurídica: ya en el siglo XXI el arbitraje no es visto de la misma forma, pues se debe reconocer que es justicia privatizada, en tanto no es un órgano del Estado en sentido directo ni estricto, ya que es un privado dotado de poderes jurisdiccionales en un caso específico.

**39°.-** A ello cabe agregar que el juicio arbitral de partición de bienes tiene radicales diferencias con el juicio ordinario en el derecho procesal chileno, entre ellas cabe señalar que el mismo artículo 649 del Código de procedimiento Civil dispone que *"Las materias sometidas al conocimiento del partidor se ventilarán en audiencias verbales, consignándose en las respectivas actas sus resultados; o por medio de solicitudes escritas, cuando la naturaleza e importancia de las cuestiones debatidas así lo exijan"*, lo cual significa un alto grado de desformalización y una degradación de la ritualidad procesal, debiendo señalarse que la formalización y la ritualidad se establecen como garantías para las partes en su acceso e interacción con el tribunal, pues predeterminan reglas y formas que reducen el margen de discrecionalidad en el obrar.

**40°.-** Que las anquilosadas reglas sobre arbitraje, comunidad de bienes y capacidad han determinado en la especie que la Sra. Mercedes Celedón González, cuyos intereses enarbola la requirente, se vea arrastrada forzosamente, sin consideración a su voluntad, a la justicia arbitral, encargada de la liquidación del inmueble en el cual vive, a través de un procedimiento con un alto grado de desformalización. Asimismo, consta que ella no ha comparecido, personalmente o representada, ni ha realizado actuación alguna en el procedimiento de designación de árbitro o en el juicio arbitral, siendo además negada la intervención del defensor público, no obstante, la petición expresa de la requirente. Es a la luz de estos hechos, y considerando especialmente que la Sra. Mercedes Celedón González pertenece a tres categorías sospechosas, que se razonará sobre los derechos constitucionales que se denuncian vulnerados por la aplicación del precepto impugnado, en abono a lo ya razonado acerca de los estándares de derechos humanos en la materia.

## V. Acerca de la igualdad ante la ley

**41°.-** Que, a propósito de lo dispuesto del artículo 19, numeral 2°, de la Constitución, este Tribunal ha señalado reiteradamente y durante décadas que *"La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad"* (STC 784 c. 19, en el mismo sentido, STC 1254 c. 46, STC 1399 c. 12, STC 1732 c. 48, STC 1812 c. 26, STC 1951 c. 15, STC 1988 c. 64, STC 2014 c. 19, STC 2259 c. 27, STC 2438 c. 28, STC 2489 c. 18, STC 2664 c. 22, STC 2841 c. 6, STC 2955 c. 7, STC 2838 c. 19, STC 2888 c. 22, STC 53 c. 72, STC 219 c. 17, STC 280 c. 24, STC 755 c. 27, STC 811 c. 18, STC 1133 c. 17, STC 1138 c. 24, STC 1140 c. 19, STC 1217 c. 3, STC 1414 c. 14, STC 2895 c. 8, STC 2983 c. 2, STC 3364 c. 22, STC 3297 c. 22, STC 3309 c. 25, STC 3121 c. 23, STC 6339 c. 5, STC 6370 c. 5, STC 7330 c. 3, STC 7443 c. 3, STC 5599 c. 3, STC 4170 c. 12, STC 4623 c. 14, STC 6082 c. 5, STC 6866 c. 12, STC 4710 c. 29, STC 4914 c. 27, STC 4222 c. 32, STC 3732

c. 5, STC 3869 c. 5, STC 4097 c. 5, STC 4379 c. 3, STC 4533 c. 3, STC 4972 c. 3, STC 4988 c. 3, STC 5104 c. 3, STC 5778 c. 3, STC 5993 c. 3, STC 5613 c. 3, STC 5751 c. 3, STC 5979 c. 3, STC 5999 c. 3, STC 6108 c. 3, STC 6163 c. 3, STC 6473 c. 3, STC 6349 c. 3, STC 6353 c. 3, STC 6381 c. 3, STC 6508 c. 3, STC 6750 c. 3, STC 6941 c. 3, STC 7076 c. 3, STC 7228 c. 3, STC 7232 c. 3, STC 7233 c. 3, STC 7311 c. 3, STC 7398 c. 3, STC 7430 c. 3, STC 7606 c. 3, STC 4794 c. 54, STC 3406 c. 2, STC 3482 c. 23, STC 3972 c. 17, STC 3440 c. 5, STC 4592 c. 18, STC 4735 c. 18, STC 4820 c. 20, STC 5835 c. 18, STC 5016 c. 17, STC 3570 c. 8, STC 3702 c. 2, STC 5267 c. 9, STC 4836 c. 2, STC 4722 c. 9, STC 5180 c. 9, STC 4800 c. 9, STC 4078 c. 2, STC 3978 c. 14, STC 4843 c. 8, STC 5484 c. 9, STC 5360 c. 8, STC 5625 c. 9, STC 5912 c. 9, STC 6085 c. 9, STC 6073 c. 9, STC 6513 c. 9, STC 7259 c. 9, STC 7516 c. 7, STC 7626 c. 14, STC 7635 c. 13, STC 7785 c. 13, STC 7777 c. 13, STC 7778 c. 14, STC 6180 c. 14, STC 5353 c. 23, STC 5776 c. 23, STC 7464 c. 10, STC 7750 c. 16, STC 4370 c. 19, STC 3406 c. 2, STC 3470 c. 18, STC 3063 c. 32, STC 7217 c. 24, STC 7203 c. 28, STC 7181 c. 24, STC 7972 c. 40).

**42°.-** De igual manera, en un ejercicio de control concreto de normas en el marco de un proceso de inaplicabilidad, esta Magistratura razonó que *"Para efectos de dilucidar si se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, para luego examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental. Así, debe analizarse si tal diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos"* (STC 784 c. 19, en el mismo sentido, STC 1138 c. 24, STC 1140 c. 19, STC 1340 c. 30, STC 1365 c. 29, STC 2702 c. 7, STC 2838 c. 19, STC 2921 c. 11, STC 2922 c. 14, STC 3028 c. 11, STC 2895 c. 9, STC 2983 c. 3, STC 6685 c. 17, STC 5674 c. 3, STC 4434 c. 33, STC 4370 c. 19, STC 3470 c. 18, STC 5275 c. 27).

**43°.-** Adicionalmente, esta Magistratura ha entendido que *"la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador. Ahora bien, no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva. Si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador. Así, para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma"* (STC 1133 c. 17, en el mismo sentido, STC 1217 c. 3, STC 1399 cc. 13 a 15, STC 1988 cc. 65 a 67, STC 1951 cc. 17 a 19, STC 2841 c. 13, STC 2703 c. 13, STC 2921 c. 12, STC 3028 c. 12, STC 3473 c. 21, STC 7217 c. 24).

**44°.-** Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que *"el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. En tal sentido, la adopción de medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Poblete Vilches y otro Vs. Chile, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 123).

**45°.-** En tal sentido, ya se ha explicitado que las personas de edad mayor son un grupo históricamente postergado, y que las situaciones y problemáticas particulares que enfrentan en razón de lo que es la vida a su edad los colocan en una situación de diferencia respecto de la generalidad de las personas, motivo por el cual tal factor ha de tenerse por razonable para justificar diferencias de trato que apunten a mitigar o enfrentar tales problemáticas cuando inciden en una merma de la posibilidad de ejercer derechos, o como sencillamente ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos *"las personas mayores, tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Poblete Vilches y otro Vs. Chile, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 127).

**46°.-** Así, en la presente sentencia, este Tribunal hará suyos los estándares de derecho internacional de los derechos humanos enunciados, a propósito del contenido de la garantía de igualdad ante la ley, pues los mismos justifican y obligan el trato diferenciado para los adultos mayores en perspectiva de derechos humanos, la cual es parte también de la Constitución Política, en la medida que la misma hace suyos los estándares de derecho internacional convencional de derechos humanos en su artículo 5°, inciso segundo.

## VI. LA IGUAL PROTECCIÓN DE LA LEY EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LA TUTELA JUDICIAL

**47°.-** En la medida que el numeral 3° del artículo 19 de Constitución asegura a todas las personas "La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos", debe reafirmarse que *"El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el Nº 3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente"* (STC 792 c. 8, en el mismo sentido, STC 815 c. 10, STC 946 cc. 28 a 33, STC 1046 c. 20, STC 1061 c. 15, STC 1332 c. 9, STC 1356 c. 9, STC 1382 c. 9, STC 1391 c. 9, STC 1418 c. 9, STC 1470 c. 9, STC 2042 c. 29, STC 2438 c. 11, STC 2688 c. 5, STC 2701 c. 10, STC 2697 c. 17, STC 376 cc. 29 y 30, STC 389 cc. 28 y 29, STC 2895 c. 7, STC 5962 c. 13, STC 4018 c. 9, STC 5674 c. 9).

**48°.-** Cabe reafirmar también que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión. Por una parte, adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho. (STC 815 c. 10, en el mismo sentido, STC 1535 c. 19, STC 2701 c. 10, STC 2895 c. 7, STC 4018 c. 9, STC 6178 c. 4)

**49°.-** Cabe también tener presente que el inciso sexto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución determina que *"Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos"*. Dentro de las garantías de un procedimiento racional y justo, se incorporan aquellas establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile, en particular, a las que se refieren los artículos 31 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, preceptiva que exige al Estado asegurar el acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las

demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento, los cuales no se han adoptado, como se verá.

**50°.-** Por otra parte, los hechos que constituyen la gestión pendiente nos obligan a recordar que la Constitución establece en el numeral 3°, inciso segundo, de su artículo 19, que *"Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida"*, intervención que fue solicitada por la requirente en favor de su hermana Mercedes Celedón González, pero que fue denegada por la resolución cuya revisión será posible de declararse inaplicable el precepto impugnado. En esa misma línea, el inciso tercero del citado precepto dispone que *"La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos"*, para lo cual el Código Orgánico de Tribunales establece la intervención de los Defensores Públicos para la representación o resguardo de intereses de las personas que el precepto constitucional señala, dentro de las cuales puede entenderse que se encuentra la hermana de la requirente por su especial condición a la que ya nos hemos referido.

## VII. ACERCA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES ESPECÍFICOS DEL ESTADO EN EL CASO CONCRETO

**51°.-** Es claro que la convención razona en clave de derechos específicos y de acciones afirmativas. Sin embargo, al examinar la preceptiva cuestionada y su rol en el proceso que constituye la gestión pendiente, en conexión con la normativa sobre el juicio arbitral, no aparece el enfoque de derechos humanos y se omiten acciones afirmativas. Se niega el derecho de las personas mayores a ser oídas y establecer un sistema recursivo para que las Cortes puedan tutelar sus derechos; y, ello no es raro, pues se está en presencia de un código centenario, repleto de normas preconvencionales a pesar de todas sus reformas y, por otra parte, se debe considerar que en la actualidad el estándar de derecho internacional reseñado es nuevo respecto de Código de Procedimiento Civil.

**52°.-** En este sentido, el deber de tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos judiciales que se establece en el artículo 31 de la Convención abarca no solamente la sentencia definitiva (resolución), sino también los actos de instrucción del proceso (tramitación).

**53°.-** A este respecto, aunque suene obvio, es necesario explicitar que un "trato preferencial" es por definición diferente a lo que podríamos llamar trato general o estándar común, pues obedece a proveer de una garantía específica que refuerza el estándar común con medidas afirmativas de trato distinto. Dejando en claro que ese "trato preferencial" obedece a medidas específicas que buscan el aseguramiento de derechos de un grupo históricamente postergado, es claro que el deber establecido en la Convención implica la configuración de verdaderas acciones afirmativas por parte del Estado, entendidas como medidas destinadas a remediar las desventajas de un grupo históricamente discriminado o desaventajado, en este caso, de las personas mayores. En este sentido, ha de señalarse que las acciones afirmativas en Chile tienen una base constitucional claramente reconocible, no solo en la dimensión material de la garantía de igualdad ante la ley, sino también en el mismísimo artículo 1° de la Constitución Política, al consagrar el "deber del Estado" de *"promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional"*, asumiendo que hay sectores postergados y determinando la integración y la igualación de oportunidades como un resultado a lograr, lo cual en el marco de un Estado Constitucional se busca abordar e impulsar mediante herramientas jurídicas, que configurarán las medidas estatales necesarias para ello, lo cual implica, prima facie, la identificación de los sectores o grupos históricamente

postergados, la determinación de los factores que determinan tal postergación y la formulación de medidas especiales para atacar tales factores y facilitar el acceso a oportunidades y al ejercicio de derechos, lo cual conlleva a que las acciones afirmativas no solamente son lícitas, sino que son una necesidad para cumplir tales deberes estatales, que también son concreción de la cláusula del mismo artículo que proclama que *"las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", a lo que se suma el deber estatal de "contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"*, todo lo cual se encuentra explicitado en su artículo 1°.

**54°.-** Así, sería un craso error -y además una negación del compromiso de estándar específico de trato preferente para persona mayor- el entender que el conflicto del presente caso podría de ser resuelto con el estándar que fue general y común en este Tribunal, y que abordaba las cuestiones del derecho al debido proceso sosteniendo que el legislador podría determinar única instancia de sentencias y de actos de instrucción como criterio común y general (STC roles 1252), y que el legislador tiene discrecionalidad para establecer procedimientos en única o en doble instancia, de acuerdo a la naturaleza del conflicto que pretende regular (STC roles N°s 576/2007; 519/2007; 821/2008; 1373/2010, 1432/2010; 1443/2009; 1535/2010), en orden a que la Constitución salvaguarda el derecho a un justo y racional proceso, pero no garantizaría el derecho al recurso de apelación y tampoco aseguraría la doble instancia (STC roles N°s 986/2008, 1432/2010, 1458/2009), por lo que no habría una exigencia constitucional de equiparar todos los recursos al de apelación, como un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico (STC Rol N° 1432/2010), diferenciando el derecho al recurso como elemento esencial al debido proceso de la existencia de un universal recurso de apelación (STC Rol N° 1432/2010) (STC ROL N°2354-12, c. 25). Tal estándar no será el que se use para la aproximación a este caso, que por razones de deberes de derecho internacional que se señalan en las normas aludidas en esta sentencia, requiere de un enfoque diferente, pro adulto mayor e interseccional, lo que incide en los procedimientos ante tribunales.

**55°.-** En efecto el artículo 31 de la Convención determina el deber de adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y en cualquiera de sus etapas, entendidos tales ajustes como instrumentos, herramientas o medios diferenciados para que el acceso a la justicia sea factualmente eficaz y no meramente formal en logro de la tutela de derechos e intereses específicos de personas de edad mayor como un objetivo de resultado.

**56°.-** Por otra parte, si se pregunta cuáles son los resguardos y garantías especiales, diferenciados y específicos para personas mayores que la normativa cuestionada establece para asegurar que el adulto mayor sea efectivamente oído y que pueda ejercer sus derechos frente al tribunal, la respuesta es que no se contempla ninguno y que en ese sentido las resoluciones que se dicten en un juicio arbitral de partición no son apelables, en un juicio que además es jurisdicción privatizada al no ser el arbitral un tribunal estatal ni menos de carácter permanente, contando además con un procedimiento esencialmente desformalizado en audiencias verbales, estableciendo así el legislador una degradación de la ritualidad procesal que en el fondo determina que es poco lo que las partes pueden exigir al juez en los actos procesales de sustanciación, mermando el derecho a defensa jurídica que el artículo 19 numeral 3° de la Constitución establece como estándar.

**57°.-** A su vez, en lo referido al artículo 24, en cuanto al deber de establecimiento de procedimientos expeditos de reclamación y justicia en caso de desalojos de personas mayores, además de observarse que la normativa sobre partición de bienes nada tiene al respecto, el precepto impugnado impide dar tutela a tal reclamación, al no poder ser revisadas por una Corte de Apelaciones las resoluciones del proceso que puedan afectar tal derecho, determinando como posible efecto el que no habrá procedimiento de reclamación.

**58°.-** Estamos así en presencia de una norma que invisibiliza y niega tácitamente la diferencia entre una persona mayor y una persona de edad mediana, dejando de lado las cuestiones de tutela específica del interés del adulto mayor, de manera tal que es una asimilación de trato entre ambos grupos etarios en un tema en el que la diferencia es relevante: el acceso a la justicia, en términos que aplicada al caso concreto incide en su derecho a la vivienda y en su capacidad jurídica (pues se planteó que solo se podía oír al defensor público para proteger su interés si ella era declarada interdicta), los tres temas a los que la Convención se refiere en derechos específicos, y estableciendo deberes de acción para el Estado.

**59°.-** Nos encontramos así, en un caso en el cual se constata como necesidad y como imperativo estatal la igualdad por diferenciación, es decir tratar diferente para lograr una igualdad en resultado, por existir un factor de diferencia que determina una merma de derechos, lo cual debe ser abordado por el Estado mediante medidas específicas, y el incumplimiento de ese deber infringe las aludidas normas de la Convención, y los artículos 1, inciso final, y 19, numerales 2° y 3° (incisos primero y sexto), de la Constitución Política de la República, pues si la norma cuestionada o los efectos de los actos procesales de aplicación de la misma no cumplen con la perspectiva de derechos humanos de persona mayor, la inapelabilidad de resoluciones que determina el precepto cuestionado cercena el acceso a la justicia ante un tribunal superior que pueda enmendarlo y reestablecer el imperio del derecho, impidiendo que los intereses de la persona de edad mayor sean resguardados por la Corte de Apelaciones, en una hipótesis de discriminación legislativa por negar una diferencia relevante, lo cual afecta en el caso concreto además el derecho de acceso a la justicia y consecuencialmente el derecho a la vivienda de una persona de edad mayor.

**60°.-** Que, la intervención de esta Magistratura en el caso concreto resulta necesaria, considerando que la hermana de la requirente, doña Mercedes Celedón González, adulto mayor con un alto grado de discapacidad, no cuenta a la fecha con un letrado que pueda representar o resguardar sus derechos e intereses en un juicio arbitral. Las soluciones que se han dado para su debida protección no parecen ser satisfactorias. Por una parte, el Juez Árbitro sostiene que se han observado todas las garantías de acceso a la justicia porque se le han notificado a doña Mercedes Celedón González todas las actas y resoluciones judiciales, pero se obvia el hecho de que su persona padece de un alto grado de discapacidad psíquica y que a la fecha no ha comparecido a los autos arbitrales; por otra parte, se ha sostenido que lo procedente es su declaración de interdicción, lo cual, además de ser contrario a los principios de la Convención, es una solución altamente ineficiente, puesto que ello, de acuerdo al artículo 459 en relación con el artículo 443 del Código Civil, sólo puede ser provocado por sus consanguíneos -siendo los más cercanos contrapartes en el juicio arbitral quienes no parecen interesados en provocarla- o por el defensor público -cuya intervención ha sido negada-, todo para culminar probablemente, al tenor del orden de prelación establecido en el artículo 462 del Código Civil, con la curaduría ejercida por alguno de sus hermanos, con el manifiesto conflicto de interés que con ello se suscita y que debe evitarse de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

**61°.-** En ese sentido, la presente sentencia de inaplicabilidad no viene a crear recursos a la fecha inexistentes, sino que solamente hace omitir la aplicación de una norma especial, levantando así el impedimento ad hoc del recurso apelación que se establece en el precepto impugnado para el juicio arbitral, reconduciendo entonces al estatuto común del recurso de apelación de autos, decretos, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas en el derecho procesal civil chileno, cual es la doble instancia establecida en los artículos 188 y 189 del Código de Procedimiento Civil, en el libro de "DISPOSICIONES COMUNES A TODO PROCEDIMIENTO", permitiendo entonces que los intereses de la persona mayor puedan ser oídos en el común y centenario recurso de apelación, por una Corte de Apelaciones que está dotada de las atribuciones

necesarias para aplicar el estándar de derecho internacional de los derechos humanos y dar cumplimiento a las normas de la Convención, en el marco de su derecho a la tutela judicial efectiva reforzada con estándar específico de persona mayor, vulnerándose además el artículo 76 de la Constitución Política al impedírsele a un tribunal superior "conocer y juzgar" una cuestión de tutela de derechos de persona mayor que las normas de derecho internacional ya reseñadas ordenan tutelar.

**62°.-** A su vez, no puede preterirse la norma del artículo 31 de la Convención, al ser el Estado el obligado a ella, determina también el deber de este tribunal de adoptar ajustes de procedimiento en el presente proceso. En este sentido, así como en la sentencia definitiva del proceso Rol N° 2493, conociendo de inaplicabilidades de normas de competencia del Código de Justicia Militar, este Tribunal señaló que *"al decidir de esta forma una acción singular, esta Magistratura entiende contribuir "en el ámbito de su competencia- al cumplimiento del deber impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Chile para adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar"* (cons. 12°), al emitir una declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado este Tribunal entiende estar contribuyendo, en el ámbito de sus competencias, al cumplimiento de los deberes de garantía de acceso a la justicia que la Convención establece para las personas de edad mayor y con discapacidad, haciendo uno de los ajustes necesarios para que una Corte de Apelaciones pueda oírla y revisar actos procesales que les afecten.

**63°.-** De acuerdo a lo que se ha razonado, es dable señalar que este caso, en el cual confluyen de forma interseccional diversas categorías de discriminación en una persona, invita a reflexionar acerca del cumplimiento las obligaciones que voluntariamente asumió el Estado de Chile al suscribir diversos tratados internacionales de derechos humanos cuyo objetivo es salvaguardar los derechos de personas que han sido históricamente postergadas. A pesar de que dos tratados aplicables en la especie -sobre adulto mayor y personas con discapacidad- exigen ajustes de procedimiento, no ha existido una modificación sustantiva o procedimental de las anquilosadas reglas de Códigos centenarios relativas a la capacidad, comunidad de bienes, partición y arbitraje, que otorguen un trato diferenciado a personas que detentan un estatus jurídico especial de protección, configurándose un escenario complejo para una persona perteneciente a una "categoría sospechosa" cuyos derechos deben ser salvaguardados a través de normas que se someten a un estándar de constitucionalidad mucho más exigente.

**64°.-** Por los motivos expuestos, el requerimiento de inaplicabilidad debe ser acogido, y así se declarará.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**1) QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA INAPLICABLE POR INCONSTITUCIONAL LA FRASE "LAS RESOLUCIONES QUE SE DICTEN CON TAL OBJETO SERÁN INAPELABLES" CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 649, PARTE FINAL, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, EN EL PROCESO ROL C-4519-2019, SEGUIDO ANTE EL VIGESIMOQUINTO JUZGADO DE LETRAS EN LO CIVIL DE SANTIAGO, EN ACTUAL CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, POR RECURSO DE HECHO, BAJO EL ROL N° 7965-2021 (CIVIL).**

**2) QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE AL EFECTO.**

**SENTENCIA ROL 8792-2020** *Publicada el 29 de enero de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 13 y 14 de la ley n° 16.441, que crea el departamento de Isla de Pascua. Alex Mauricio Guzmán Manríquez, Juez titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua. en el proceso penal RUC N° 1901075741-2, RIT N° 426-2019 seguido ante el Juzgado mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que concurre a la presente sentencia** sin compartir lo razonado en los considerandos 25°, 26°, y 27, de la misma y la referencia que a ellos se hace en el cons. 28° (que entonces no alcanzan a tener 5 de los 9 votos concurrentes a la integración del Pleno en esta causa y, en consecuencia, no debiesen ser consignados como fundamentos de mayoría) y teniendo además presente los siguientes razonamientos:

**1°.-** Como primera cuestión, en cuanto a los cons. 25° a 27°, cabe señalar que el Consejo de Ancianos al no ser parte de la gestión invocada no es tampoco parte en sentido estricto y técnico del presente proceso de acuerdo a la normativa específica del artículo 44 de la Ley Orgánica Constitucional no este tribunal, no obstante lo cual fue oído como tercero representativo del pueblo originario Rapa Nui en una materia referida al estatuto legislativo de la Isla y los derechos de los miembros de dicho pueblo, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, y estimando que resulta conducente escuchar lo, según consta a fojas 1019, lo cual en estricto derecho procesal tiene una significación distinta en la motivación y contenido de la sentencia por la vía del 170 del Código de Procedimiento Civil, en relación al artículo 39 de la aludida ley orgánica constitucional, al no ser estrictamente alegaciones de parte requerida ni requirente de inaplicabilidad. Adicionalmente, tras la comparecencia escrita y en estrados del abogado representante del del Consejo, sus dichos fueron desmentidos en un escrito posterior, por lo que no parece ser la parte considerativa de esta sentencia el espacio idóneo para determinar qué es lo que se comunicaron u ordenaron o no el Consejo y su abogado, en el marco de la confidencial, inviolable y reservada relación entre letrado y representado. En ese sentido, la parte expositiva da cuenta de que fue oído el Consejo y de cuales fueron los contenidos de sus escritos, y si en la presente sentencia se da cuenta del aludido desmentido, es la parte expositiva el espacio idóneo para consignar tales sucesos.

**2°.-** Adicionalmente, en referencia a lo razonado en el cons. 10° de la presente sentencia, este previniente hace presente que la función del derecho internacional de los derechos humanos en la labor de esta Magistratura supera con creces lo meramente colaborativo, que no obstante en este caso es suficiente para arribar a las conclusiones de los puntos resolutivos.

**3°.-** La proporcionalidad de la pena, entendida como *"una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada"* (Sentencia Rol N° 1518, cons. 28°) se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viniendo a materializar el derecho constitucional de igualdad ante la ley (en este sentido sentencias Roles N°s 2658 cons. 7°, 2884 cons. 22° y 2922 cons.35°). En efecto, la pena es el trato que el legislador ha determinado dar a ciertas conductas del ser humano, por considerarlas disvalorables.

**4°.-** Que, sin perjuicio de la reserva de ley sobre penas, que debe ser entendida en el sentido de que la política criminal la fija el legislador, como lo ha señalado la doctrina autorizada recogida por la jurisprudencia de este Tribunal, *"la proporcionalidad de la pena constituye una materialización de la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos"... "la pena, concebida como retribución jurídica (al*

*responsable de un delito se asigna un castigo), se sujeta a principios jurídicos universales, como son los de intervención mínima, interdicción de la arbitrariedad y aplicación del principio de proporcionalidad, en virtud del cual y como sostiene un reputado autor, "la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos. La pena será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria"; en ningún caso puede exceder esa necesidad"* (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo I, p. 49)." (Sentencia Rol N° 2045, cons. 8°).

**5°.-** Que, por otra parte, siendo la inaplicabilidad un control de tipo concreto, las circunstancias y elementos del caso específico, así como su estado procesal, cobran especial relevancia. En ese orden, la presente sentencia no significa necesariamente una inconstitucionalidad general y abstracta de los preceptos impugnados, realizándose el examen del presente proceso en función del caso sub lite invocado como gestión pendiente, sin olvidar que se encuentra "suspendido", por causa de la pandemia de covid 19, un proceso de consulta acerca de preceptos de la denominada "LEY PASCUA" (N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, lo cual se entrelaza -quiérase o no- con el presente proceso).

**6°.-** Este previniente, en general respecto de las causas referidas a cuestiones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 1°, inciso segundo de la Ley N° 18.216, ha señalado expresamente que no sustenta la existencia de un derecho subjetivo a la pena alternativa en el derecho penal común de nuestro país, mas hace énfasis en que la proporcionalidad de la sanción es un tema de igualdad ante la ley, más si tras la entrada en vigencia de la Ley N° 20.603, en el derecho común el sistema de penas alternativas pasó a ser la prima ratio del orden penal y el presidio efectivo pasó a ser una verdadera última ratio, lo cual reconoce como excepciones los delitos y requisitos establecidos en el texto actualmente vigente de la Ley N° 18.216, que declarada la inaplicabilidad de los preceptos cuestionados, puede pasar a ser relevante en el caso concreto, adelantando que esas excepciones y requisitos no han sido objeto de cuestionamiento en el caso concreto .

**7°.-** Ello también fortaleció la función resocializadora de la pena, propia de un Estado de derecho que reconoce al ser humano como un fin en sí mismo, con la garantía de su dignidad intrínseca como valor fundamental, motivo por el cual la pena no puede transformar a la persona en un objeto de sacrificio.

**8°.-** Sin perjuicio lo expuesto en los razonamientos precedentes, la presente causa tiene elementos de derecho que la hacen diferente y que no puede ser omitidos:

» los derechos de la mujer frente a todo tipo de violencia, incluida la sexual, y los deberes del Estado frente a dicho fenómeno en el derecho internacional de los derechos humanos.

» La relación de la llamada "LEY PASCUA" (N° 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua) con el derecho internacional de los pueblos indígenas, en especial referencia al Convenio 169 de la OIT.

**9°.-** Que en el presente caso, referido al trato que el Estado de Chile asigna a hechos de violencia sexual sufridos por una mujer pascuenses, no puede prescindirse de los estándares de la CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER , "CONVENCION DE BELEM DO PARÁ", ratificada por Chile y vigente, que debe ser tenida como parámetro de juzgamiento en función de a lo menos tres normas constitucionales: 1) el artículo 5°, inciso segundo, en cuanto a la incorporación de tratados de derechos humanos y su contenido al sistema constitucional chileno, como límite al poder estatal, 2) la garantía de igualdad ante la ley, en su dimensión material y en cuanto a la plena igualdad de hombres y mujeres, y en cuanto a los derechos y

medidas de tipo específico de las mujeres, entendidas como grupo históricamente postergado, y 3) la tutela judicial efectiva y la igualdad ante los órganos jurisdiccionales en la protección de sus derechos e intereses (art. 19, numeral 3°).

**10°.-** En tal sentido, parte de la discriminación histórica hacia las mujeres han sido las prácticas de violencia (incluida la sexual) y la pasividad y/o tolerancia del Estado frente a la misma, sea por simple inacción, negacionismo o derechamente por asignar menor relevancia jurídica a la misma y por ende establecer una reacción del derecho de menor intensidad, sea a nivel jurisdiccional y/o legislativo. Este hecho implica que el deber de garantía en el proceso adquiere especial intensidad en sus diversas fases. Situación que parece inconsistente en el caso de autos, pues a pesar de la protección reforzada que nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido a las mujeres respecto al ámbito relativo a su libertad sexual, extraña que ante la existencia de elementos sociales, culturales, económicos y de género que denoten una mayor vulnerabilidad, ante el mismo hecho reprochado se haya optado por desvalorizar el ilícito que se sanciona.

**11°.-** Que, en este caso es elemental incorporar en el proceso hermenéutico un análisis sobre la base de un enfoque interseccional que tenga en consideración las condiciones socioculturales, geográficas y de género, con el objeto de propender a que los hombres y mujeres puedan acceder a la justicia, hecho que debe culminar con una sanción y reparación efectiva, determinada por un tribunal imparcial y previamente establecido que arribará a su decisión sobre la base del hecho reprochado.

**12°.-** Que, en el sentido de lo expuesto, sin perjuicio que los aspectos culturales son sin dudas relevantes y el análisis del derecho no debe estar exento del estudio y reconocimiento de las costumbres, tradiciones y visión antropológica, ello no es óbice para asegurar la observancia de los derechos y libertades fundamentales de todos, sin distinción de sexo, raza, idioma, emplazamiento geográfico, entro otros, pues ellos se erigen de forma universal sobre la base de la dignidad, que se constituye como el núcleo de la persona. Esta cuestión denota la necesaria conexión entre principios, normas y valores jurídicos en favor de la dignidad humana, elemento axiológico objetivo de carácter indisponible, vinculante e ineludible en el análisis del sentenciador.

**13°.-** Conforme a lo anterior, será posible analizar el asunto a lo menos desde dos perspectivas **(a)** la proporcionalidad de la pena y **(b)** el enfoque interseccional en el análisis de la norma impugnada.

**14°.-** En este sentido, el artículo 3 de la aludida Convención dispone que *"Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado"*, a lo que se agrega su artículo 7°, en tanto dispone que:

> *"Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:*
>
> *a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;*
>
> *b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;*
>
> *c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;*
>
> *d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente*

*contra su integridad o perjudique su propiedad;*

*e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;*

*f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.*

*g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y*

*h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.".*

**15°.-** A lo expuesto debe agregarse el artículo 8° de la Convención, en tanto señala que *"Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: … b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;".*

**16°.-** De tal forma, se observa que el Estado de Chile tiene diversos deberes: de prevención, de tutela, de sanción, de educación, entre otros, todos ellos sin discriminación y para erradicar la discriminación de género preexistente. En este orden se observa que el primero de los preceptos legales impugnados en este proceso es per se una rebaja automática de pena, es decir, una reacción legislativa desvalorada, respecto de la violación acaecida el Isla de Pascua respecto de una mujer o un hombre rapa nui, en este caso concreto la víctima es una mujer, y es ello lo que hace imprescindible en esta causa tener como elemento de juicio el instrumento internacional más relevante acerca de la violencia contra la mujer, que incluye expresamente a la violencia sexual, que ve su punto más visible en la violación, al señalar en su art. 1 que *"debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.".*

**17°.-** En este sentido, si la pena es el trato del Estado frente a una conducta disvalorada, la proporcionalidad de la misma debe guardar correlación con la entidad y relevancia del ilícito que la motiva. En ese sentido, no es posible de justificar que la libertad sexual de una mujer rapa nui tenga menos valor que la de una mujer continental en nuestro país, paradigma legislativo que es ineludible al analizar la primera de las normas cuestionadas, ya que es la libertad sexual el bien jurídico protegido por el delito de violación a que se refiere el caso concreto.

**18°.-** Que, examinada la historia fidedigna de la preceptiva impugnada, no es posible omitir que la llamada "LEY PASCUA", fue dictada en respuesta a un conjunto de demandas recogidas tras un levantamiento de los isleños en 1964, liderados por el profesor, y posteriormente primer alcalde electo de la isla, Alfonso Rapu. Dicho levantamiento tuvo por finalidad poner término a un régimen administrativo cuasi feudal y de caracteres coloniales a que estaban sometidos los isleños, sin gozar de los más fundamentales derechos existentes en el Chile de la época, como el de sufragio y la libertad ambulatoria, además de estar sometidos a servicios personales y castigos corporales. Dicha ley fue dictada por los órganos colegisladores de un Estado unitario, sin los estándares de consulta y participación que hoy el derecho internacional contempla para los isleños, y partiendo de un estereotipo de cómo era vista la sexualidad en la cultura Rapa Nui desde una visión que se podría caracterizar como "conticentrista" (recordando que "conti" es el apelativo que los isleños dan a los chilenos provenientes del continente) y no autopoietica o auto interpretativa ni menos intercultural ni participativa.

**19°.-** De esa forma, el resultado es que para el derecho penal chileno la violación de una mujer isleña termina siendo disvalorada en relación a la violación de una mujer continental, cuestión que implicaría sostener como cuestión previa que hay libertades sexuales que valen menos que otras, lo cual es en sí un trato diferente por factor de pertenencia al pueblo originario isleño, y que se traduce en una protección penal menor del bien jurídico libertad sexual, que es de manifestación individual, ya que, aún siendo un conflicto penal, es el cuerpo y la siquis de la mujer quien sufre las atroces consecuencias de una violación, frente a las cuales tiene derecho a pedir tutela y sanción en tribunales.

**20°.-** De esa forma, esta minusvaloración legislativa de la libertad sexual de las mujeres pascuenses en el sistema penal –establecida por el artículo 13 cuestionado- es justamente lo contrario del cumplimiento de los deberes asumidos voluntariamente por el Estado de Chile al firmar y ratificar la aludida convención de Belem do Pará: prevención, erradicación, tutela y sanciones, con eficacia y sin discriminación.

**21°.-** En este sentido, ya se ha señalado que *"(…) el sexo y el género de las mujeres indígenas las expone a un riesgo mayor de discriminación y trato inferior, como ocurre con las mujeres en general. Debido a la naturaleza multidimensional de la identidad de las mujeres indígenas, es necesario entender la intersección de las formas estructurales de discriminación que a lo largo de la historia han afectado y siguen afectando a las mujeres indígenas como consecuencia de la combinación de su etnicidad, raza, género y situación de pobreza. A estos factores más frecuentes de discriminación también se pueden sumar otros, tales como la edad, la discapacidad, el embarazo, tener estatus de persona desplazada, la privación de libertad, o el hecho de vivir en zonas afectadas por conflcitos armadados, la orientación sexual o la identidad de género (…)"* (ver en "Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17. 17 abril 2017, parr. 40").

**22°.-** De esta forma, en el caso sublite es posible verificar que la discriminación se consolida por el hecho de tratarse de mujeres, de una étnia indígena y en consideración al lugar en el cual se encuentran emplazadas (en este sentido ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 215, 30 de agosto de 2010, parr. 185), discriminación que no es racional, objetiva ni proporcionada y, por tanto, no es admitida por nuestro Ordenamiento Jurídico (en este sentido ver a Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2019). El control de convencionalidad y la prohibición de la discriminación en Chile. Opinión Jurídica, 18(36), 57-85. https://dx.doi.org/10.22395/ojum.v18n36a3).

**23°.-** Con todo, el Estado se encuentra emplazado a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas (en este sentido ver Corte IDH. (2010). Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas, Serie C n.º 214. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214, parr. 271).

**24°.-** A su vez, el segundo de los preceptos impugnados no configura un derecho subjetivo a la pena alternativa, motivo por el cual su declaración de inaplicabilidad no es una privación de derechos ni una regresión. Es del caso señalar que el artículo 14 cuestionado no establece un derecho subjetivo del condenado a una pena cumplida en libertad a todo evento, sino que solamente agrega una facultad adicional a las ya existentes para los tribunales con competencia sobre la Isla, en orden a determinar modalidades específicas de cumplimiento de penas, entregando un mayor poder decisorio al órgano jurisdiccional, sin "obligarle" a determinar a todo evento una pena "extra muros". Sin perjuicio de ello, es ineludible para el Estado de Chile, en este caso esta Magistratura y también el tribunal del fondo, que en el caso concreto las condiciones de cumplimiento de pena que el legislador establezca o permita establecer deben resguardar otros estándares derivados de las normas internacionales precedentemente transcritas: sanción eficaz

y prevención eficaz significarán garantías de no repetición y además para la mujer el no ser re victimizada con el temor de volver a soportar un hecho de los caracteres del mismo delito porque el violador condenado no ha cumplido pena efectiva y sigue siendo parte de su vecindario en las mismas condiciones y circunstancias que existían antes de la violación, las cuales fueron parte del contexto en el que la misma no pudo ser evitada, en perjuicio de su garantía de la libertad sexual.

**25°.-** Que, en lo referente al Convenio 169 de la OIT, los preceptos impugnados fueron dictados en función de lo que el Estado de Chile entendía era el contexto socio cultural del pueblo Rapa Nui hace más de 50 años, por lo que su componente de legislación referida al estatuto de un pueblo originario es ineludible, con todas las reservas respecto de haber sido dictada y formulada sin los estándares jurídicos internacionales actuales y en una visión "conticéntrica"..

**26°.-** Si se llegase a sostener que es la "costumbre" pascuense la justificación de los preceptos impugnados, ello significaría sostener –erradamente- que prácticas de sexualidad forzada, calificables como violación, serían parte de una fuente del derecho: la costumbre jurídica, y en específico la de un pueblo originario. Ha de recordarse que la costumbre jurídica se define como la repetición voluntaria y reiterada de ciertos actos por parte de los involucrados en ella, en la convicción de que dicha repetición reiterada y voluntaria satisface una determinada y específica necesidad jurídica, elementos que en un delito de violación, como la juzgada en la gestión pendiente, jamás estarán presentes, pues la violación no es voluntaria para quién la soporta y además dicho repudiable acto no satisface necesidad jurídica alguna (no podría hacerlo bajo ningún concepto).

**27°.-** Así, resulta imposible calificar los elementos de hecho del caso concreto como una "costumbre" para efectos de tratar de justificar la razonabilidad de la norma sobre rebaja de penas dictada hace más de medio siglo.

**28°.-** Por otra parte, los artículos 8 a 10 del Convenio 169 de la OIT sobre SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES disponen:

*"Artículo 8*

*1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*

*2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.*

*3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.*

*Artículo 9*

*1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*

*2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*

*Artículo 10*

*1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.*

*2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.".*

**29°.-** Cabe observar que de las normas transcritas emergen una serie de principios y reglas que deben ser tenidas en cuenta. Entre ellas, que las costumbres o el derecho consuetudinario deben ser tenidos como elementos de juicio al aplicar la ley, en función del art. 9.2 del Convenio. En este sentido, la costumbre indígena está recogida como elemento de juicio y fuente del derecho en el artículo 54 de la Ley N° 19.253, que ESTABLECE NORMAS SOBRE PROTECCION, FOMENTO Y DESARROLLO DE LOS INDIGENAS, Y CREA LA CORPORACION NACIONAL DE DESARROLLO INDÍGENA, pudiendo servir de base a la aplicación de una eximente o una atenuante de responsabilidad penal y estableciendo normas acerca de su prueba en juicio. Es decir, si hubiese elementos de costumbre rapa nui en el caso concreto, el tribunal del fondo estaría dotado de todas las atribuciones para ponderarla y eventualmente aplicarla –si efectivamente existe y se acredita- como en todas las causas en que alguien que sea uno de sus titulares la invoque, si es que concurriesen los elementos del aludido artículo 54.

**30°.-** Sin embargo, el artículo 8.2 del Convenio 169 despeja toda duda y hace que el eventual dilema entre las normas Convención de Belem do Pará y la costumbre de pueblos originarios sea en realidad un conflicto aparente, es decir inexistente, pues dispone clara y categóricamente que *"Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos"*, dejando fuera de su amparo y reconocimiento a toda costumbre que no se ajuste a estándares de derechos fundamentales y de derechos humanos, lo cual significa que en el caso concreto la práctica de una violación no puede ser incluida dentro de la costumbre amparada por el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos originarios, a menos que alguien considerare que la libertad sexual no es un derecho fundamental ni tampoco parte de la dignidad humana, cuestión que es un sinsentido conceptualmente hablando, además de encontrarse expresamente reconocido el derecho a la vida sin violencia para toda mujer - incluyendo en su definición a la violencia sexual- de conformidad a las normas de derecho internacional convencional ya transcritas.

**31°.-** Que en lo relativo a la determinación de la pena específica en el caso concreto, dicho ejercicio es de resorte exclusivo del ejercicio de las atribuciones del tribunal del fondo de la gestión pendiente, al ponderar la existencia de atenuantes, agravantes y de toda otra norma o circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, sean ellas generales o bien específicas para miembros de pueblos originarios, debiendo tener presente, en función de la pertenencia a dicho pueblo originario, lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio 160 de la OIT, y lo dispuesto por la legislación que desarrolle dichas normas. Frente a ello, y no obstante la declaración de inaplicabilidad de la presente sentencia, no puede preterirse la existencia de la garantía normativa del recurso de nulidad en materia penal, pudiendo interponerse frente a lo que el interviniente considere sea una vulneración de sus derechos y garantías en el acto de juzgamiento y en la determinación específica de la pena, cuestión que siempre será conocida, determinada y resuelta por el tribunal competente para fallar dicho recurso, en el marco del iter procesal de la gestión pendiente.

**32°.-** Que, más allá del estatuto de penas alternativas de la Ley N° 18.216 y las excepciones que se establecen en el inciso segundo de su artículo primero, el Convenio 169 de la OIT en su artículo 10 exige al Estado un sistema de penas alternativas que considere en específico los factores propios de la cosmovisión de pueblos originarios y que el cumplimiento de las penas sea acorde con ello, cuestión que no es parte de los elementos que regula la Ley N° 18.216, ni tampoco de los normados en el decreto ley N° 321, de 1925, referido a libertades condicionales.

**33°.-** Es en ese orden que dicha materia es una de aquellas en las cuáles el Estado de Chile tiene tareas pendientes en la dictación de normas que ejecuten los estándares comprometidos en el Convenio N° 169, normativa interna que además deberá armonizarse con otros compromisos de derecho internacional de los derechos humanos, como lo son, por ejemplo, los estándares de la citada CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER , "CONVENCION DE BELEM DO PARÁ".

[…]

**SENTENCIA ROL 8851-2020.** *Publicada el 27 de abril de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 54, n° 4, de la ley n° 19.947, Sobre matrimonio civil. María Antonieta Santibáñez Rodríguez, Jueza Titular del Juzgado de Familia de Coquimbo. En el proceso RIT C-607-2019, RUC 19-2-1343836-3, sobre divorcio por culpa, seguido ante el Juzgado de Familia de Coquimbo.

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurre a lo resuelto en orden a acoger el requerimiento formulado teniendo presente únicamente** las siguientes consideraciones:

**I. CONSIDERACIÓN PREVIA**

**1°.-** Habiendo conocido este Tribunal de impugnaciones referidas a la misma norma en sentencias desestimatorias de inaplicabilidad roles N°s 2435 y 2681, ambas en votación dividida, este Ministro concurre a la declaración de inaplicabilidad teniendo solamente presente las consideraciones que se enuncian en este voto, llamando la atención acerca de que lo que se consigna como parte considerativa de la sentencia no tiene los 6 votos necesarios para ser considerado mayoría del tribunal, ya que acogiéndose la solicitud de inaplicabilidad por 6 votos de 10, tanto el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar como este previniente lo hacen por sus propios y exclusivos fundamentos, cuestión que fue manifestada en la deliberación oportunamente, señalándose que era menester determinar cuáles serían las fundamentaciones comunes de todos los sentenciadores que estuvieron por acoger el requerimiento.

**II. CONSIDERACIONES DE FONDO.**

**De la no discriminación por razones relacionadas con la sexualidad.**

**2°.-** Cabe señalar que en materia de no discriminación por razones relacionadas con la sexualidad, el Estado de Chile tiene deberes expresamente declarados por sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo *"Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma,*

*acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual"* (Caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 91).

**3°.-** En este sentido, no puede preterirse que la construcción de la propia vida sexual, en un paradigma de libertad, conciencia y voluntad es parte del libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, cuestión que se desarrolla además en la órbita de la vida íntima, todo lo cual se encuentra recogido por el derecho constitucional chileno a partir de la cláusula de la dignidad humana (art. 1), la disposición del propio cuerpo (a partir del derecho a la integridad física, entendido como un derecho de titularidad y disposición exclusiva de la persona en el numeral 1° del art. 19), las garantías de la vida íntima (numeral 4° del mismo artículo) y la libertad personal (numeral 7°), además del derecho a no ser discriminado, en diferencias de trato que resulten arbitrarias (numeral 2° del mismo artículo 19). Cabe mencionar que la libertad sexual es además un bien jurídico protegido en el Código Penal, derivado de la concepción del ser humano dotado de libertad y autodeterminación, estableciendo así los marcos necesarios de sus límites a propósito de la capacidad para comprender y consentir, a lo que se acompaña el elemento de la voluntad.

## Del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la construcción de la propia vida sexual.

**4°.-** Si bien en el catálogo del artículo 19 de la Carta Fundamental no se encuentra explícitamente recogido el derecho al "libre desarrollo de la personalidad", no obstante es posible identificar la existencia de cláusulas generales de dignidad de la persona (art. 1°, inciso primero, y art. 5°, inciso segundo, en relación nuevamente con el art. 1°, esta vez en su inciso cuarto). En este último precepto aparece como elemento intrínseco, en cuanto la primacía de la persona humana, como valor fundamental, nos obliga a concluir que su libre desarrollo personal debe alcanzar la mayor realización espiritual y material posible, a cuyo cometido el Estado debe contribuir creando las condiciones sociales necesarias, con pleno respeto de los derechos y garantías constitucionales. De la misma forma, se garantiza la integridad física y síquica, la libertad personal, la libertad de creencias y el derecho a la vida privada, conjunto de derechos que atribuyen a todo ser humano el poder y la libertad para decidir qué hacer y con quién concretar, de forma libre y consciente, las distintas etapas, momentos y episodios de su vida sexual.

**5°.-** Es en ese orden que la construcción de la propia vida sexual dentro de dichos marcos se erige en una esfera de autonomía y no interferencia frente al poder público, que no puede ser interferida ni juzgada por el poder estatal, que en el caso de la norma impugnada utiliza el factor conducta sexual como un estándar de reproche, castigo o repudio. En el mismo orden, el Tribunal Constitucional de Alemania ha razonado que la sexualidad forma parte de la vida privada y que todas las personas tienen derecho a determinar su definición sexual y a establecer relaciones con terceros respetando su libertad y madurez sicológica, según lo establezca la ley (sentencia de la Primera Sala de 21 de diciembre de 1977, en Schwabe, Jürgen (Compilador): Cincuenta años de jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1982, p. 180 y ss).

**6°.-** Así, una diferencia de trato legislativo por el ejercicio de opciones o preferencias en materia sexual resulta del todo inconstitucional, en la medida que el poder estatal entonces administra premios, castigos, inhabilidades, sanciones o limitaciones por haberse ejercido un acto de libertad en una esfera de no interferencia, cual es la construcción de la propia vida

sexual dentro del libre desarrollo de la personalidad, de la disposición del propio cuerpo y de los límites legítimos que el orden constitucional y penal puede definir para la misma (es decir, con plena capacidad, consentimiento y respeto de la libertad sexual ajena), a lo que se suma que la histórica discriminación a las disidencias sexuales erige a los grupos LGTBI como colectivos históricamente postergados y maltratados.

**7°.-** En este sentido, este previniente tiene presente para el presente caso lo razonado por la Excelentísima Corte Suprema en causa Rol 127.174-2020, en cuanto *"el derecho de igualdad representa el eje sobre el cual se estructura la dignidad humana, pero al mismo tiempo constituye la herramienta indispensable por medio de la cual se protege a la persona en su calidad de tal, al reconocerle, atendida la calidad de ser pensante, la facultad de autodeterminarse y decidir sobre los aspectos fundamentales de su vida en plena libertad. Entre esos aspectos se encuentra, justamente, la libertad de determinar su identidad de género, siendo el Estado, en su condición de garante –porque, como se dijo "está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común"–, el que debe crear las condiciones sociales necesarias "que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías", en lo particular, a las minorías sexuales y su facultad de elegir y ejercer su orientación sexual (vid SCS Rol N° 97.283-2020)"* (La Corte Suprema confirmó sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, que acoge recurso de protección presentado en contra de colegio y ordena al establecimiento educacional permitir la asistencia de una adolescente transgénero vestida conforma a su identidad de género).

**8°.-** Por otra parte, no puede justificarse lo dispuesto por la preceptiva impugnada en un afán de "protección constitucional de la familia" al amparo del artículo 1° de la Constitución, lo que pre supone un errado enfoque binario, dialéctico y antagónico entre el derecho a la identidad sexual y la vida familiar, que además presupone como modelo único de familia al matrimonio heterosexual perpetuo de matriz conceptual judeo-cristiana. En efecto, cabe señalar que la protección constitucional de la familia en el artículo 1° de la Constitución no tiene definiciones, y no podría tenerlas, de la misma forma que el Código Civil chileno no definió que entendería por familia. Claro es que para el derecho, las religiones, las corrientes de la ética, la sicología y la sociología el concepto de la misma puede ser muy dispar, y no puede perderse de vista que *"Al enfocar doctrinariamente el término familia, se aprecia tempranamente la ausencia de coincidencia en cuanto a su significado, motivada por la incontrarrestable influencia de criterios restrictivamente disciplinarios o derechamente de naturaleza ideológica, que determinan su construcción conceptual y terminológica. Así, por ejemplo, en la perspectiva jurídica, la familia es asumida como una institución jurídica, vale decir, un complejo de relaciones regidas por normas jurídicas. Sociológicamente, en cambio, se aprecia esencialmente una realidad social, respecto de la cual el Derecho o está ajeno o es accesorio"* (DEL PICÓ RUBIO, Jorge. EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD DE LA CONCEPCIÓN DE FAMILIA: UNA APRECIACIÓN DE LA INCIDENCIA POSITIVA DE LAS TENDENCIAS DOMINANTES A PARTIR DE LA REFORMA DEL DERECHO MATRIMONIAL CHILENO. Ius et Praxis [online]. 2011, vol.17, n.1 [citado 2021-04-12], pp.31-56. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000100003.), sentido en el cual el derecho se ha dedicado primordialmente a la forma que a veces adopta más que al contenido. Es en este sentido que la protección constitucional de la familia no puede sino ser leída en clave de diversidad y de no discriminación, resultando el deber estatal de dar protección a todas las formas de familia, con pleno respeto a los derechos de las personas, incluyendo el derecho de toda persona a no ser discriminada, de forma tal que interpretar la norma a partir de un concepto decimonónico, único y excluyente de familia es en sí mismo discriminar por exclusión a todas las otras formas de familia.

**9°.-** La norma sometida a control establece una regla especial, gravosa, a propósito del divorcio, sus causas y sus efectos, determinando un trato específico de culpabilidad que se establece en función del factor de homosexualidad, siendo irrelevante si es conducta o identidad, pues la identidad sexual es en sí mismo un factor ilegítimo de motivación de una diferencia de trato. En efecto, a partir de la garantía de igualdad constitucional se *"reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario y que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación"* (Nogueira, Humberto: Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo 2, Librotecnia, Segunda Edición, 2008, p. 223), además de lo cual el derecho fundamental y subjetivo a no ser discriminado arbitrariamente engendra una cuestión de tipo relacional: el examen de igualdad debe siempre realizarse en consideración con otras personas, casos, situaciones u otros derechos fundamentales. Al respecto se ha señalado que: *"La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal) o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones"* (Rubio Llorente, Francisco: La forma del poder, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 640), que en este caso sería en la ley el contraste entre "heterosexual" y "homosexual", a efectos de los incumplimientos de los deberes maritales, cuestión que parece ser relevante para efectos de evaluar el cumplimiento del deber de fidelidad y su relación con el divorcio.

**10°.-** En este sentido, las categorías "sexo", "identidad sexual", "conducta sexual" y "orientación sexual" corresponden a lo que se denomina como categorías sospechosas de discriminación que inciden en el examen de razonabilidad de una diferencia de trato legislativo. Cuando se recurre a estos factores, se levanta un halo sospechoso, que hace invertir la presunción de constitucionalidad de la ley para verificar un escrutinio estricto de su fundamento, ya que se puede afectar a integrantes de colectivos minoritarios que se consideran más vulnerables en razón de prácticas históricas, sostenidas y constantes de discriminación, como la ha sido desde tiempos inmemoriales con las disidencias sexuales, que incluso han sido criminalizadas y perseguidas hasta el exterminio. Lo anterior exige realizar un examen estricto de razonabilidad de la diferencia de trato, para dar plena vigencia a la proclama constitucional de que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

**11°.-** En efecto, respecto de el examen de constitucionalidad de la norma cuestionada, resulta plenamente predicable lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al propio Estado Chileno, en tanto *"Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio"* (Caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 124)

**12°.-** Que por otra parte, si lo que perseguía la norma era resguardar el deber de fidelidad y establecer su infracción como causal de divorcio, bastaba para ello con la amplia norma del artículo 54, numeral 2°, de la misma Ley de Matrimonio Civil, que establece otra causal de divorcio culpable, disponiendo como tal la *"transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo y reiterado del hogar común es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio"*. Es decir, no cabe duda que un reiterado "affaire", o una permanente conducta de infidelidad sexual y carnal -de todo tipo- cabe dentro de dicha norma, sea lésbico, homo, bi, trans o heterosexual, en la medida que lo reprochado es la infidelidad, debiendo ser ponderado por el juez del fondo para determinar si constituye o no causal de divorcio, a partir de una norma que además no castiga la pertenencia ni adscripción a disidencia sexual alguna, agregando que resulta difícil concebir una regla protectora

más amplia de los deberes de fidelidad del matrimonio que la contemplada en dicha causal. En efecto, dicha norma lo que hace es contrastar los deberes de fidelidad con su incumplimiento, sin discriminar las formas de hacerlo, pues lo relevante es la fidelidad y nada más. Existiendo dicha norma, resulta aún más difícil justificar la existencia de la causal de divorcio culposo de "conducta homosexual", pues su único sentido pasa a ser caracterizar la homosexualidad como un vicio, culpabilizarla, sancionarla y establecer un reproche legal que no es razonable ni proporcional, en relación a la finalidad que el legislador ha manifestado, es decir, acreditar la existencia de una causal de divorcio que signifique una transgresión grave de los deberes del matrimonio, por un motivo imputable a uno de ellos, cuestión que se satisface con la sola acreditación de una infidelidad, más no es necesario que, a través de un acto declarativo, un órgano jurisdiccional utilice como fundamento la condición sexual del requirente para resolver, en tanto existen otras pruebas que, eventualmente, permitirían acreditar la existencia de dicha transgresión.

**13°.-** A partir de lo expresado, resulta del todo ocioso e inconcuso discurrir acerca de si la norma busca sancionar "conductas" y no "orientaciones" ni "identidades" en torno a la homosexualidad, pues dicha circular y aparente discusión no anula el hecho de se castigue la homosexualidad, siendo irrelevante si requiere o no notoriedad, difusión ni nada parecido. Resulta entonces inconducente, por ser innecesario, recurrir en este caso a la sicología para pretender diferenciar "orientación", "identidad" y "conducta", pues la norma deviene en inconstitucional por el solo hecho de castigar lo relacionado con la homosexualidad.

**14°.-** Adicionalmente, no debe olvidarse que la citada sentencia de la Corte Interamericana en el caso Atala Riffo se refirió no solo al caso concreto sub lite, sino al régimen de discriminación de las minorías sexuales en nuestro país, por lo cual señaló expresamente que *"algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI"* (párrafo 267).

**15°.-** De tal forma, existiendo el numeral 2° del mismo artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, el precepto impugnado resulta innecesario, y su comprensión autónoma y específica deriva única y exclusivamente en un repudio sancionatorio a la homosexualidad, que siendo un factor ilegítimo de trato diferenciado, deviene entonces en una norma inconstitucional. Por infringir los artículos primero y 19, numeral 2°, de la Constitución Política.

**16°.-** Este Ministro considera además inconcuso razonar acerca de la pretendida naturaleza del matrimonio heterosexual como posible justificación de la norma impugnada, pues a estas alturas, año 2021, ya han transcurrido aproximadamente 5 años desde que el Estado de Chile y las partes de la Petición 946-12 de la Comisión Interamericana de derechos humanos (Cesar Antonio Peralta Wetzel y otros respecto de Chile), celebraron un acuerdo de solución amistosa en el marco de un conflicto de derechos humanos, iniciado por denuncia presentada en el año 2012, referida a la falta de acceso de tres parejas del mismo sexo al matrimonio civil y al reconocimiento legal de matrimonios contraídos en otros países por parte del Estado de Chile, caso que en su momento fue conocido por este Tribunal en su sentencia de inaplicabilidad Rol N° 1881 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del artículo 102 del Código Civil, en los autos Rol Nº 6787-2010, sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de Oficial de Registro Civil Adjunto).

**17°.-** Cabe señalar que en dicha solución amistosa el Estado reconoció los hechos que motivaron la denuncia de los peticionarios, reconoció la necesidad de perfeccionar la institucionalidad y la legislación para evitar discriminación en contra las personas LGBTI, asumió el compromiso de implementar un proceso de discusión pública que se iniciaría con un acto público que incluyera

a representantes de los tres Poderes del Estado y de este mismísimo Tribunal Constitucional, se comprometió a avanzar en la implementación de medidas de no repetición, incluyendo la tramitación legislativa de un proyecto de ley sobre matrimonio igualitario; la adopción de medidas necesarias para impulsar la iniciativa del matrimonio igualitario, la revisión reforma o derogación de los artículos 373 y 365 del Código Penal (respecto de cual este Tribunal conoció y resolvió, más de un lustro después, la inaplicabilidad contenida en la sentencia definitiva Rol N° 3205, cabe señalar que la norma sigue vigente y que en dicha causa no fue declarada inaplicable), con el fin de erradicar toda forma de discriminación por orientación sexual o identidad de género, además del seguimiento de la tramitación del proyecto de ley sobre Identidad de Género (ya vigente). Es decir, el Estado de Chile asumió deberes de derecho internacional en materia de legislación de matrimonio y en otras áreas respecto de la no discriminación por identidad u orientación sexual, la mayoría de los cuales se encuentran pendientes. Es respecto de esos deberes, someramente enunciados precedentemente, que cualquier argumentación que justificare la norma cuestionada en una pretendida exigencia de heterosexualidad para el acceso al matrimonio resultaría contraria al objeto de dicha solución amistosa, en tanto mecanismo de resolución de conflictos de efectos vinculantes en el sistema interamericano de Derechos Humanos.

**18°.-** Adicionalmente, siendo la Constitución una Institución y la protección constitucional de la familia una de sus cláusulas abstractas de mayor apertura e indefinición, al realizar el ejercicio hermenéutico lo que se interpreta es la "expresión" del ser humano en sus obras -en este caso una constitución- recordando que la historicidad y la temporalidad son dimensiones inherentes a la comprensión, porque la naturaleza del conocimiento humano y del devenir social no es estática sino histórico-evolutiva, y la experiencia -entendida como praxis constitucional en este caso- se realiza en la temporalidad. Además, toda determinación de sentido interpretativo es eminente e ineludiblemente contextual: el todo (el sistema político y la sociedad chilena) le dan sentido a las partes (en este caso de la norma constitucional) y esas partes son las que hacen al todo (la constitución en su sentido integral, configurada como un bloque). Así, el ejercicio hermenéutico del intérprete se encontrará caracterizado, primeramente, por un reconocimiento del acervo histórico del grupo o sujeto de estudio, del cual deberá extraer los principios e ideas fundamentales que permiten su agrupación de una forma organizada, con un proyecto en común. Luego, el intérprete debe realizar una verdadera deconstrucción normativa, a fin de verificar que las normas respondan a la finalidad trazada por dichas ideas matrices y, evaluar los eventuales resultados que generaría una u otra decisión. Proceso que, explicado de una forma extremadamente sintética, sin perjuicio de la objetividad precisada, inevitablemente estará permeado por su marco experiencial.

**19°.-** De este modo, y en función delo antes expuesto, es imposible obviar que las disidencias sexuales han pasado de ser perseguidas, discriminadas y criminalizadas a ser comprendidas como parte de las circunstancias del ser humano, en el marco de un sistema jurídico que hoy les reconoce titularidad específica de derechos fundamentales, en el marco de un proceso evolutivo que muestra hitos de término paulatino de la discriminación, al cual contribuye la presente declaración de inaplicabilidad.

**20°.-** Así, tampoco puede perderse de vista la Constitución se interpreta como una institución: una creación del ser humano para satisfacer necesidades sociales que, por lo mismo, es eminentemente dinámica. Al evolucionar las necesidades a satisfacer, se interpreta a la luz de su evolución (historicidad), y de su contexto actual. Porque el texto, en tanto objeto interpretativo, no puede entenderse sin su contexto y porque tal ejercicio hermenéutico se hace para resolver conflictos actuales, por lo que la Constitución no es interpretable sin comprender la actualidad cultural y valórica del mundo en el que está inmersa en el año 2021, debiendo prescindirse entonces de todo pre juicio en la materia sub lite y de todo originalismo interpretativo que

retrotraiga a la sociedad chilena y al significado de la norma constitucional a los años 70 u 80 del siglo pasado o a concepciones jurídicas de épocas anteriores a los estándares fijados en el caso Atala Riffo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**21°.-** Que finalmente, el presente voto podría abordar en mayor profundidad las temáticas planteadas, mas siendo el presente caso un ejercicio de control concreto de constitucionalidad, los fundamentos expresados resultan más que suficientes para concluir que el requerimiento debe ser acogido.

[…]

**SENTENCIA ROL 13.011-2022.** *Publicada el 15 de septiembre de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto de los artículos 248, letra c); y 259, inciso final, del código procesal penal. En el proceso penal RUC N° 1700351079-4, RIT N° 5500-2017, seguido ante el Juzgado de Garantía de Valparaíso.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que concurre a lo resuelto en la presente sentencia teniendo además presente las siguientes consideraciones:**

**1°.-** Que, como lo señalara este Tribunal en sentencia Rol N° 8792, en referencia al específico derecho de la mujer a una vida sin violencia,

*"En cuanto a la Convención de Belém do Pará, de la cual Chile también es parte, la Corte IDH, en Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, sostuvo "[l]a Corte recuerda que en casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. En su artículo 7.c la Convención de Belém do Pará obliga a los Estados Partes a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer. En estos casos, las autoridades estatales deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de los hechos que constituyan violencia contra la mujer, incluyendo la violencia sexual. De tal modo, que ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección" (Corte IDH, sentencia de 19.05.2014, en el caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, c. 145).*

*Asimismo, la Corte IDH "reitera que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia" (Corte IDH, sentencia de 19.11.2015, caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, c. 176)." (STC rol N° 8792, cons. 43°).*

**2°.-** En tal sentido, la sanción penal por delitos sexuales cometidos contra la mujer constituye una herramienta más para la erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer, tanto desde la perspectiva de la disuasión de la conducta delictiva, así como de la del reproche penal que merece, nada de lo cual se puede lograr si el Estado no cumple su deber de lograr una investigación eficaz que aclare la ocurrencia de los hechos y su autoría, para, en su caso, poder sustentar una acusación penal. Es en ese sentido que la aplicación de la preceptiva cuestionada se produce un efecto contrario a la Constitución, al generar un trato desfavorable en el acceso a una investigación penal por ser mujer y por ser agredida, vulnerando el deber de la tutela de la víctima, emanada del inciso primero del numeral 3° del artículo 19 y del artículo 83, ambos de la Constitución, situación que además pugna con el sistema interamericano de derechos humanos, en especial con la denominada Convención de Belem do Pará o también conocida como Convención Interamericana sobre la Violencia contra la Mujer, la cual fija parámetros esenciales que generan antinomia con los preceptos cuestionados en estos autos.

**3°.-** En tal sentido, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (artículos 1°, 5°, 6° y 7° de la Convención). Dicho estatuto debe complementarse con la Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por Chile el 7 de diciembre de 1989 y aprobada por Decreto N° 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores el 9 de diciembre de 1989.

**4°.-** Que en el presente caso, referido al trato que el Estado de Chile asigna a hechos de violencia sexual sufridos por una mujer, no puede prescindirse de los estándares de la CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER , "CONVENCION DE BELEM DO PARÁ", ratificada por Chile y vigente, que debe ser tenida como parámetro de juzgamiento en función de a lo menos tres normas constitucionales: 1) el artículo 5°, inciso segundo, en cuanto a la incorporación de tratados de derechos humanos y su contenido al sistema constitucional chileno, como límite al poder estatal, 2) la garantía de igualdad ante la ley, en su dimensión material y en cuanto a la plena igualdad de hombres y mujeres, y en cuanto a los derechos y medidas de tipo específico de las mujeres, entendidas como grupo históricamente postergado, y 3) la tutela judicial efectiva y la igualdad ante los órganos jurisdiccionales en la protección de sus derechos e intereses (art. 19, numeral 3°).

**5°.-** En tal sentido, parte de la discriminación histórica hacia las mujeres han sido las prácticas de violencia (incluida la sexual) y la pasividad y/o tolerancia del Estado frente a la misma, sea por simple inacción, negacionismo o derechamente por asignar menor relevancia jurídica a la misma y por ende establecer una reacción del derecho – o del persecutor en este caso- de menor intensidad, sea a nivel investigativo, jurisdiccional y/o legislativo. Este hecho implica que el deber de garantía en el proceso adquiere especial intensidad en sus diversas fases. Situación que parece inconsistente en el caso de autos, pues a pesar de la protección reforzada que nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido a las mujeres respecto al ámbito relativo a su integridad física y síquica y a su libertad sexual, extraña que ante la existencia de elementos sociales, culturales, económicos y de género que denoten una mayor vulnerabilidad, ante el mismo hecho reprochado se haya optado por desvalorizar la investigación del ilícito que se sanciona, en aplicación de la preceptiva cuestionada.

**6°.-** Que, en este caso es elemental incorporar en el proceso hermenéutico un análisis sobre la base de un enfoque interseccional que tenga en consideración las condiciones socioculturales, geográficas y de género, con el objeto de propender a que los hombres y mujeres puedan acceder a la justicia, hecho que debe culminar con una sanción y reparación efectiva, determinada por un

tribunal imparcial y previamente establecido que arribará a su decisión sobre la base del hecho reprochado.

**7°.-** En este sentido, el artículo 3 de la aludida Convención dispone que *"Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado", a lo que se agrega su artículo 7°, en tanto dispone que:*

> *"Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:*
>
> *a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;*
>
> *b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;*
>
> *c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;*
>
> *d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;*
>
> *e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;*
>
> *f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.*
>
> *g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y*
>
> *h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.".*

**8°.-** A lo expuesto debe agregarse el artículo 8° de la Convención, en tanto señala que *"Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: … b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;".* De tal forma, se observa que el Estado de Chile tiene diversos deberes: de prevención, de tutela, de sanción, de educación, entre otros, todos ellos sin discriminación y para erradicar la discriminación de género preexistente, la que no puede validarse ni en estereotipos ni en la aplicación de normativa general de cierre de investigaciones, haciendo imprescindible en esta causa tener como elemento de juicio el instrumento internacional más relevante acerca de la violencia contra la mujer, señalando en su art. 1 que *"debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.",* lo cual incluye por cierto el detrimento de tutela y protección judicial frente a la violencia, incluyendo el deber de investigar y sancionar, pues las negativas a recibir denuncia, y el cierre sin indagar suficientemente para determinar los hechos y además sin imputación, habiendo sido la causa remitida al sistema penal por el propio juez de familia, constituyen justamente lo contrario del cumplimiento de los deberes asumidos voluntariamente

por el Estado de Chile al firmar y ratificar la aludida convención de Belem do Pará: prevención, erradicación, tutela y sanciones, con eficacia y sin discriminación.

**9°.-** Desde esta perspectiva, el desdén de los derechos de la mujer en la aplicación de la ley respecto de quienes denuncian violencia intrafamiliar es en sí mismo un acto de discriminación por género, fundado en estereotipos acerca del rol y caracteres de la mujer en la relación de pareja, entendido *"que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente" y que "La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer"* (ambas citas de Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401). Es en tal sentido que no puede perderse de vista que en el sistema interamericano de derechos humanos se ha advertido expresamente a los Estados hace más de 15 años que la *"influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales"* (CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II., Documento N° 68, 20 enero 2007).

**10°.-** De tal forma, la inaplicabilidad de la preceptiva cuestionada es aquello en lo cual esta Magistratura -en tanto parte del Estado de Chile, y obligada también por el Derecho internacional de los Derechos Humanos- puede y debe contribuir para el cumplimiento del deber de una investigación completa, eficaz, racional y justa referida a las denuncias de violencia intrafamiliar grave y reiterada contra una mujer. Es en ese sentido que el tribunal del fondo de la gestión, y también el ente persecutor, deberán ponderar los efectos de la presente sentencia de inaplicabilidad, para poder retrotraer el estado de tal gestión a la etapa de investigación, así posibilitar el cumplimiento del estándar ya enunciado y evitar de tal forma la posible responsabilidad internacional del Estado de Chile por el incumplimiento del mismo.

**11°.-** De tal manera, la inaplicabilidad en el presente caso no significa para este previniente que se pueda acusar sin haber formalizado investigación previamente en el proceso penal, en omisión del deber de correlación o congruencia en las diferentes etapas del proceso penal, sino que significa que se debe reestablecer el imperio del derecho dotando a la gestión de una investigación que cumpla los estándares de Belem do Pará, ya enunciados, para que posteriormente la determinación de si se imputará o no en acusación sea tomada con una investigación completa y eficaz que la sustente.

# 4. Votos sobre derechos políticos.

**SENTENCIA ROL 10.130-2021.** *Publicada el 29 de enero de 2021.*

Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para perfeccionar la legislación electoral vigente y fortalecer la democracia, correspondiente al boletín n° 13.305-06

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada la constitucionalidad del artículo 1° N° 5 del proyecto de ley, en lo que respecta a la expresión "en un plazo de quince días corridos desde su publicación en el sitio electrónico del Servicio" con el voto en contra del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES,** quien estuvo por declarar contrariedad a la Constitución de dicha disposición en la medida que dicho plazo resulta exiguo para que quien sea afectado pueda reclamar sus derechos, situación que se traduciría nada menos que en no poder sufragar a pesar de no concurrir causal alguna de las contempladas por la Constitución. Además, teniendo presente que, si el mismo término de 15 días es eliminado, el lapso de tiempo para comparecer ante el Servicio Electoral y para que este enmiende tal anomalía se determina por el procedimiento de elaboración del padrón final de cada votación popular, lo cual amplia el espacio temporal para que el ciudadano vea reestablecido su derecho.

**Acordada la constitucionalidad del artículo 6° N° 5 del proyecto de ley, con el voto en contra del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES**, quien estuvo por declarar contrariedad a la Constitución de dicha disposición en cuanto constituye una limitación desproporcionada a la libertad de asociación, que a su vez resulta discriminatoria para los partidos políticos y lesiva para su autonomía decisoria y organizativa, más si se examina en relación a otras organizaciones dotadas de personalidad jurídica, no resultando, por lo demás, idóneo el mecanismo empleado por el legislador para alcanzar los fines que parece buscar.

[…]

**SENTENCIA ROL 10.006-2020.** *Publicada el 19 de agosto de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 17, inciso primero, de la ley n° 18.556, Orgánica constitucional sobre sistema de inscripciones electorales y servicio electoral, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el d.F.L. N° 5, de 2017, del ministerio secretaría general de la presidencia
Cristián Warner Villagrán. En el proceso penal RUC N° 1800604602-5, RIT N°4933-2018, seguido ante el octavo juzgado de garantía de santiago.

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene** que concurre a lo resuelto en la presente sentencia teniendo además presente las siguientes consideraciones:

**1°.-** En cuanto a la afectación de derechos políticos cabe tener presente los estándares determinados por el derecho internacional de los derechos humanos, y dentro de ellos a los establecidos en el sistema interamericano de derechos humanos, en el marco de lo dispuesto por

la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado internacional ratificado por Chile y vigente, siendo los derechos que contiene de aquellos a que el texto de la Constitución alude en su artículo 5°, inciso segundo, como límite a ejercicio de la soberanía.

**2°.-** En tal sentido, se ha resuelto que "el artículo 23 de la Convención Americana reconoce derechos de los ciudadanos que tienen una dimensión individual y colectiva, pues protegen tanto aquellas personas que participen como candidatos como a sus electores. El párrafo primero de dicho artículo reconoce a todos los ciudadanos los derechos: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual

y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a funciones públicas de su país" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Petro Urrego Vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie No, 406, párr.92, en similar línea, Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 195 a 200, y Caso Argüelles y Otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, párr. 221), debiendo agregarse que "La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su inconducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de sus electores" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Petro Urrego Vs. Colombia, cit., párr. 96).

**3°.-** Es decir, el estándar del sistema interamericano de derechos humanos determina que la afectación de derechos políticos ha de verificarse por resolución judicial, debidamente fundada, en un proceso penal, como consecuencia del mismo, y con el respeto de todas las "garantías judiciales" que configuran los elementos del debido proceso en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tal como la Corte Interamericana ya lo señalara en el Caso López Mendoza Vs. Venezuela (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, serie C No. 233, párr. 107).

**4°.-** En tal sentido, cabe mencionar que en el caso concreto se observa la afectación del derecho al sufragio, activo y pasivo, mediante un simple oficio que obedece a un efecto inmediato de un acto unilateral de imputación por parte del órgano persecutor, el Ministerio Público, el cual por expreso mandato del artículo 83 del texto constitucional no ejerce ni puede ejercer funciones jurisdiccionales, carácter que el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos exige al órgano estatal para poder determinar afectaciones a derechos políticos.

**5°.-** En efecto, la suspensión del derecho a sufragio en el caso concreto se determina como efecto inmediato de actos unilaterales del ente persecutor, es decir, por la sola emisión de la acusación del Ministerio Público, que por expreso mandato constitucional no es un órgano jurisdiccional. Cabe traer a colación entonces lo expresado por el profesor Humberto Nogueira Alcalá en su informe pericial requerido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Mendoza v/s

Venezuela (ya citado), en orden a concluir que "Lo que un Estado Parte de la Convención Americana no puede contemplar en su ordenamiento jurídico es la afectación de los atributos básicos o esenciales que integran los derechos políticos asegurados y garantizados convencionalmente, como es el derecho de sufragio pasivo, generando una inhabilidad sobreviviente, a través de un procedimiento y resolución de un órgano administrativo", agregando en dicho informe que "El párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana establece que la ley puede reglamentar, estableciendo limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos y las oportunidades a tales derechos, exclusivamente en razón de la "edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal". Dicha disposición busca impedir que las autoridades del Estado Parte, utilicen sus atribuciones específicas en el plano administrativo para discriminar a los ciudadanos y, a través de actos de abusos de poder o de desviación de poder, limiten o restrinjan los atributos que integran los derechos políticos" y que "Una restricción de los derechos políticos en forma temporal, en uno de sus atributos esenciales, como es el derecho a ser elegido para cargos públicos de elección popular, constituye una inhabilitación para ser candidato a un cargo de elección popular, lo que tiene una naturaleza de sanción penal, que afecta también los derechos del cuerpo político de la sociedad para elegir libremente entre los ciudadanos a quienes ejercerán las magistraturas electivas públicas" (NOGUEIRA ALCALA, Humberto. INFORME PERICIAL CASO LÓPEZ MENDOZA VS. VENEZUELA DE DR. HUMBERTO

NOGUEIRA ALCALÁ. Estudios constitucionales [online]. 2011, vol.9, n.1 [citado 2021-08-17], pp.339-362. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718- 52002011000100012&lng=es&nrm=iso>.ISSN 0718-5200.

http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002011000100012.)

**6°.-** A este respecto, cabe observar en este sentido que los artículos 259 y ss. del Código Procesal Penal determinan que la acusación es un acto unilateral del Ministerio Público, no un acto jurisdiccional, y que está sujeto a control del tribunal solamente en cuanto a los requisitos formales que dicho artículo establece, concluyéndose a partir de la lectura del artículo 260 que el órgano jurisdiccional que la "recibe" no tiene potestades de control de razonabilidad, arbitrariedad ni mérito sustantivo de la imputación acusatoria para poder determinar si le da curso o no, es decir, no existe jurisdicción de control de imputación (solamente se podría controlar el incumplimiento de requisitos formales del artículo 259, cuyo reclamo además se establece expresamente solo como una posible facultad del acusado ya notificado del libelo y cuya corrección por el tribunal es una atribución que se ejerce ya en audiencia preparatoria, de acuerdo al artículo 270), y tampoco tiene entonces el tribunal que recibe la acusación atribuciones para determinar discusión, graduación ni intensidad de sus efectos jurídicos, entre los que se encuentra la suspensión del sufragio, todo lo cual configura un déficit en el estándar de garantía de derechos.

**7°.-** Es así que en el caso concreto se agrega a ello la aplicación del precepto cuestionado, determinando de manera mecánica la afectación de derechos políticos, sin discusión, sin audiencia, sin defensa sobre el tema y sin una posible oposición, por medio de una simple comunicación administrativa, oficio enviado por el ministro de fe del tribunal que da trámite al libelo acusatorio presentado por el ente persecutor.

**8°.-** En este sentido, cabe tener presente el entendido de constitucionalidad que se emitió respecto del precepto cuestionado en sede de control preventivo y abstracto, en el cons. 33° de la sentencia Rol N° 2152 de esta Magistratura, al señalar que "la disposición contenida en el inciso primero del nuevo artículo 17 que el numeral 1) del ARTÍCULO PRIMERO del proyecto introduce a la Ley N° 18.556, se declarará conforme con la Constitución, en el entendido de que

las personas a que alude dicha disposición son aquellas respecto de las cuales, en conformidad a la legislación actualmente aplicable y en vigor, existe un auto de apertura del juicio oral firme o ejecutoriado, por los delitos que allí se indican". Sin perjuicio de que la dictación del auto de apertura de juicio oral ya implica el ejercicio de atribuciones jurisdiccionales, cabe tener presente que por causa de los efectos generales del principio de inexcusabilidad, el tribunal de garantía no podría excusarse de dar curso a la acusación ni menos de realizar la audiencia preparatoria de juicio oral, al término de la cual debe imperativamente dictar el auto de apertura (artículo 277 del aludido Código Procesal Penal). Es decir, más allá de la intervención judicial, a propósito de la dictación del auto de apertura tampoco aparece contemplada atribución judicial alguna que permita a la defensa discutir la procedencia ni la juridicidad de la afectación del derecho a sufragio como efecto inmediato del acto unilateral de imputación del ente persecutor.

**9°.-** En otro orden, siendo imprescindible tener presente los estándares interamericanos aludidos, la necesidad de adecuar a ellos el derecho nacional para evitar conflictos que eventualmente deriven en responsabilidad internacional, y más allá de cualquier lectura aislacionista y literalista de lo dispuesto por el artículo 16, numeral 2°, de la Constitución Política, el artículo 83 de la misma dispone que "las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa", debiendo tenerse presente que el sufragio, activo y pasivo, es un derecho fundamental, de primera generación, de tipo político.

**10°.-** Es decir, una lectura integral de la Constitución denota que ni el sufragio ni derecho fundamental alguno pueden ser afectados legítimamente en un proceso penal si no concurre el ejercicio de las atribuciones de control y aprobación previa en sede jurisdiccional de cautela que el artículo 83 transcrito exige, lo que supone necesariamente resolución judicial, que presupone conocer y oír defensa antes de resolver, además de ponderar, razonar, justificar y concluir al adjudicar, nada de lo cual se encuentra contemplado en el precepto cuestionado, vulnerándose la señalada norma del artículo 83 de la Constitución y consecuencialmente el derecho a defensa

jurídica que contempla el numeral 3° de su artículo 19, al ser imposible discutir ni defenderse sobre la orden de suspensión del sufragio, que se configura como efecto inmediato de la acusación, ejecutándose mediante el envío de un oficio.

[…]

# 5. Votos sobre el debido proceso.

## 5.a. Igual protección ante la ley.

**SENTENCIA ROL 13.052-2022.** *Publicada el 7 de diciembre de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 12, inciso noveno, de la ley 20.179. AVLA S.A.G.R. En el proceso ROL C-2977-2020, seguido ante el Decimoctavo Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N° 7164-2021 (civil)

**VOTO MAYORÍA**

[…]

**I. BREVES REFERENCIAS AL CASO CONCRETO**

**PRIMERO**.- Que, en atención al detalle de los hechos precisados en la parte expositiva de la Sentencia, se efectuarán algunas referencias específicas sobre el requerimiento deducido, así como en relación con las observaciones formuladas por el Consejo de Defensa del Estado, para luego entrar al fondo del asunto que es sometido al conocimiento de esta Magistratura.

**SEGUNDO**.- Que, Hernán Fleischmann, abogado, en representación de AVLA S.A.G.R., deduce acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, a fin que se declare la inaplicabilidad del artículo 12, inciso 9º, de la Ley Nº 20.179, que establece un Marco Legal para la constitución y Operación de Sociedades de Garantía Recíproca, en el contexto de una demanda ejecutiva por obligación de dar tramitada ante el 18º Juzgado Civil de Santiago, que dio origen a la causa Rol 2977-2020, caratulada "Fisco de Chile-Servicio de Salud Ñuble con AVLA S.A.G.R" como consta en certificado de fs. 30; toda vez que la aplicación del precepto impugnado devendría en la infracción del artículo 19 Nº 2, 3 y 24 de la Constitución política de Chile.

**TERCERO**.- A reglón seguido, expone que con fecha 12 de febrero del 2020, el Consejo de Defensa del Estado en representación del Servicio de Salud de Ñuble, demanda ejecutiva de obligación de dar en contra de AVLA S.A.G.R., acción con la cual se puso en movimiento el aparataje jurisdiccional, y que sirve como gestión pendiente en autos.

Agrega que, mediante la referida acción ejecutiva, se solicita que se despache mandamiento de ejecución y embargo en contra de AVLA, por la suma de $327.454.574, pues la empresa habría emitido certificado de fianza Nº 17718, con el objeto de garantizar obligaciones del contratista Ingental Ingeniería y Construcción S.A., en el contexto del contrato de reposición del Centro de Salud Familiar de Quillón, celebrado el 08 de marzo de 2018, entre el contratista y el Servicio de Salud de Ñuble. Asimismo, sostiene que el certificado no fue pagado por AVLA., al momento de ser requerida de pago, cobro realizado en atención al término anticipado del contrato, decisión adoptada por el mismo servicio de salud como consecuencia de supuestos incumplimientos contractuales.

Ante esta situación, la demandante civil precisa que se estaría frente a una obligación actualmente exigible, líquida y que consta en un título al cual la Ley Nº 20.179 le confiere carácter ejecutivo, por cuanto solicita ordenar mandamiento de ejecución y embargo en contra de AVLA., por la señala suma de dinero, más reajustes e intereses.

A reglón seguido, el actor precisa que mediante resolución de fecha 28 de febrero del 2020, el 18 Juzgado Civil de Santiago, ordena despachar mandamiento de ejecución y embargo. Sin perjuicio de lo anterior, AVLA., con fecha 27 de abril del 2020, al contestar demanda ejecutiva, opone las siguientes excepciones: **(a)** El título fundante de la ejecución no le empece a AVLA (artículo 12 Nº 3 de la Ley Nº 20.179): 1. porque la obligación principal fue modificada son intervención ni consentimiento de AVLA; 2. Porque el Servicio no determinó el monto del perjuicio que le habría ocasionado el incumplimiento de la obligación de Ingetal; **(b)** La falta de algunos de los requisitos o condiciones establecidas por las leyes para que dicho título tenga fuerza ejecutiva, sea absolutamente, sea con relación al demandado (artículo 464 Nº 7 del Código de Procedimiento Civil); **(c)** Caducidad parcial de la fianza (artículo 464 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil); **(d)** Pago (artículo 12 Nº 1 de la Ley Nº 20.179).

**CUARTO**.- En este sentido, la requirente advierte que, mediante resolución de 09 de junio del 2021, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Nº 20.179, el Tribunal declaró inadmisibles las excepciones señaladas en las letras (b) y (c), precedentemente expuestas. De tal modo, la resolución que declaró inadmisible 2 de las 4 excepciones opuestas y recibió la causa a prueba, fue recurrida por ambas partes mediante recurso de reposición y apelación en subsidio.

En lo que respecta a la requirente de estos autos, dedujo los recursos recién referidos, en contra de la resolución que declaró inadmisibles las excepciones opuestas y, por otra parte interpuso recurso de reposición solicitando enmendar la interlocutoria de prueba. Por resolución de fecha 05 de octubre del 2021, como consta a fs. 79, el Tribunal rechazó el recurso de reposición interpuesto AVLA., y concedió la apelación interpuesta subsidiariamente, elevándose los autos a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol de ingreso 9082-2021, el cual, con fecha 15 de noviembre del 2021, fue acumulado en el Rol ICA 6417-2020.

## De las supuestas infracciones constitucionales aducidas por el requirente

### » Artículo 19 Nº 2 de la Constitución Política

**QUINTO**.- Que, a foja 13, el requirente precisa que la norma que se intenta impugnar regula la tramitación del juicio ejecutivo derivado de los certificados de fianza que emiten las Sociedades Anónimas de Garantías recíprocas.

**SEXTO**.- En tal contexto el precepto impugnado, a juicio del requirente, establece una limitación al derecho de defensa de las SAGR, frente al cobro del certificado de fianza y, añade, que tal limitación debe ser entendida en relación a los derechos que la legislación común le otorga a cualquier otro deudor de un título ejecutivo – no como ocurre en autos, pues se limitan a cuatro las excepciones que se pueden oponer a la ejecución, a diferencia de las dieciocho establecidas en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil-.

**SÉPTIMO**.- De tal modo, arguye, a foja 15, que la diferencia que hace el precepto legal impugnado, en la defensa de los ejecutados, no es razonable ni objetiva - realizando a tal efecto un ejercicio de comparación abstracto, a propósito de las excepciones de incompetencia, ineptitud del libelo y cosa juzgada, que a pesar de encontrarse establecidas en el referido artículo 464 del CPC, no son objeto del asunto concreto sometido a la discusión del Tribunal-.

**OCTAVO**.- En tal orden, fundamenta que "no existe razón o justificación objetiva y racional para que el precepto legal impugnado limite el derecho a defensa para oponer otras excepciones, no consideradas en el mencionado artículo 12. Así, sostiene que de aplicarse el precepto en cuestión se trataría de un privilegio procesal irracional a favor del demandante, toda vez que éste

podría interponer la demanda en cualquier tribunal civil del país, sin importar el domicilio del deudor, si existiera una clausula compromisoria, etc.

**NOVENO**.- Concluye, a fojas 19 y 20, que la aplicación del precepto que impugna vulnera el artículo 19 de la CPR, al establecer una discriminación negativa en contra de las Sociedades de Garantía Recíproca y un beneficio correlativo para los acreedores de los certificados de fianza, configurando así una diferenciación arbitraria respecto de la defensa de los demandados sujetos al procedimiento general del Código de Procedimiento Civil, justificación que, a su entender, no se sustenta en una justificación racional.

### » Artículo 19 Nº 3, de la Constitución Política de Chile

**DÉCIMO**.- El requirente sostiene, a foja 20, que se debe tener presente lo razonado reiteradamente por esta Magistratura Constitucional, en orden a que el artículo 19 Nº 3 de la CPR, al consagrar la igualdad en el ejercicio de los derechos y la garantía del procedimiento racional y justo, así como el ejercicio de la acción, entendida como el derecho fundamental al proceso, consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. De tal forma, la limitación a las excepciones vulnera este derecho, pues *"(…) deja sin efecto la posibilidad de oponer otras excepciones establecidas en nuestra legislación respecto de los juicios ejecutivos, así como las establecidas en el artículo 15 de la misma ley"*.

**UNDÉCIMO**.- A foja 21, precisa que "el derecho a defensa y a oponer las excepciones a la ejecución constituye parte del derecho a la tutela jurisdiccional, pues es la forma de obtener tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos del ejecutado". Por tanto, la limitación referida daría cuenta de una restricción al derecho a defensa, quedando quien lo impetra en un "estado objetivo de indefensión" por lo cual no se satisface un estándar de racionalidad y justicia.

### » Artículo 19 Nº 24 de la Carta Fundamental

**DUODÉCIMO**.- El requirente, a foja 23 y siguientes, estima que el inciso 9 del precepto impugnado produce un efecto inconstitucional, al no establecer mecanismos para que el fiador pueda defenderse, amparando su derecho de propiedad en cuanto a estar obligado a una fianza, cuando la obligación principal no existe, no está vigente y/o se haya extinguido la misma fianza.

**DECIMOTERCERO**.- Indica en tal orden, a foja 23, en el punto 99, que *"el derecho de propiedad del fiador, sobre las cláusulas de la fianza son afectadas desde que la Ley 20.179, al limitar las excepciones que puede oponer la Sociedad de Garantía Recíproca, genera una presunción a favor del ejecutante, respecto de la existencia o vigencia de la obligación principal o de la misma fianza, pese a que esta no exista, haya sido transferida a un tercero, haya sido novada o modificada sin consentimiento de SAGR, o se haya extinguido"*.

**DECIMOCUARTO**.- Con todo, sostiene que tal presunción es de derecho, pues no admitiría prueba alguna, ni que la SAGR pueda oponer las excepciones pertinentes, convirtiendo el título ejecutivo en uno perpetuo, que ni siquiera estaría regido por la institución de la cosa juzgada.

## II. CONSIDERACIONES DE FONDO.

### De la naturaleza y características del contrato de fianza suscrito en beneficio del Servicio de salud de Ñuble, en el contexto de un proceso de Contratación Pública

**DECIMOQUINTO**.- Que, el artículo 2, letra c), de la Ley Nº 20.179, ya singularizada, define el certificado de fianza como *"el otorgado por la Institución mediante el cual se constituye en fiadora de obligaciones de un beneficiario para con un acreedor"*.

**DECIMOSEXTO.**- En el mismo orden, conforme al inciso primero del artículo 11 del mismo cuerpo legal, las personas que soliciten a una Institución de Garantía Recíproca el afianzamiento de sus obligaciones previamente suscribirán con ésta un "contrato de garantía recíproca" en el que consignarán, a lo menos, los aspectos que indica, pudiendo contener, de acuerdo con su letra f), "las demás menciones que las partes acuerden".

**DECIMOSÉPTIMO.**- Que, por su parte el inciso primero de su artículo 12, preceptúa que *"la garantía que la Institución de Garantía Recíproca otorgue a sus beneficiarios se extenderá mediante la emisión de uno o más Certificados de Fianza, en el cual se consignará la individualización de la entidad, del afianzado y del acreedor, la singularidad de las obligaciones afianzadas y el monto determinado o determinable al cual se extienda la fianza, sin perjuicio de los documentos o menciones adicionales que las partes convengan"*, quedando el beneficiario obligado frente a la entidad por los pagos que ésta efectúe en cumplimiento de las obligaciones garantizadas, según lo dispone el inciso cuarto de este artículo, en tanto que el inciso séptimo prescribe que *"el certificado de fianza tendrá mérito ejecutivo para su cobro"*.

**DECIMOCTAVO.**- Que, en tal sentido ya el artículo 14 de la norma en comento establece que, si el beneficiario no cumple con las obligaciones afianzadas, la Institución de Garantía Recíproca procederá al pago de ellas, pudiendo optar entre seguir con el calendario y modalidades de pago originalmente pactadas por el beneficiario con el acreedor, pagar el saldo insoluto anticipadamente o pactar con el acreedor otras modalidades de pago. Para estos efectos, y de acuerdo con su inciso segundo, el acreedor, dentro del plazo establecido, deberá requerir de pago a la entidad, lo que deberá efectuarse por notario público o mediante carta certificada.

En igual sentido, el mismo artículo 14, en su parte final señala *"La Institución de Garantía Recíproca no gozará del beneficio de excusión que establece la ley.*

*Sin perjuicio de lo establecido en el Nº 3° del artículo 1610 del Código Civil en virtud del pago de todo o parte de la fianza comprometida, la Institución de Garantía Recíproca se subrogará en los derechos respectivos del acreedor, de conformidad a los contratos que liguen a las partes y a su calidad de fiador, pudiendo hacer exigible el valor total de la fianza otorgada al deudor principal y a sus codeudores o avalistas, cualesquiera que sean las modalidades con que la referida Institución pague las obligaciones afianzadas"*.

**DECIMONOVENO.**- Que, cabe hacer presente que, en el caso concreto, si bien el título tiene mérito ejecutivo y es autónomo frente al contrato, a priori, no tiene la exigencia de asegurar el pago de la garantía de manera rápida y efectiva, en los términos exigidos por la Ley Nº 19.886 y su reglamento. Sin embargo, como consta, el certificado de fianza que motiva el litigio que da origen a la gestión pendiente fue emitido con carácter de *"nominativo, no negociable pagadero a la vista o a primer requerimiento"* de tal forma que, como lo ha sostenido reiteradamente la Contraloría General de la República, entre otros, a través del dictamen 75.537 del 2012, considerando lo prescrito en los referidos artículos 11, letra f) y 12, inciso primero, las partes incorporaron las menciones adicionales que eran de su conveniencia, pactando en este caso que el certificado de fianza sería pagadero a primer requerimiento y, en definitiva, asegurando que el pago de la caución sería de manera rápida y efectiva, ergo la obligación que surge es la de pagar sin oponer requisitos que condicionen o difieran su pago, característica que permitiría utilizarla en el proceso de licitación, de acuerdo a lo establecido por la Ley Nº 19.886 y su reglamento, como ocurrió en el caso de marras.

**VIGÉSIMO.**- Así, es posible señalar que en el caso del certificado de fianza emitido por AVLA, este configura una obligación de dar, cuyo título ejecutivo es el certificado de fianza y que, según se desprende de los antecedentes aportados, no fueron objetados ni observados en la oportunidad correspondiente, constituyéndose de tal modo como un título ejecutivo perfecto, actualmente exigible.

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- Que, el certificado de fianza cumple al menos una doble función (a) por una parte, al tratarse de un instrumento mediante el cual se aportan fondos reales y líquidos, se configura como una caución de las obligaciones que tiene el afianzado con el acreedor, que opera en caso de incumplimiento de la obligación principal, de tal modo que no se inmovilizan recursos del afianzado por concepto de garantías y, (b) permite a las Sociedades de Garantías Recíprocas, en su calidad de fiadora, asumir la deuda ante el acreedor respectivo. Así, a modo de caución se faculta a las Sociedades de Garantías Recíprocas para accionar en contra del referido deudor, con el fin de hacer efectivas las contragarantías (personales y reales) que se hubieren otorgado a la Sociedad. No pudiendo ser imputable, de forma alguna, al acreedor el hecho que estas no se hubieran exigido, conforme a lo establecido en el artículo 11, inciso 2º y 4º de la Ley 20.179.

## Sobre las supuestas infracciones constitucionales aducidas por el requirente

### » Igualdad ante la ley

**VIGÉSIMO SEGUNDO.**- Que, es doctrina asentada de este Tribunal sobre el principio de igualdad que *"La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad"* (STC 784 c. 19) (En el mismo sentido, STC 1254 c. 46, STC 1399 c. 12, STC 1732 c. 48, STC 1812 c. 26, STC 1951 c. 15, STC 1988 c. 64, STC 2014 c. 19, STC 2259 c. 27, STC 2438 c. 28, STC 2489 c. 18, STC 2664 c. 22, STC 2841 c. 6, STC 2955 c. 7, STC 2838 c. 19, STC 2888 c. 22, STC 53 c. 72, STC 219 c. 17, STC 280 c. 24, STC 755 c. 27, STC 811 c. 18, STC 1133 c. 17, STC 1138 c. 24, STC 1140 c. 19, STC 1217 c. 3, STC 1414 c. 14, STC 2895 c. 8, STC 2983 c. 2, STC 3364 c. 22, STC 3297 c. 22, STC 3309 c. 25, STC 3121 c. 23, STC 6339 c. 5, STC 6370 c. 5, STC 7330 c. 3, STC 7443 c. 3, STC 5599 c. 3, STC 4170 c. 12, STC 4623 c. 14, STC 6082 c. 5, STC 6866 c. 12, STC 4710 c. 29, STC 4914 c. 27, STC 4222 c. 32, STC 3732 c. 5, STC 3869 c. 5, STC 4097 c. 5, STC 4379 c. 3, STC 4533 c. 3, STC 4972 c. 3, STC 4988 c. 3, STC 5104 c. 3, STC 5778 c. 3, STC 5993 c. 3, STC 5613 c. 3, STC 5751 c. 3, STC 5979 c. 3, STC 5999 c. 3, STC 6108 c. 3, STC 6163 c. 3, STC 6473 c. 3, STC 6349 c. 3, STC 6353 c. 3, STC 6381 c. 3, STC 6508 c. 3, STC 6750 c. 3, STC 6941 c. 3, STC 7076 c. 3, STC 7228 c. 3, STC 7232 c. 3, STC 7233 c. 3, STC 7311 c. 3, STC 7398 c. 3, STC 7430 c. 3, STC 7606 c. 3, STC 4794 c. 54, STC 3406 c. 2, STC 3482 c. 23, STC 3972 c. 17, STC 3440 c. 5, STC 4592 c. 18, STC 4735 c. 18, STC 4820 c. 20, STC 5835 c. 18, STC 5016 c. 17, STC 3570 c. 8, STC 3702 c. 2, STC 5267 c. 9, STC 4836 c. 2, STC 4722 c. 9, STC 5180 c. 9, STC 4800 c. 9, STC 4078 c. 2, STC 3978 c. 14, STC 4843 c. 8, STC 5484 c. 9, STC 5360 c. 8, STC 5625 c. 9, STC 5912 c. 9, STC 6085 c. 9, STC 6073 c. 9, STC 6513 c. 9, STC 7259 c. 9, STC 7516 c. 7, STC 7626 c. 14, STC 7635 c. 13, STC 7785 c. 13, STC 7777 c. 13, STC 7778 c. 14, STC 6180 c. 14, STC 5353 c. 23, STC 5776 c. 23, STC 7464 c. 10, STC 7750 c. 16, STC 4370 c. 19, STC 3406 c. 2, STC 3470 c. 18, STC 3063 c. 32, STC 7217 c. 24, STC 7203 c. 28, STC 7181 c. 24, STC 7972 c. 40).

*VIGÉSIMO TERCERO.*- Que esta Magistratura ha sostenido reiteradamente que *"La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador. Ahora bien, no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva. Si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas*

*que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador. Así, para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada"* (STC 1133 c. 17) (En el mismo sentido, STC 1217 c. 3, STC 1399 cc. 13 a 15, STC 1988 cc. 65 a 67, STC 1951 cc. 17 a 19, STC 2841 c. 13, STC 2703 c. 13, STC 2921 c. 12, STC 3028 c. 12, STC 3473 c. 21, STC 7217 c. 24).

**VIGÉSIMO CUARTO**.- Que, además, en la presente causa no es posible inferir diferencia de trato respecto del requirente con otras personas o sujetos que se encuentren en una condición similar, pues toda Sociedad de Garantías Recíprocas que se encuentre en una posición jurídica similar que la solicitante de autos estará obligada, en principio, al pago del monto afianzado al acreedor, que en este caso es el Fisco de Chile. Precediendo a su ejecución un procedimiento administrativo, en el cual se podrán presentar descargos tanto por la beneficiaria como por la Sociedad de Garantías; luego, se podrán deducir acciones civiles para precisar el objeto de la obligación, si fuere necesario y, finalmente, mediante un procedimiento ejecutivo sumario se podrá exigir el cumplimiento de la obligación, en los términos pactados en el certificado de fianza, que servirá como título ejecutivo perfecto, si satisface los requisitos establecidos en la Ley.

**VIGÉSIMO QUINTO**.- Cabe hacer presente que, el caso de autos no es el único ejemplo en el cual existen procedimientos ejecutivos sumarios, que se encuentran caracterizados por la restricción del número de excepciones que pueden ser opuestas por el ejecutado, siendo una opción de política legislativa para dar rapidez a la ejecución forzada, en determinados casos, para propender a la pronta restitución de los montos afianzados, en razón del interés que se intenta resguardar – por tanto, por deferencia al legislador, no corresponde a esta Magistratura establecer mediante la inaplicabilidad excepciones no consideradas por el legislador, toda vez que se satisface un estándar de razonabilidad suficiente en su determinación-. En este orden, cabe precisar que en la legislación chilena siguen esta estructura el juicio especial hipotecario de la Ley General de Bancos, el procedimiento para el cobro de obligaciones tributarias previsto en el Código Tributario y el procedimiento especial para la cobranza judicial de imposiciones, aportes y multas de instituciones de previsión (Ley N°17.322) (Alejandro Romero Seguel, "La cosa juzgada en el proceso civil chileno", Editorial Jurídica de Chile, 2002, página 128).

**VIGÉSIMO SEXTO**.- Que, la argumentación desplegada por la actora no infringe la garantía invocada por la requirente, en tanto que el constituyente establece la posibilidad de diferenciar y de dar un trato desigual, siempre que éste sea proporcional, racional, justo y no arbitrario, sin perjuicio que los presupuestos objetivos, proporcionados y necesarios para la consecución de los fines propios de la ejecución no se vieren afectados.

## » Debido proceso. Igual protección en el ejercicio de los derechos

**VIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, asegurada por el artículo 19 Nº 3, inciso 1º de la Constitución, no significa que todos los intervinientes en la persecución de los intereses tengan un estatuto igualitario en cada una de sus fases. En tal sentido *"al garantizar el derecho a la defensa, la Constitución no asegura a todas las personas ejercer sus derechos sin ningún tipo de obstáculos, ni les garantiza conducir sus defensas conforme a su leal saber y entender. Un entendimiento así de absoluto del derecho a defensa impediría toda regla procesal que sujetara la defensa a ciertos plazos, ritualidades o limitaciones. Con ello se haría imposible toda regla procedimental, no pudiendo alcanzarse la justicia y racionalidad de los procedimientos que la Constitución exige al legislador. El derecho a la defensa está efectivamente*

*garantizado por la Constitución, pero debe ejercerse en conformidad a la ley. La Constitución no prohíbe reglas de ritualidad procesal; sólo les exige que permitan la defensa y garanticen racionalidad y justicia"* (STC 977 c. 21) (En el mismo sentido, STC 2335 c. 16, STC 2748 c. 16, STC 3171 c. 10, STC 4313 c. 26, STC 6399 c. 16, STC 4710 c. 20, STC 5219 c. 21). Por cuanto, la obligación del legislador de asegurar un procedimiento racional y justo, no se encuentra asociado a la creación de un estatuto igualitario, sino al alcance de un estándar de racionalidad y justicia, no existiendo indefensión, toda vez que en la etapa administrativa y jurisdiccional es posible que la Sociedad pueda presentar sus descargos y luego repetir en contra del beneficiario, ya sea haciendo valer las contrafianzas, o bien mediante las disposiciones generales, a propósito del monto de la caución, por el cual tuvo que realizar el pago al acreedor.

**VIGÉSIMO OCTAVO**.- Que, como se ha caracterizado, las partes han acordado, entre otras cosas que el pago debe ser rápido y efectivo, lo cual implicará no controvertir la obligación, en tanto la finalidad de las SAGR son correspondientes con un sistema de afianzamiento de obligaciones contraídas con terceros, los cuales se encuentran determinados por instrumentos administrativos válidos, no controvertidos y en cuyo favor opera presunción de legalidad.

**VIGÉSIMO NOVENO**.- Que, en la STC Rol Nº 3005-16, en el Considerando 5º del voto de minoría se señaló *"Que, como ha sentenciado la Corte suprema, en autos Rol Nº 6.362-05 (…) el título ejecutivo es aquel documento que da cuenta de un derecho indubitable, al cual la ley atribuye la suficiencia necesaria para exigir el cumplimiento forzado de la obligación en el contenida. Dicho mérito ejecutivo lo es en atención al carácter de autenticidad que ellos revisten, por tal razón sólo la ley puede crear títulos ejecutivos y establecer sus requisitos; elementos que miran no sólo al interés personal de los contratantes, sino también al interés público que existe en reservar el procedimiento ejecutivo a aquellos asuntos en que se persiga el cumplimiento de obligaciones cuya existencia y exigibilidad se haya reconocido o declarado por algún medio legal. El título ejecutivo presenta una naturaleza análoga a la de una prueba privilegiada (…) es por esto, que el legislador ha circunscrito las posibilidades de defensa de la persona contra quien se invoca"* (c.6º)

**TRIGÉSIMO**.- De esta forma, el título que funda la gestión pendiente es un instrumento público que hace plena prueba, respecto de su fecha y del hecho de haberse otorgado y respecto a las partes, a saber, el fiador (AVLA), el beneficiario (INGETAL) y el acreedor (Servicio de Salud de Ñuble), obligación que como fue desarrollado reúne las características de líquida y actualmente exigible.

**TRIGÉSIMO PRIMERO**.- Que, el respeto del principio del debido proceso, no implica una enumeración taxativa, sino más bien significa respetar los principios de bilateralidad de la audiencia, el principio de contradicción, el derecho a la acción y a formular defensas y de rendir y controvertir la prueba, de forma tal que atendida la naturaleza de la acción sobre la cual recae el cuestionamiento constitucional, que impugna la aplicación del artículo 12 inciso 9º de la Ley Nº 20.179, no resulta pertinente invocarlo como vulneratorio de la garantía de la igual protección en el ejercicio de los derechos, consagrada en el artículo 19 Nº 3 de la Carta Fundamental.

## » Derecho de propiedad

**TRIGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, no puede estimarse infringida la garantía constitucional del derecho de propiedad alegada por la actora, toda vez que *"de verse obligada dicha requirente a pagar una determinada suma de dinero, lo será por incumplimiento de una obligación previamente establecida, coherente con la obligación del artículo 19 Nº 18 de la Constitución, sumada a la inconcurrencia de una hipótesis de exención de las respectivas obligaciones, lo que no puede – como tampoco lo sería en el caso de un deudor común – juzgarse contrario a la garantía del Nº 24, del artículo 19 de la Constitución.*

*En definitiva, el cumplimiento forzado de una obligación con bienes del patrimonio del deudor, de concurrir sus presupuestos legales, no puede estimarse contrario a la garantía en comento"* (STC ROL N 3404, c. 36º).

**TRIGÉSIMO TERCERO**.- Que, la referencia citada en el considerando anterior, de acuerdo con la configuración y lógica de funcionamiento de la Ley Nº 20.179, no estructura una vulneración del derecho de propiedad de la ejecutada, sino más bien denota la pérdida de su opción de conseguir un resultado útil y beneficioso para sus intereses, en relación con el incremento de su patrimonio.

**TRIGÉSIMO CUARTO**.- Que, no puede invocarse esta garantía, en consideración a que es un elemento de la esencia para la limitación en la oposición a las excepciones en los procedimientos judiciales el hecho que exista un título que tiene mérito ejecutivo y que es fruto de una convención entre la requirente, el beneficiario y el acreedor, sin que se pueda obviar el argumento esgrimido, en relación a que el constituyente dotó al legislador de autonomía para establecer procedimiento ejecutivos atendiendo al tipo de crédito, así como establecer las excepciones y su procedencia, cualquiera sea el sistema procedimental, como ocurre en el caso del precepto que se intenta inaplicar.

**TRIGÉSIMO QUINTO**.- Que, por las razones expuestas, no resulta procedente acoger la acción de inaplicabilidad deducida en autos.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

[...]

## 5.b. Tutela judicial efectiva.

**SENTENCIA ROL 10.513-21.** *Publicada el 23 de abril de 2021.*

Control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre protección de la salud mental, correspondiente a los boletines N° 10563-11 y 10755-11.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES estuvo por declarar propio de ley orgánica constitucional el artículo 15, inciso primero, en la expresión "Si no lo tuviere, el Tribunal de Familia competente procederá a hacerlo", e inciso segundo, en la expresión "En todo caso, la designación del abogado deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citada la persona hospitalizada involuntariamente", del proyecto de ley en examen**, por las siguientes consideraciones:

**1°.-** El artículo 77 de la Constitución Política dispone que "Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República";

**2°.-** De tal forma, dichas atribuciones no pueden ser disociadas de su finalidad, cual es el ejercicio de la jurisdicción en el marco del ejercicio de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un debido proceso, recogidos en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución y predicados en este caso respecto de una persona que es objeto de una medida de hospitalización compulsiva;

**3°.-** En dicho marco, la persona que es destinataria de una hospitalización involuntaria puede ver vulnerada en sus derechos fundamentales, como lo reconoce el propio artículo 14 del proyecto de ley, debiendo añadirse que tal materia es reglada por la ley en examen como una excepción especialísima al derecho de consentimiento informado en materia sanitaria, el cual emana no solo del texto de la Ley N° 20.584, sino también del derecho a la integridad física y síquica de la persona, que comprendido como derecho subjetivo, es de titularidad y disposición de la persona, a lo que se suma su dimensión de esfera de no interferencia por parte del poder estatal al ser un derecho fundamental, lo cual se ve excepcionado por la atribución de interferencia en la voluntad de la persona para forzarla a un tratamiento en un régimen de encierro que se regula en la presente ley;

**4°.-** El carácter reglado y excepcionalísimo de la hospitalización involuntaria, en un prisma garantista de derechos fundamentales, se establece además en un contexto de cuestionamiento clínico a las condiciones de salud necesarias para manifestar y ejercer consentimiento informado, lo cual es indisociable de las problemáticas ligadas a la determinación de su juridicidad, que hace necesario el establecimiento de tutelas judiciales específicas y eficaces para su examen, lo cual es reconducido por el proyecto de ley en examen a un estatuto de control judicial ante los tribunales de familia, que son dotados de atribuciones suficientes para verificar tal control;

**5°.-** Es en este sentido que la normativa en comento introduce una nueva atribución a los tribunales, cual es la designación de abogado, mediante normas imperativas y de garantía del derecho a defensa letrada de los derechos del paciente, entregando la potestad para ello y determinando el momento en el cuál debe hacerse;

**6°.-** Es por lo anterior que este Ministro estuvo por declarar como propio de ley orgánica constitucional el precepto en comento, precisando que el examen de constitucionalidad preventivo y obligatorio se refiere solamente a la atribución establecida para los tribunales de familia y no al estatuto sustantivo de la hospitalización forzosa

**SENTENCIA ROL 8508-2020.** *Publicada el 7 de julio de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 470, inciso primero, y 473, inciso final, del Código del Trabajo

Scotiabank Chile. En el proceso ejecutivo laboral RIT J-522-2019, RUC 19-3-0306825-5, seguido ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago

**VOTO POR EL RECHAZO**

**Los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y NELSON POZO SILVA, la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y el Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, estuvieron por rechazar** el requerimiento en base a las siguientes consideraciones:

## I. ACERCA DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES FIRMES

**1°.-** El derecho a la tutela judicial efectiva se define como *"aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión"* (Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, Derecho Constitucional, tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 2005). Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias.

**2°.-** Especial relevancia reviste dentro de sus elementos el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, sin el cual *"difícilmente podría hablarse de la existencia de un Estado de Derecho"* (Gregorio Cámara Villar, op. cit., pp.219). Este derecho subjetivo es parte integrante del conjunto de elementos del derecho a tutela judicial efectiva y debido proceso del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución. Así, las excepciones y limitaciones al derecho a la ejecución de resoluciones firmes, además de concretar la defensa del ejecutado, son ineludiblemente limitaciones a un derecho fundamental: el de ejecución de resoluciones judiciales firmes, de manera tal que esas limitaciones han de ser excepcionales y razonables, fundadas en motivos lícitos y tasadas, obedeciendo además a una reserva de ley, la de derechos fundamentales y en específico la de legalidad procedimental.

**3°.-** Que, en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que *"(…) la garantía de ejecución le es aplicable al cumplimiento de cualquier decisión que estime procedente el recurso disponible, como la del presente caso, de conformidad con lo anteriormente señalado. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento mediante la aplicación idónea de este. Por tanto, la efectividad de las providencias judiciales o de cualquier otra decisión conforme al artículo 25.2.c depende de su ejecución, la cual debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado. Asimismo, la Corte ha señalado que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia, la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora (…)"* (Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305. Párr. 244). En igual sentido, la misma Corte estimó que *"(…) la ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, inter alia, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, y estado de derecho. La Corte concuerda con el Tribunal Europeo de Derechos*

*Humanos al considerar que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora (…)".* (Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228. Párr. 105) (En el mismo sentido Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 210)

**4°.-** De tal forma, el derecho a la ejecución de sentencias firmes es parte del derecho a la tutela judicial efectiva, que se recoge y configura a partir de los incisos primero, segundo y sexto del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

**5°.-** Además, la ejecución de resoluciones judiciales se presupone y recoge en la Constitución en el capítulo del Poder Judicial, al señalar como atribución de los tribunales y parte de la función jurisdiccional el "hacer ejecutar lo juzgado" en su artículo 76, no siendo así una atribución de las partes de un juicio determinar libremente si cumplen o no una sentencia.

**6°.-** Así, el mérito ejecutivo de una sentencia no solo se configura a partir de lo que el legislador disponga, sino que tiene su fundamento en dos normas constitucionales, el numeral 3° del artículo 19 y además el artículo 76, que mandata a "ejecutar lo juzgado", motivo por el cual la sentencia es un título ejecutivo con caracteres especiales al estar reconocida en la propia constitución como habilitante para una ejecución en sede jurisdiccional.

**7°.-** De tal forma, la ejecución de resoluciones firmes es, a la vez, una garantía del Estado de Derecho, una garantía de eficacia de la función jurisdiccional, una manifestación de la interdicción de la autotutela y un derecho de la parte ejecutante.

En ese orden, el calificativo de "firme", cumple la función de dotar de indiscutibilidad, poder y ejecutividad a lo resuelto por los tribunales, pues a una sentencia firme precede un debido proceso, tramitado con todas las garantías y en cumplimiento de la legalidad competencial y procedimental (eso es lo recogido en el numeral 3° del artículo 19 constitucional, al recoger el principio de legalidad procedimental y de procedimiento racional y justo), en el cual las partes además hicieron operar el sistema recursivo, que en esta parte emerge como un elemento de control de juridicidad de lo obrado por los tribunales del fondo. Así, en el proceso declarativo el requirente ejerció en plenitud todos los derechos del debido proceso, centrados en el derecho a defensa, que se expresa, entre otros, en el principio de bilateralidad de la audiencia, de tal manera que nadie puede ser condenado sin ser oído, ya sea en juicios penales o civiles, por lo que el demandado debe contar con el plazo razonable y los medios necesarios para presentar adecuada y eficazmente sus alegaciones, el derecho a la prueba, a una sentencia motivada en derecho y dictada en un plazo razonable y el derecho a recurrir de la sentencia. Ejercidos todos los derechos, la sentencia declarativa firme determina la existencia de una obligación, quedando para la etapa de ejecución el cumplimiento forzoso de la misma, en la medida que el demandado se niegue a cumplir, y la discusión acerca de si la misma se habría o no extinguido, pudiendo en tasados casos dar por insatisfecho, por excepción, el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales cuando la obligación esté extinta.

Prohibida la autotutela como regla general, emerge el derecho al proceso (en ese sentido el numeral 3° del artículo 19 es claro, las personas tienen derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y tienen también el derecho a ser juzgados, lo cual tiene una relación dialéctica con la auto protección de los derechos -autotutela- y la posibilidad de sufrir actos de fuerza de terceros de manera ordinaria en nombre de sus pretendidos derechos), un verdadero avance civilizatorio, los conflictos serán resueltos generalmente mediante el proceso como forma

ordinaria, por un tercero ajeno al conflicto que será un órgano del Estado: un tribunal, que además usará como estándar de juicio el derecho legislado, emanado de un procedimiento y de órganos establecidos en un sistema constitucional fundado en la representación, revistiendo de legitimidad jurídica a la sentencia, que una vez firme será de cumplimiento imperativo, frente a lo cual emerge la tutela procesal ejecutiva si el deudor aun así se resiste a cumplir.

En ese entorno, el derecho a la ejecución de resoluciones firmes es el punto cúlmine y de cierre del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en un caso concreto, quedando ineficaz y reducido a papel y tinta si la sentencia firme no es cumplida, resucitando así una forma ilegítima de autotutela del ejecutado, que se niega a cumplir no obstante haber perdido en un proceso legítimo y con todas las garantías, en el cual fue oído, rindió prueba y recurrió.

Es por ello que la ejecución compulsiva de la sentencia puede tener normas especiales, pues es manifestación del ejercicio del derecho, en el marco de un proceso en el cual el demandado tuvo y ejerció todas las garantías del debido proceso.

En este sentido, en etapa ejecutiva de una sentencia firme el derecho a defensa encierra una doble dimensión:

» La primera visible, que es el ejecutado defendiéndose de medidas que pueden llegar a ser compulsivas

» La segunda, que emerge del examen de la dictación de la sentencia que se ejecuta: un demandante que requirió al Estado la defensa de sus derechos y ganó el juicio, mas ahora debe requerir tutela judicial de su derecho nuevamente y frente al mismo sujeto, que ahora se niega nuevamente a cumplir.

**8°.-** Es necesario recordar que los procedimientos judiciales pueden ser de carácter declarativo o ejecutivo, así como ordinarios o especiales, y que corresponde al legislador, en conformidad al artículo 19 Nº 3, de la Constitución, establecer los procedimientos adecuados para que el proceso se tramite de acuerdo a sus reglas y que reúna los requisitos de ser racional y justo. Cabe precisar que la referida disposición mandató al legislador, lo cual se tradujo en el establecimiento del procedimiento que cuestiona el requirente, vistos desde la perspectiva constitucional.

**9°.-** Con todo, es dable señalar que la existencia de un procedimiento u otro, dependerá de diversos factores, entre ellos la naturaleza del conflicto sometido a proceso (factor materia), los caracteres de la pretensión impetrada y el título habilitante en caso de un juicio ejecutivo, que en este caso es una sentencia.

**10°.-** En lo que respecta a la autonomía del legislador para establecer procedimientos que han de seguir los jueces en el ejercicio de su competencia, en el marco de la garantía del procedimiento racional y justo la configuración de cada uno de ellos corresponde a una decisión de política legislativa, cuál es la incorporación al ordenamiento jurídico de procedimientos específicos y determinados por principios informadores que se traducirán en reglas, formuladas -en materia ejecutiva- en atención a las especiales características del título de que se trate, en tanto establezca una diferencia que responda a un fundamento racional y no arbitrario y que, por otro lado, no vulnere el marco del procedimiento racional y justo en todos sus elementos.

## II. ACERCA DEL TÍTULO EJECUTIVO DEL CASO CONCRETO

**11°.-** En el caso concreto, el título ejecutivo es una sentencia definitiva, firme y ejecutoriada. En este orden, el artículo 464 del Código del Trabajo da el carácter de título ejecutivo perfecto a la sentencia firme, sin distinguir si es interlocutoria ni definitiva, y sin distinguir los caracteres ni la tipología de la obligación que contenga. En el caso concreto las partes no tienen controversia

en que el título invocado en la gestión pendiente es una sentencia definitiva y que se encuentra firme.

**12°.-** Que, por otra parte, dicho artículo 464 no ha sido cuestionado en estos autos. De tal manera, no es efectivo, como lo afirma la parte requirente en su libelo y en estrados, que la sentencia definitiva dictada en el proceso L-301-2009 del Tercer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago no sea una de aquellas sentencias a las que el artículo 464 del Código del Trabajo confiere la fuerza de un título ejecutivo, como lo señala la requirente a fojas 7, al afirmar que *"resulta fundamental considerar que el Tribunal de Cobranza carece de competencia para conocer de la ejecución de una sentencia que no tiene mérito ejecutivo"*. Tal afirmación, encierra un doble error, el primero de los cuales es entrelazar la competencia con los caracteres particulares del título y, el segundo de ellos es que implicaría desconocer el tenor literal y la plena vigencia del citado artículo 464, que determina que la sentencia firme es título ejecutivo, sin excepciones, y, también el texto del artículo 421 del mismo Código del Trabajo. que determina indudablemente la competencia por factor materia de los Tribunales de cobranza laboral y previsional para conocer de ejecución de sentencias.

**13°.-** Que, por otra parte, el procedimiento ejecutivo admite, tanto en materia civil como laboral, una distinción:

» el procedimiento especial de ejecución de sentencia, y

» los procedimientos ordinarios aplicables a todo título ejecutivo. Esta distinción es recogida en el art. 465 del Código del Trabajo al señalar que *"En las causas laborales el cumplimiento de la sentencia se sujetará a las normas del presente Párrafo, y a falta de disposición expresa en este texto o en leyes especiales, se aplicarán supletoriamente las normas del Título XIX del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil, siempre que dicha aplicación no vulnere los principios que informan el procedimiento laboral"*.

**14°.-** La requirente centra su alegación de que la sentencia no tendría fuerza ejecutiva porque, a su juicio, la obligación no sería líquida, cuestión que de cierta forma expresa a fojas 7, al señalar que *"esa falta de competencia se relaciona con el hecho de que el objetivo del juicio ejecutivo laboral es proveer de una vía que permite cobrar créditos emanados de un título ejecutivo laboral, cuestión que no ocurre en la demanda materia de la gestión pendiente. Y esto es así porque, como ha quedado claro a partir de lo señalado precedentemente, en la gestión no se ha invocado un crédito líquido o liquidable"*.

A este respecto, además de lo que en la presente sentencia se señala acerca de competencia y de descartar su confusión con otros elementos de un juicio ejecutivo, ahora resulta básico diferenciar dos cosas:

1. la existencia del título ejecutivo y,

2. los caracteres de la obligación que contiene el título, en orden a si es o no líquida.

Las dos cuestiones recién señaladas son presupuestos de la ejecución, pero son enteramente diferentes, al punto que la ley chilena considera regularlas diferenciadamente: el título ejecutivo tiene una regulación para determinar si tiene o no tal fuerza (artículos 464 del Código del Trabajo y del Código de procedimiento Civil), y la determinación de la liquidez, y también gestión de liquidación, de la obligación tiene otra regulación, reconociendo ya el carácter ejecutivo del título (artículo 439 del Código de Procedimiento Civil y artículo 469 del Código del Trabajo, ambos ubicados en los títulos de juicio ejecutivo). En este sentido, el título ejecutivo puede contener obligaciones líquidas, liquidables o no líquidas ni liquidables y el Código del Trabajo establece la liquidación del crédito como uno de los primeros actos del tribunal en etapa ejecutiva de la sentencia.

## III. DIFERENCIA ENTRE LOS ACTOS PROCESALES DE LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO Y DE OPOSICIÓN DE EXCEPCIONES

**15°.-** A su vez, en el procedimiento de ejecución de sentencia laboral debe diferenciarse la gestión de liquidación de la oposición de excepciones. Así, el artículo 469 del Código de Trabajo regula la liquidación del crédito en la ejecución laboral y por otro lado el artículo 470 regula la oposición de excepciones a la ejecución, estableciendo que el plazo para ello es el mismo de la objeción de la liquidación. En este sentido, la objeción de la liquidación y la oposición de excepciones son dos actos procesales distintos e independientes, pero que tienen el mismo plazo para ser verificados por la misma parte: el ejecutado.

**16°.-** En este sentido, cabe observar que en materia de ejecución de sentencia laboral la existencia de título ejecutivo pre supone que la obligación puede o no ser líquida, e incluso que no siempre será líquida, dada la naturaleza de la misma (en este sentido ver sentencia Corte de Apelaciones de la Serena, causa Rol 33-2017, C. 6º), lo que no resta fuerza ejecutiva al título y, en específico, lleva a que el legislador disponga además que el tribunal siempre debe liquidar el crédito al inicio de la ejecución laboral, liquidación que después es comunicada a las partes, existiendo plazo legal para ejercer el derecho de objetarla.

**17°.-** Aún si se cometiera el error de asimilar íntegramente la ejecución laboral a la ejecución civil, la alegación planteada debes ser descartada, pues se observa que los presupuestos en materia civil son:

» Título ejecutivo

» Obligación líquida y actualmente exigible, y

» Acción no prescrita.

## IV. ACERCA DE LA COMPETENCIA Y OTROS PRESUPUESTOS DE LA EJECUCIÓN

**18°.-** Que, por otra parte, se plantea por la requirente que al no ser líquida la obligación el tribunal sería incompetente, lo cual no es efectivo. En este sentido, la competencia se define como *"la institución procesal que permite hacer efectivo el derecho constitucional al juez natural o predeterminado por la ley"* (Romero Seguel, Alejandro, Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Thomson Reuters, 2a edición, 2014 p. 27), o bien "la medida de la jurisdicción, o parte de la jurisdicción que le corresponde a cada tribunal en base a la consideración de ciertos factores absolutos o relativos, como materia, cuantía, fuero y, además, territorio" (Colombo Campbell, Juan, La jurisdicción en el Derecho chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 48. Y, del mismo autor, La Competencia, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959, p.134).

En virtud del artículo 77 de la Constitución Política, la competencia es materia de ley orgánica constitucional, al igual que sus límites, reglas y factores. En el caso sub lite, la competencia de los tribunales de cobranza laboral y previsional por factor materia se encuentra en el artículo 421 del Código del Trabajo, introducido por la Ley N° 20.022, norma tampoco impugnada en el caso concreto, debiendo agregarse que en ninguna parte de la legislación chilena la liquidez de la obligación es un factor que determine si el tribunal de la gestión es o no competente.

A propósito de los elementos necesarios que deben concurrir para dar curso a una ejecución, debe señalarse que una cosa es la competencia del tribunal, presupuesto de validez del proceso, y otra cosa es el examen de los caracteres y requisitos por parte del tribunal. Lo primero es una cuestión procesal orgánica y lo segundo es una cuestión de tipo procesal funcional, procedimental en sentido estricto, al punto que se encuentran incluso reguladas en normas distintas. En efecto,

tanto es así, que en el juicio ejecutivo civil ordinario las excepciones relativas a la competencia y al título ejecutivo son diferentes, y la una no acarrea necesariamente la otra, siendo del todo independientes entre sí.

De tal forma, puede haber tribunal competente y, a la vez, existir título que en realidad no tiene fuerza ejecutiva. Al mismo tiempo, puede haber tribunal incompetente y título con plena fuerza ejecutiva. Es un error conceptual ligar la competencia del tribunal a la fuerza del título, y si así fuera, se daría la paradoja de que el tribunal sería incompetente para conocer, lo que incluiría ser incompetente para declarar que el título ejecutivo no tendría tal mérito, lo cual es un sin sentido, sobre todo si es el propio tribunal el que debe examinar de oficio ello al momento de resolver si ordena o no despachar la ejecución.

En casos como el de la gestión invocada, el examen del título para determinar si tiene fuerza ejecutiva o no es bastante menos relevante que en un juicio ejecutivo ordinario, pues nos encontramos frente al procedimiento de cumplimiento ejecutivo del principal título habilitante pata la tutela de ejecución: una sentencia firme y no otros títulos ejecutivos de fuente no jurisdiccional.

En este orden, la sentencia es el primero, más obvio, sencillo y reconocible título ejecutivo, para el cual se contempla además un procedimiento especial, por las características del propio título. En este sentido, la requirente alega que se produciría un pretendido efecto inconstitucional al limitarse su defensa, porque no podría objetar la fuerza ejecutiva del título ni la competencia del tribunal, lo cual es un error conceptual, pues si se examina el estatuto general de la ejecución de la sentencia contenido en los arts. 233 y ss. del Código de Procedimiento Civil se observará que las únicas excepciones que pueden oponerse en él son:

1. Pago de la deuda
2. Remisión de la misma
3. Concesión de esperas o prórroga de plazo
4. Novación
5. Compensación
6. Transacción
7. Haber perdido la sentencia su carácter ejecutoria
8. Pérdida de la cosa debida conforme a lo dispuesto en el Título XIX Libro IV del Código Civil
9. Imposibilidad absoluta de ejecución actual de la obra debida y
10. Falta de oportunidad en la ejecución.
11. El tercero en contra del cual se pide la ejecución, además la excepción de no empecerle la sentencia.

Como se puede ver, la incompetencia del tribunal y el no tener la sentencia firme el carácter de título ejecutivo no son excepciones propias del procedimiento de la ejecución de sentencia, y no pueden serlo, pues la competencia del tribunal está determinada por la ley de manera clara por la regla general de la ejecución y en materia laboral por regla especial de la competencia de los tribunales de cobranza que corresponda, nada de lo cual ha sido cuestionado en el presente caso.

**19°.-** Es del caso constatar que en el caso sub lite no se han cuestionado las normas referidas a la fuerza ejecutiva de la sentencia laboral ni menos las normas referidas a la competencia por materia de los tribunales de cobranza laboral o previsional.

**20°.-** En este sentido, la argumentación del requirente reconoce un eje argumentativo: sostener que no puede defenderse por no ser líquida la obligación y no tener excepciones para reclamarlo. Dicho eje es errado en lo conceptual, pues confunde la liquidación del crédito con la fuerza ejecutiva de la sentencia y además confunda la objeción de la liquidación con la oposición de excepciones.

**21°.-** Si la obligación no es líquida o no se conoce su monto actualizado no es relevante para determinar si se está o no en una hipótesis de indefensión frente a ello, pues, en primer lugar, la obligación y sus elementos ya fueron determinados y delimitados en una sentencia declarativa firme y, por otra parte, que en el caso además se refiere a una cláusula de un contrato colectivo, es decir, la ejecutada concurrió con su voluntad a la celebración de un contrato que es fuente de la obligación, por lo cual conoce su contenido, sentido y alcance. Además, el artículo 469 del Código del Trabajo establece que, a todo evento y siempre, el tribunal con competencia en materia de cobranza laboral y previsional deberá liquidar de oficio la obligación en la etapa ejecutiva, estableciendo un plazo de objeción de liquidación de 5 días, que no reconoce límites en la causa y motivos en la formulación de la objeción del crédito que se plantee. Así, la objeción de la liquidación del crédito laboral se define como el cuestionamiento fundado y específico de la determinación del monto actualizado de la obligación a ejecutar, sea por no ser efectivos los montos de su base de cálculo o alguno o algunos de sus elementos, o bien por cuestionarse los reajustes o los intereses, sin que el artículo 469 limite ni tampoco enumere los motivos de la objeción, los cuales podrán ser amplios y de variada índole, pudiendo referirse a cualquiera de los elementos que compongan la liquidación del crédito en el caso concreto.

## V. ACERCA DE LAS EXCEPCIONES Y SU LIMITACIÓN EN EL CASO CONCRETO

**22°.-** Por otro lado, el artículo 470 del Código del Trabajo establece la limitación de excepciones que se pueden oponer a la ejecución, entendidas las excepciones como universalmente y desde hace mucho tiempo como *"La exclusión de la acción, esto es, la contradicción o repulsa con que el demandado procura diferir, destruir o enervar la pretensión o demanda del actor. Así como es propio del actor el reclamar su derecho en justicia, lo es del reo o demandado el defenderse, lo que puede hacerse o bien negando el fundamento o causa de la acción, o bien confesándolo; pero oponiendo al mismo tiempo una excepción"* (Joaquín Escriche, DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, editado por Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874, Tomo segundo, p. 922). Posteriormente, la excepción será definida por la doctrina clásica como "el poder jurídico del demandado para oponerse a la pretensión que el actor ha deducido ante los órganos de la jurisdicción" (Eduardo Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 96)". Asimismo, y en la actualidad, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, se ha aproximado a la definición de "excepción procesal" como una *"Alegación contenida en el escrito de contestación a la demanda y referida a los defectos procesales que impiden continuar el proceso hasta resolver sobre el fondo del asunto"* (Real Academia Española. (2017). Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Vol. I. Primera edición. P. 988).

**23°.-** La requirente alega que la limitación de excepciones establecida en el artículo 470 del Código del Trabajo le dejaría en la indefensión frente a la liquidación de una obligación, lo cual no es efectivo -como ya se viera- pues respecto de la liquidación el derecho a defensa se ejerce, aunque suene demasiado obvio, en el acto procesal denominado "objeción de la liquidación", respecto del cual ya se señaló que el legislador no ha limitado las defensas ni tampoco las razones para objetar. Además, la objeción de la liquidación puede dar lugar a una incidencia, la cual, si hay mérito, se podrá recibir a prueba respecto de los motivos que la funden.

**24°.-** Por otra parte, señala la ejecutante que la limitación de excepciones no le permitiría excluir del pago a trabajadores que ya no desempeñan funciones y que fueron finiquitados. En este orden, el monto total y los ítems detallados de los montos a pagar se incluyen en la liquidación del crédito, y nada obsta a que la ejecutada los objete total o parcialmente, a que dé razones y que aporte pruebas acerca de sus motivos, entre los cuales podían estar los que señala. Por otra parte, si se llegare a plantear que ello es un tema que solamente podría plantearse por vía de excepciones, no debe olvidarse que el finiquito laboral da cuenta del término del vínculo jurídico-laboral entre empleador y trabajador, dando cuenta de fechas, causal, última remuneración, feriado, indemnizaciones, pagos pendientes y otros ítems, determinando prestaciones recíprocas y extinguiendo derechos y obligaciones, precaviendo litigios eventuales y, en muchos casos, poniendo término a alguno existente, por lo que sin duda un finiquito laboral puede llegar a ser sustento de alguna o alguna de las excepciones contempladas por el artículo 470 cuestionado en una ejecución laboral, y dichas excepciones deberán ser ponderadas por el juez del fondo para determinar si son finalmente procedentes o no en función del mérito particular del proceso, pudiendo también haber recepción de la causa a prueba sobre el fundamento de las excepciones.

**25°.-** En ese sentido, el finiquito debe entenderse como "*el instrumento emanado y suscrito por las partes del contrato de trabajo, empleador y trabajador, con motivo de la terminación de la relación laboral, en el que dejan constancia del cabal cumplimiento que cada una de ellas ha dado a las obligaciones emanadas del contrato, sin perjuicio de las acciones o reservas con que alguna de las partes lo hubiere suscrito, con conocimiento de la otra. Este acuerdo de voluntades es una convención y presenta un carácter transaccional, que lo constituye en una forma de extinguir derechos y obligaciones de naturaleza laboral, cuyo nacimiento se corresponde con la voluntad de las partes que lo suscriben, que son quienes consintieron en dar por terminada una relación laboral de determinadas condiciones, expresando ese asentamiento libre de todo vicio*" (Corte Suprema, 11/12/2008, Rol N° 7.370-2008). Por otra parte, el finiquito también ha sido definido como "un contrato por el cual dos personas que estuvieron unidas por una relación laboral, una como empleadora y la otra como trabajadora, comparecen (se individualizan) acordando las condiciones en que se puso término a dicha relación laboral, específicamente acuerdan la causal de terminación, los haberes que se adeudan (normalmente del ex empleador al ex trabajador), las condiciones en que pagan esos haberes (normalmente al contado en el mismo acto de celebración), la llamada "cláusula liberatoria" (por la cual ambos comparecientes declaran que nada se adeudan fuera del contenido del finiquito y que renuncian a las acciones administrativas y/o judiciales) y, en algunos casos, los desacuerdos que quedaren pendientes, esto es, las posibles "reservas de derecho" sobre materias específicas que no serán cubiertas por la señalada cláusula liberatoria" (Dirección del Trabajo en su web institucional, https://www.dt.gob.cl/portal/1626/w3-article-60944.html#i__w3_ar_ArticuloCompleto_1_60944_C2BFCuC3A1les20son20los20efectos20del20finiquito3F ).

**26°.-** Así, si un finiquito libre y válidamente consentido puede disponer que las partes nada se adeudan o que las obligaciones existentes se extinguen con pagos diferidos, que se genera una de pago por término de servicios o que en dicho acto se paga todo lo que se deba, que se compensan créditos pendientes, etc., lo cual puede ser argumentado por la vía de laguna de las excepciones posibles en una ejecución, todas cuestiones que deben ser ponderadas por el juez del fondo cada caso concreto, encontrándose plenamente habilitado para ello por la vía de conocer de las excepciones que deriven de un acto jurídico como un finiquito, entre las cuales se encuentran las de pago de lo que se adeude, de remisión de obligaciones pendientes, de novación las mismas o incluso una transacción, según los antecedentes que se aporten en sustento de las mismas, pues, como ya se dijera, el finiquito da cuenta de la extinción de obligaciones y el contenido de las excepciones planteadas por el artículo 470 se refiere, a la vez, a los modos de extinguirlas.

**27°.-** Así, no debe olvidarse que en el marco del contradictorio propio del debido proceso la relación entre acción y excepción es esencialmente dialéctica, binaria y excluyente, pues si la acción es de titularidad del sujeto activo del proceso, la excepción se opone a la misma y es de titularidad del sujeto pasivo. Siendo el caso concreto referido a una obligación que consta en un título ejecutivo, la existencia y la validez de la obligación no pueden tener el mismo nivel de controversia que en un proceso declarativo. Adicionalmente, siendo la sentencia definitiva firme el título ejecutivo invocado, resulta del todo razonable que no se controviertan los contornos ni la validez de la obligación, pues ello ya fue discutido en etapa declarativa, en el marco de un debido proceso y finalmente determinado con efecto de cosa juzgada en la sentencia firme que sirve de título ejecutivo, no siendo lícito para la requirente de inaplicabilidad desconocer ello sin que se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva de los ejecutantes, en lo relativo a la ejecución de las resoluciones firmes.

**28°.-** Siendo la inaplicabilidad un control de constitucionalidad de carácter concreto, es del caso entonces constatar que, si a la fecha habría trabajadores del sindicato ejecutante que ya no serían acreedores de la asignación que se liquide, nada obsta a que la ejecutada sea oída al respecto, sea ejerciendo el derecho de objeción de la liquidación o mediante las excepciones contempladas por el precepto cuestionado, frente a lo cual el mérito y pertinencia de los respectivos finiquitos será ponderado por el tribunal del fondo en ejercicio de sus atribuciones.

**29°.-** Que, por otra parte, para configurar los fundamentos de hecho y derecho del requerimiento deducido, exigencia del artículo 80 de la ley orgánica de esta Magistratura, el actor alude a una eventual prescripción de las acciones derivadas de las obligaciones que se ejecutan (foja 11, párrafo final, fojas 14, párrafo final, y fojas 15), señalando que estarían prescritas a la luz de las normas del Código del Trabajo. Respecto a ello, no es este tribunal el llamado a determinar si están o no prescritas ni menos a determinar si se rigen por los plazos que establece el Código del Trabajo respecto del pago de remuneraciones o bien existiendo procedimiento de ejecución se regirán por los plazos generales de acciones ejecutivas o por otros plazos de normas procesales especiales. A este respecto, cabe señalar que es la judicatura del fondo la que debe examinar los caracteres y contenido de la acción ejecutiva, para determinar cuál es la legislación que la regula en específico y así establecer los plazos que la rigen, además de tener el deber de examinar de oficio si la acción está o no prescrita al determinar si se da curso o no a la ejecución, como ya se dijera.

**30°.-** En específico, al determinar si se da o no curso a la ejecución, el tribunal tiene el deber de examinar de oficio si la acción está o no prescrita, debiendo denegar la ejecución de oficio si aparece de manifiesto que ya operó la prescripción de la acción. En este sentido, el rol de un tribunal en la ejecución es diferente al que le corresponde al sustanciador de un proceso declarativo, pues en la ejecución el tribunal puede y debe declarar de oficio la prescripción de la acción al momento de examinar el título si es que efectivamente está prescrita. En cambio, en sede declarativa, la prescripción solamente puede declararse si es alegada por la parte. A su vez, el procedimiento ejecutivo laboral reconoce un elemento adicional: el impulso procesal es de oficio, lo cual es un motivo adicional que refuerza el rol del tribunal ya señalado.

**31°.-** Por otra parte, existencia de normas especiales y limitaciones de excepciones en ejecuciones regidas por leyes especiales no son per se contrarias a la Constitución Política, debiendo examinarse en qué consiste cada una de ellas y cuál es la razón de su existencia para poder determinarse su constitucionalidad. En el mismo sentido, siendo la inaplicabilidad un control de carácter concreto, la gestión invocada con sus elementos de hecho, derecho y estado procesal serán esenciales y relevantes para determinar si se produciría o no el potencial efecto contrario a

la Constitución que denuncia la parte requirente, en los términos del numeral 6° de su artículo 93. En efecto, cabe señalar que, en materia de limitación de excepciones en ejecuciones, diversas normas de ese tipo han sido conocidas por este tribunal, sin que necesariamente se declaren inaplicables de manera genérica, lo cual es conocido plenamente por la ejecutante y requirente de inaplicabilidad, pues ha sido parte en procesos referidos a normas de estatutos ejecutivos especiales (por ejemplo, proceso Rol N° 811, en el cual señaló, a fojas 50 a 52 que una limitación de excepciones en materia hipotecaria no infringía las garantías de los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, señalando que en ese caso la limitación de excepciones se contiene en preceptos que "son normas de carácter especial, que se han dictado en aras de un interés superior").

## VI. ACERCA DE LA IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 473 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

**32°.-** En lo que respecta al artículo 473 del Código del Trabajo, a fojas 2 se señala que se cuestiona la totalidad de su texto -al no especificarse ni limitarse la impugnación a normas específicas de su texto- señalándose a fojas 3 que sus normas "son sin duda norma decisoria litis" y que "limitan el derecho a defensa". A este respecto, el artículo 473, en primer lugar, se refiere a juicios ejecutivos en los cuales el título ejecutivo no sea una sentencia definitiva, y contiene:

- » Remisión supletoria a las reglas del juicio ejecutivo ordinario en materia civil.
- » Normas especiales sobre liquidación del crédito.
- » Normas sobre notificación y requerimiento de pago.
- » Remisiones que hacen suyas normas procedimentales del Código de Procedimiento Civil, referidas a la reserva de acciones, la prueba, plazo para dictar sentencia.
- » Normas sobre condena en costas.

Como puede observarse, ninguna de dichas normas es "decisoria litis", sino que todas son normas procedimentales, que en lugar de limitar la oposición de excepciones y el derecho a defensa (como se señala a fojas 23), hacer pertinentes las reglas del derecho procesal civil en el juicio ejecutivo derivado de títulos distintos de la sentencia definitiva. Así, sobre esta norma el requerimiento se construye sobre bases argumentales que no son efectivas y, por ende, resulta ineludible que el artículo 473 no tiene la aptitud de vulnerar la Carta Fundamental en los términos que la requirente le atribuye al construir su requerimiento, además de referirse a ejecuciones en las cuales el título no es una sentencia, que es el caso opuesto del sub lite.

Por otra parte, a propósito de la impugnación al artículo 473, la requirente en ninguna parte del requerimiento razona acerca de cómo y por qué, en el caso concreto, se produciría un efecto contrario a la Constitución por aplicación de la remisión supletoria a las reglas del juicio ejecutivo ordinario en materia civil, a normas especiales sobre liquidación del crédito, a normas sobre notificación y requerimiento de pago, a remisiones que hacen suyas normas procedimentales del Código de Procedimiento Civil, referidas a la reserva de acciones, la prueba, plazo para dictar sentencia y a normas sobre condena en costas.

Finalmente, en la parte petitoria del requerimiento, en discordancia con lo anunciado a fojas 2, el petitorio de fojas 29 solicita declarar la inaplicabilidad del inciso final del artículo 473, solamente.

**33°.-** Que del razonamiento precedente se constata que el requerimiento no explicita que función cumpliría dicho inciso final en el caso concreto, norma que se refiere a hacer suyas normas procedimentales del Código de Procedimiento Civil, referidas a la reserva de acciones,

la prueba, plazo para dictar sentencia y normas sobre condena en costas, ni tampoco explicita que efecto contrario a la Constitución produciría, ya que todo el requerimiento razona sobre la base de la limitación de excepciones, que se encuentra en el artículo 470, tal como se destaca a fojas 3, al señalar que "Los efectos inconstitucionales que pueden generarse por la aplicación de los preceptos mencionados, dicen relación con la limitación del derecho a defensa, y se refieren en concreto al límite que se impone respecto de la interposición de excepciones a la ejecución".

Así, resulta inconcuso razonar acerca de la inaplicabilidad del artículo 473 al no estar planteada en forma suficiente ni comprensible la cuestión de inaplicabilidad.

## VII. ACERCA DE OTRAS CUESTIONES PROPIAS DEL JUEZ DEL FONDO

**34°.-** Que, a mayor abundamiento, el requerimiento desnuda una denuncia y cuestionamiento a la liquidación del crédito al señalar que *"ese cálculo revela un error lamentable, que produce una grave distorsión, y un enorme perjuicio económico para nuestro representado"* (foja 11, no. 14), lo cual desnuda que el pretendido y eventual efecto inconstitucional, que a juicio de la requirente se produciría, emanaría de la liquidación practicada y la fórmula usada para ello, todo lo cual redunda en una cuestión de control de juridicidad y mérito actos procesales del juez del fondo y no en una cuestión de inaplicabilidad, lo que determina ineludiblemente el rechazo del requerimiento.

En este sentido se identifica un asunto de determinación de cuál es la correcta o incorrecta aplicación de las leyes atingentes a la resolución de la gestión pendiente. A este respecto, cabe tener presente que, en principio, el conflicto de autos emerge, así como una cuestión propia de los tribunales del fondo dan aplicación supletoria o no a las normas de ejecución de sentencias.

Con anterioridad, esta Magistratura, razonando acerca de los límites del control de inaplicabilidad, ha declarado inadmisibles requerimientos recaídos en cuestiones referidas a la determinación de la lex decisoria litis de un proceso, señalando que *"cabe tener presente que el requerimiento se estructura sobre la base de un* ***conflicto de legalidad, en relación a la determinación de la ley aplicable, de su vigencia en el tiempo y de su relación con otros preceptos****, lo que corresponde* ***determinar al juez del fondo****, situación que no se concilia con lo que corresponde resolver a esta Magistratura en una acción de inaplicabilidad"* (Rol N°1.451-09, C. 15.). En ese sentido, el presente es un caso de determinación de la ley aplicable para la determinación del estatuto de la liquidación de un crédito en la ejecución, por vía de si las determinación específica de los montos y titulares de una obligación derivada de un contrato colectivo regido por el Código del Trabajo, litigada y determinada en sentencia firme, es o no ajustada al derecho que rige la gestión pendiente, por lo cual la cita jurisprudencial precedente es plenamente pertinente en el caso, determinando que esa dimensión de la presente causa está en la órbita de una cuestión de interpretación y aplicación de leyes y no de un conflicto constitucional.

**35°.-** Así, la determinación de si la obligación es o no liquida o liquidable, la determinación de los trabajadores titulares de los derechos ventilados en la gestión pendiente, la competencia del tribunal del fondo y los caracteres del título invocado, además de una eventual prescripción, son temas que se encuentran dentro de la órbita de atribuciones del tribunal del fondo.

**36°.-** En lo relativo a la pretendida incompetencia del tribunal de la gestión, dicho asunto no es parte de lo que esta Magistratura esté llamada a resolver, más aún si los preceptos legales sobre competencia no han sido cuestionados. En efecto, la discusión acerca de la competencia o incompetencia del tribunal laboral también está marcada por un conjunto de elementos que son propios de la órbita de la legalidad y no de la constitucionalidad, pues de conformidad con el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda persona tiene derecho a ser juzgada por el tribunal predeterminado por la ley, de lo cual deriva, por una parte, una reserva de ley específica

sobre la competencia y por otra, que la determinación del sentido y alcance de las normas de competencia de los tribunales es una cuestión propia de la órbita de la legalidad procesal, que en este caso se determina por las reglas de ejecución de sentencias.

Así, en resolución de inadmisibilidad Rol N° 2353 se señaló que *"la competencia de los tribunales es, en nuestro sistema constitucional, una materia propia de ley según los artículos 7°, 19, numeral 3°, y 76 de la Carta Fundamental. En dicho marco, la discusión acerca de la competencia que expresamente se asigne a cada tribunal en función del factor territorio es una materia propia de las atribuciones de judicatura ordinaria, y la aplicación de las normas que la regulen corresponde a una materia propia de la competencia de los jueces del fondo, escapando a la órbita de atribuciones de esta Magistratura"*, cuestión que también es predicable acerca de la discusión acerca de la competencia que expresamente se asigne a cada tribunal en función del factor materia, todo lo cual se encuentra específicamente establecido en la ley.

**37°.-** Además, en la resolución de inadmisibilidad Rol N° 2490 señala expresamente que *"la determinación de la competencia de los tribunales en un caso concreto es, en nuestro sistema constitucional, una materia propia de ley según los artículos 7°, 19, numeral 3°, y 76 de la Carta Fundamental. En dicho marco, la discusión acerca de la competencia que expresamente se asigne a cada tribunal en función del factor materia es un asunto propio de las atribuciones de la judicatura ordinaria, y la aplicación de las normas que la regulen corresponde a la órbita de atribuciones de los jueces del fondo, escapando al conjunto de potestades de esta Magistratura".* Es decir, la ley de competencia debe ser interpretada por el tribunal del fondo y no por este Tribunal.

En referencia a la liquidez de la obligación, cabe recordar lo señalado en la misma resolución de inadmisibilidad, en orden a que *"no es función de esta jurisdicción constitucional aclarar el sentido que tienen determinados preceptos, dado que esto último importa "una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces de fondo"* (sentencias Roles Nº 522, 1214 y 2107), conflicto que no se encuentra dentro del marco de atribuciones de este órgano de jurisdicción constitucional. A mayor abundamiento, se ha razonado por esta Magistratura en las sentencias de inadmisibilidad Roles N°s 1344, 1942, 2084 y 2286, que *"no es competencia de esta Magistratura resolver acerca de la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un determinado precepto que pudiere efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento", pues, "la acción de inaplicabilidad es un medio inidóneo para impugnar resoluciones de órganos jurisdiccionales, ya que la salvaguarda del imperio de la ley en el conocimiento, resolución y ejecución de lo juzgado en causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, a través de los medios procesales que el legislador establezca mediante los Códigos de Enjuiciamiento"* (Rol 794)". Todo ello resulta plenamente pertinente respecto del caso sub lite, dejando en claro que acerca de los presupuestos legales de la ejecución no se está en presencia de un conflicto de inaplicabilidad.

## VIII. ACERCA DE LA ALEGACIÓN DE VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD ANTE LA LEY

**38°.-** Que, por otra parte, al no haber en el caso concreto afectación del derecho a defensa ni al debido proceso por consecuencia de las normas impugnadas, tampoco se puede sostener que la aplicación de la preceptiva cuestionada sea una diferencia de trato calificable de arbitraria.

**39°.-** En cuanto a la garantía de igualdad ante la ley, la alegación de discriminación arbitraria en una cuestión de inaplicabilidad requiere per se fijar cual es el "tertium comparationis" o punto de referencia que constituye el trato ordinario y general que se contrastará con la norma específica a partir de la cuál se configuraría la consecuencia calificada como discriminatoria en relación al caso concreto.

**40°.-** En materia de ejecución de resoluciones judiciales firmes, ese "tertium comparationis" que constituye el trato general y ordinario es el establecido en los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y en materia específica de sentencias sus artículos 233 y ss.

Si se contrasta el tertium comparationis con el artículo 470 cuestionado, a la luz del caso concreto, se constata que la excepción relativa a no tener el título fuerza ejecutiva no está contemplada en ninguna de las dos normativas, al igual que la de incompetencia del tribunal, por lo que ni siquiera hay diferencia que examinar en ese punto. Por otro lado, el artículo 465 del Código del Trabajo, no impugnado tampoco, determina la aplicación supletoria de las aludidas normas del Código de Procedimiento Civil que constituyen el tertium comparationis.

**41°.-** Que, de tal forma, no existiendo diferencia respecto de las excepciones en cuestión en el caso concreto -incompetencia y falta de fuerza ejecutiva del título- no corresponde emitir pronunciamiento ni verificar examen acerca de la razonabilidad ni juridicidad de la pretendida diferencia.

## IX. ACERCA DE LA ALEGACIÓN DE VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

**42°.-** De igual forma, no se explicita cómo ni menos de qué forma el pago de obligaciones laborales determinadas por una sentencia firme constituiría una vulneración al derecho de propiedad. En este sentido, ha de recordarse que, devengadas las remuneraciones, los trabajadores tienen derecho al pago de las mismas, lo cual es especialmente relevante en el caso concreto, en la medida que lo determinado por sentencia declarativa firme es el pago de remuneraciones pactadas en un contrato colectivo. Cabe tener presente nuevamente lo señalado por la propia requirente respecto de los caracteres que atribuye a la liquidación del crédito del caso concreto, en orden a argumentar que "ese cálculo revela un error lamentable, que produce una grave distorsión, y un enorme perjuicio económico para nuestro representado" (foja 11, no. 14), de lo cual parece ser que lo impugnado por mermar su patrimonio sería la liquidación del crédito y no los efectos de la aplicación de la preceptiva legal señalada en el requerimiento, que no se refiere a la liquidación del crédito.

## X. CONCLUSIÓN

**43°.-** De tal forma, se descartan las alegaciones que sustentan el requerimiento, descartándose además las vulneraciones a la Constitución que plantea en su libelo, consecuencia de lo cual es que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del presente proceso debe ser rechazada.

[…]

**SENTENCIA ROL 10.775-2021.** *Publicada el 25 de enero de 2022.*

Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del numeral 3°, inciso tercero, en las expresiones "podrá" y "en su concepto", del auto acordado n° 94 de 2015 de la corte suprema, sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales. Salmones Alpen Limitada. En el proceso Rol N° 134.098-2020, Seguido ante la Corte Suprema.

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene** que concurre al rechazo del requerimiento teniendo presente únicamente el evidente tenor literal del artículo 20 de la Constitución Política de la República, por lo que conociendo de una acción constitucional de protección el tribunal competente puede decretar "todas" las medidas que estime convenientes para reestablecer el imperio del derecho y brindar la debida protección al afectado, sea en calidad de cautelares, actos de instrucción, medidas de investigación o de tramitación, medidas para mejor resolver o bien como órdenes específicas en la sentencia definitiva. Es evidente que en el artículo 20 de la Constitución se incluye la posibilidad de requerir antecedentes, pronunciamientos o informes de todo tipo a agentes estatales o a particulares que considere involucrados. Así, la atribución de determinar quién, cómo, cuándo y por qué se requieren informes tiene fuente constitucional, de eficacia inmediata y directa al tenor del artículo 6° de la Constitución Política, siendo la normativa cuestionada del Auto Acordado una mera especificación de tipo reiterativa. Así, es evidente que una declaración de inconstitucionalidad no podría tener el efecto de eliminar la atribución de determinar a quién y cuándo se requieren informes.

Al mismo tiempo, carece de toda razonabilidad el sostener que una acción de urgencia en el restablecimiento de derechos fundamentales, como lo es la de protección, no contenga para el tribunal facultades de requerir informes de terceros, a la vez que resulta paradójico y tautológico sostener que sea "inconstitucional" la existencia de tales requerimientos, que no son otra cosa que una manifestación de las atribuciones necesarias para aclarar cuestiones de hecho y derecho propias del deber de brindar tutela judicial efectiva.

Es así que este previniente considera que el requerimiento no debió haber sido declarado admisible, debiendo haberse resuelto ello en la etapa procesal correspondiente, reiterando en lo demás lo expresado en el voto de inadmisibilidad.

**SENTENCIA ROL 12.127-2021.** *Publicada el 18 de agosto de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 470, inciso primero, y 472, del Código del Trabajo. Palentina S.A. En el proceso ejecutivo laboral RIT J-59-2019, RUC 19-3-0349793-8, seguido ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó.

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que concurre a lo resuelto en la presente sentencia, teniendo presente lo razonado en los considerandos 1° a 4°, 6 a 9°, 35° a 37°, 44° y 45°, y teniendo presente las siguientes consideraciones:**

**1°.-** En el caso concreto existe una sentencia firme que declara la unidad económica, en los autos laborales RIT O-173-2018, seguidos ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó, por medio del cual se declaró explícitamente que las sociedades "Suazo Gómez S.A." y "Palentina

S.A." «*constituyen un solo empleador para efectos laborales y previsionales y que por lo tanto son solidariamente responsables de las obligaciones laborales y previsionales derivadas de la ley, los contratos de trabajo y los instrumentos colectivos de los trabajadores*».

**2°.-** Por otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva se define como *"aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión"* (Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, Derecho Constitucional, tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 2005). Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias.

**3°.-** Especial relevancia reviste dentro de sus elementos el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, sin el cual *"difícilmente podría hablarse de la existencia de un Estado de Derecho"* (Gregorio Cámara Villar, op. cit., pp.219). Este derecho subjetivo es parte integrante del conjunto de elementos del derecho a tutela judicial efectiva y debido proceso del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución. Así, las excepciones y limitaciones al derecho a la ejecución de resoluciones firmes, además de concretar la defensa del ejecutado, son ineludiblemente limitaciones a un derecho fundamental: el de ejecución de resoluciones judiciales firmes, de manera tal que esas limitaciones han de ser excepcionales y razonables, fundadas en motivos lícitos y tasadas, obedeciendo además a una reserva de ley, la de derechos fundamentales y en específico la de legalidad procedimental.

**4°.-** Que, en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que *"(…) la garantía de ejecución le es aplicable al cumplimiento de cualquier decisión que estime procedente el recurso disponible, como la del presente caso, de conformidad con lo anteriormente señalado. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento mediante la aplicación idónea de este. Por tanto, la efectividad de las providencias judiciales o de cualquier otra decisión conforme al artículo 25.2.c depende de su ejecución, la cual debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado. Asimismo, la Corte ha señalado que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia, la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora (…)"* (Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305. Párr. 244). En igual sentido, la misma Corte estimó que *"(…) la ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, inter alia, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, y estado de derecho. La Corte concuerda con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora (…)".* (Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228. Párr. 105. En el mismo sentido Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 210).

**5°.-** De tal forma, el derecho a la ejecución de sentencias firmes es parte del derecho a la tutela judicial efectiva, que se recoge y configura a partir de los incisos primero, segundo y sexto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política.

**6°.-** Además, la ejecución de resoluciones judiciales se presupone y recoge en la Constitución en el capítulo del Poder Judicial, al señalar como atribución de lo tribunales y parte de la función jurisdiccional el "hacer ejecutar lo juzgado" en su artículo 76, no siendo así una atribución de las partes de un juicio determinar libremente si cumplen o no una sentencia.

**7°.-** Así, el mérito ejecutivo de una sentencia no solo se configura a partir de lo que el legislador disponga, sino que tiene su fundamento en dos normas constitucionales, el numeral 3° del artículo 19 y además el artículo 76, que mandata a "ejecutar lo juzgado", motivo por el cual la sentencia es un título ejecutivo con caracteres especiales al estar reconocida en la propia constitución como habilitante para una ejecución en sede jurisdiccional.

**8°.-** De tal forma, la ejecución de resoluciones firmes es, a la vez, una garantía del Estado de Derecho, una garantía de eficacia de la función jurisdiccional, una manifestación de la interdicción de la autotutela y un derecho de la parte ejecutante.

**9°.-** Que, otra cosa es la determinación de cuál es el plazo de prescripción de las acciones ejecutivas, en función de las diversas reglas que el Código del Trabajo establece para cada una de ellas, cuestión que es propia de la órbita de atribuciones exclusivas del tribunal del fondo.

**10°.-** En tal sentido, en casos como el de la gestión invocada, el examen del título para determinar si tiene fuerza ejecutiva o no es bastante menos relevante que en un juicio ejecutivo ordinario, pues nos encontramos frente al procedimiento de cumplimiento ejecutivo del principal título habilitante pata la tutela de ejecución: una sentencia firme y no otros títulos ejecutivos de fuente no jurisdiccional que pudiesen ser tenidos como equivalentes jurisdiccionales.

**11°.-** A su vez, en todo juicio ejecutivo, al determinar si se da o no curso a la ejecución, el tribunal tiene el deber de examinar de oficio si la acción está o no prescrita, debiendo denegar la ejecución de oficio si aparece de manifiesto que ya operó la prescripción de la acción. En este sentido, el rol de un tribunal en la ejecución es diferente al que le corresponde al sustanciador de un proceso declarativo, pues en la ejecución el tribunal puede y debe declarar de oficio la prescripción de la acción al momento de examinar el título si es que efectivamente está prescrita. En cambio, en sede declarativa, la prescripción solamente puede declararse si es alegada por la parte. A su vez, el procedimiento ejecutivo laboral reconoce un elemento adicional: el impulso procesal es de oficio, lo cual es un motivo adicional que refuerza el rol del tribunal ya señalado.

**12°.-** Por otra parte, existencia de normas especiales y limitaciones de excepciones en ejecuciones regidas por leyes especiales no son per se contrarias a la Constitución Política, debiendo examinarse en qué consiste cada una de ellas y cuál es la razón de su existencia para poder determinarse su constitucionalidad. En el mismo sentido, siendo la inaplicabilidad un control de carácter concreto, la gestión invocada con sus elementos de hecho, derecho y estado procesal serán esenciales y relevantes para determinar si se produciría o no el potencial efecto contrario a la Constitución que denuncia la parte requirente, en los términos del numeral 6° de su artículo 93. En efecto, cabe señalar que, en materia de limitación de excepciones en ejecuciones, diversas normas de ese tipo han sido conocidas por este tribunal, sin que necesariamente se declaren inaplicables de manera genérica.

**13°.-** Que, por todo lo expuesto, el requerimiento ha de ser rechazado.

[…]

## 5.c. Derecho de defensa.

**SENTENCIA ROL 9729-2020.** *Publicada el 25 de marzo de 2021.*

Artículo 31, inciso primero, de la Ley N° 19.913, que crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos. Ricardo Andrés Vallejos Palacios. En el proceso RUC N° 190092067-6, RIT N° 471-2020, seguido ante el juzgado de garantía de San Carlos.

**VOTO MAYORÍA**[5]

[…]

**PRIMERO**.- Que, en la especie, se objeta la constitucionalidad del inciso primero del artículo 31 de la Ley N° 19.913, en cuanto permite tramitar una investigación por lavado de activos en forma "secreta", respecto del imputado y demás intervinientes, "cuando así lo disponga el fiscal". Añade la ley que este secreto puede prolongarse hasta por seis meses, plazo renovable "con autorización del juez", por una sola vez y por igual término.

La cuestión se suscita en el curso de un proceso criminal, donde primeramente se aplicó la norma general sobre secreto del artículo 182 del Código Procesal Penal, y luego se utilizó la norma especial del artículo 31 de la Ley N° 19.913;

**SEGUNDO**.- Que se cuestiona esta última disposición por las mismas razones que habrían justificado reclamar la inconstitucionalidad de la primera; amén que ambas disposiciones ya han recibido íntegra aplicación en el proceso de que se trata, agotando sus efectos, lo que amerita declarar improcedente el presente requerimiento de inaplicabilidad, acorde con los antecedentes allegados al proceso con posterioridad a su admisibilidad y conforme a lo previsto en el artículo 84, inciso primero, N° 5 de la Ley N° 17.997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

Si bien una sentencia estimatoria o de acogimiento en sede de inaplicabilidad está llamada a producir efectos ex tunc en la gestión judicial pendiente, este fallo no puede recaer sobre un proceso -aun estando pendiente- en que la cuestión específicamente planteada ya se encuentra clausurada;

**TERCERO**.- Que, sin perjuicio de lo anterior, de estimarse en sede judicial que alguna de las normas señaladas podría recuperar vigencia en la indicada causa penal, expresado ello en alguna actuación concreta, nada obsta que las partes que se sientan amenazadas o perturbadas en sus derechos por la aplicación inminente o actual de la ley procesal, puedan entablar un nuevo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Lo que hace propicia la ocasión para recordar los criterios generales que han informado la jurisprudencia constitucional, en torno al secreto o reserva con que la ley permite tramitar algunos procedimientos administrativos o propiamente penales;

**CUARTO**.- Que el primero de ellos ha sido reconocer que el proceso público constituye un derecho que le asiste al encartado, al formar parte integrante del derecho a defensa jurídica asegurado -en el marco de un procedimiento justo y racional- por el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental. A lo que se suma el principio de publicidad consagrado en el artículo 8°, inciso segundo, del mismo texto supremo, que asimismo permite al afectado acceder a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, a sus fundamentos y a los procedimientos que le conciernen.

Acredita su carácter de derecho emanado de la dignidad intrínseca de las perdonas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando, tocante a las "Garantías judiciales", consigna

5 Redactado en conjunto con los Ministros Sres. Iván Aróstica Maldonado y Nelson Pozo Silva.

justamente que "El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia" (artículo 8°, N° 5);

**QUINTO**.- Que, en este contexto, no podría sin más cuestionarse una ley por el solo hecho de contemplar parcial y temporalmente el secreto o reserva de una investigación, desde que ello lo permite expresamente la misma Constitución en el citado artículo 8°, inciso segundo: cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos estatales competentes, los derechos de terceros, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Se trata, pues, de una limitación al derecho a defensa. Pero, que por disposición expresa del artículo 83, inciso tercero, constitucional, y dado que su aplicación restringe o perturba el ejercicio de los derechos que la propia Constitución asegura, requiere siempre de aprobación judicial previa. Es este un imperativo jurídico que ha de operar por el solo ministerio de la Ley Suprema, directa e inmediatamente, sin requerir necesariamente la mediación de algún precepto legal. Así lo ordena, por lo demás, el artículo 9° del Código Procesal Penal.

En el fondo, como ha entendido esta Magistratura en otras ocasiones, es la imposibilidad en que se encuentra una persona -precisamente por falta de noticia del acto que lo afecta- para entablar alguna acción de tutela constitucional, lo que explica la operatividad ex *officio* de esta garantía, consistente en la autorización judicial previa, ejerciendo de tal forma los tribunales las facultades conservadoras que les confieren los artículos 3° del Código Orgánico y 10 del Código Procesal Penal;

**SEXTO**.- Que, sin perjuicio de lo anterior, debe subrayarse que, como toda limitación, el secreto o reserva legal en ningún caso puede llegar hasta afectar en su esencia el derecho a defensa, al amparo del artículo 19, N° 26, de la Constitución.

De donde deriva la compensación debida al afectado, a quien se le haya causado un daño procesal injustificado por habérsele privado la posibilidad de ejercer legítimamente y en plenitud -en su momento- el derecho a defensa. Especialmente cuando el secreto o reserva no resulte a la postre fundado en una causal de bien común ni haya obedecido a un motivo justo y racional, o haya redundado en una ventaja indebida para el persecutor fiscal, impidiéndole al imputado hacer valer alguna chance u oportunidad de defensa plausible o dejándolo en una posición jurídica desmedrada.

En esta lógica, la autorización previa del juez conlleva necesariamente el control judicial posterior, comoquiera que dicha aprobación preliminar no da lugar a una facultad absolutamente libre e incondicionada, que enerve las potestades conservadoras del órgano jurisdiccional;

**SÉPTIMO**.- Que, en todo caso, entender que la aplicación estricta del Código Procesal Penal impide operar las garantías constitucionales antedichas, obviamente conforma una situación que solo podría corregir el Tribunal Constitucional, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad al amparo del artículo 93, inciso primero, N° 6 de la Carta Fundamental.

Con estos alcances, procede de momento declarar improcedente el requerimiento planteado en autos.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA POR IMPROCEDENTE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1. OFÍCIESE.**

**II. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

**SENTENCIA ROL 13.802-2022.** *Publicada el 9 de junio de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de las frases "cuando lo interpusiere el Ministerio Público por la exclusión de pruebas decretada por el Juez de Garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente", contenida en el artículo 277, inciso segundo; en relación al artículo 276, inciso primero, del Código Procesal Penal. Gonzalo de Jesús Bustamante Masana. En el Proceso Penal RIT N° 1467-2019, RUC N° 1701075699-5, seguido ante el Juzgado de Letras y Garantia de Peumo, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Rancagua, por recurso de hecho, bajo el Rol N° 1641-2022 (penal).

**VOTO MAYORÍA**

[…]

**I. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO CONCRETO.**

**PRIMERO**.- Eduardo Andrés Bermúdez Vegara, abogado, en representación de don Gonzálo de Jesús Bustamante Masana, deduce requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 277 inciso segundo del Código Procesal Penal, particularmente respecto de la frase "cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el cinciso tercero del artículo precedente" en relación con el artículo 276 inciso primero del Código Procesal Penal, pues según expone el requirente, su aplicación en el caso concreto devendría en la infracción de los artículos 1, 19 Nº 2 y 3 de la Constitución Política; así como también respecto de los artículos 1.1, 8.2 letra h) y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en aplicación del artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de Chile.

**SEGUNDO**.- El requirente precisa que el requerimiento de Inaplicabilidad se deduce en el contexto del recurso de hecho, que se tramita ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua -Ingreso Corte Nº 1641-2022-, en contra de la Resolución dictada con fecha 07 de noviembre del 2022, por el Juzgado de Letras, Familia y Garantía de Peumo, en sus autos RIT 1467-2019, como consta en certificado acompañado a fs. 27.

La gestión en que incide este requerimiento está pendiente de resolución un recurso de hecho, habiéndose rechazado previamente, en etapa de admisibilidad, la apelación deducida contra la resolución que da lugar a la exclusión de pruebas ofrecida por la defensa en audiencia de preparación del juicio oral.

**TERCERO**.- En este orden, cabe señalar que el requirente estima que la aplicación del precepto impugnado deviene en inconstitucional toda vez que ella:

## Infringe los artículos 1, 19 Nº 2 de la Constitución Política:

**(I) Se produce una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar.** En este sentido, la requirente sostiene que el precepto impugnado no ha señalado la imposibilidad absoluta de apelación de la resolución del juez de garantía, sino que estableció una diferenciación entre el Ministerio Público y el imputado, en relación con la apelación de la exclusión de prueba por el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal. Ante igual situación, a su juicio, la norma impugbnada privilegia al persecutor público por sobre el imputado. En este sentido, el actor señala que el precepto impugnado no satisface el estándar previsto por la Convención Americana de Derechos Humanos, pues se reconoce al

Ministerio Público de forma exclusiva y excluyente un recurso de apelación, en perjuicio de quien debe enfrentar los cargos que se formulan en su contra, que no tiene mecanismo alguno de impugnación en doble instancia ante un Tribunal Superior.

En este orden, el actor señala a fs. 20, que el artículo 12 del Código Procesal Penal reconoce la calidad de intervinientes tanto al Ministerio Público como al imputado y al defensor. Si bien la ley establece diferencias en cuanto a derechos, atribuciones y funciones de cada interviniente dentro del proceso penal, el sistema acusatorio también supone que la defensa debe tener las mismas herramientas de prueba e impugnación que le permitan desvirtuar los cargos que contra el imputado puede presentar el órgano persecutor. En este orden, argumenta que una norma adjetiva de rango legal, inferior a la norma constitucional aludida, genera supremacía del Estado, representado por el Ministerio Público, al permitir que éste pueda apelar de la resolución que excluye prueba, más no a la defensa.

**(II) La diferencia carece de fundamentos razonables y objetivos**. En materia procesal penal, la regla general es la posibilidad de impugnar las resoluciones judiciales, vía apelación o nulidad, sobre todo tratándose de las decisiones del Juez de Garantía, resguardando asíla doble conformidad en el ejercicio del ius puniendi, tratándose de la instrucción de la investigación;

**(III) El presupuesto no es idóneo para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador.** Para ello argumenta que (a) el recurso de apelación en materia procesal penal tiene como regla general el control recursivo, ya sea por vía de apelación o nulidad; (b) El recurso de nulidad impide una doble revisión de los hechos y el derecho que otorgue una certdumbre en lo que respecta a la exclusión de pruebas; (c) No sería un fundamento suficiente señalar que la exclusión de pruebas y su impugnación vía recurso de apelación implicaría una dilación del proceso penal. No obstante, si ello fuera así, no se justificaría la posibilidad exclusiva que tiene el Ministerio Público para apelar, toda vez que ello provocaría el mismo efecto que si fuera deducido por la defensa.

**B. En lo que respecta a la supuesta infracción del artículo 19 Nº 3 de la Constitución.** El actor precisa que es relevante considerar la importancia o irrelevancia de la prueba en el proceso penal y, por derivación, de la apelación que pueda proceder respecto de su exclusión. Añade, en relación con aquellos que pregonan el rechazo de esta impugnación, argumentan que el imputado al gozar con la presunción de inocencia, no está obligado ni necesita prbar nada en el proceso, lo que justificaría la improcedencia de la apelación; sin embargo, haciendo referencia a la STC Rol 11.430-2021, C 13º, refiere que la presunción de inocencia "más que un privilegio específico adicional del imputado, es una exigencia mínima de cualquier proceso penal que sea racional y justo. De hecho, hay a lo menos dos aspectos procesales reconocidos en el Código que no debieran llamar la atención (a) la actividad probatoria del imputado y (b) la posibilidad de apelación de una resolución que excluya prueba y, de forma más general, la apelación como posibilidad recursiva natural de resoluciones de un juez unipersonal".

## II. ESTA MAGISTRATURA HA CONOCIDO REQUERIMIENTOS ANÁLOGOS

**CUARTO**.- Que, respecto del artículo 277 del Código Procesal Penal, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de la disposición legal citada, emitiendo pronunciamientos estimatorios y otros desestimatorios.

A la fecha, se registran más de veinte sentencias – entre las cuales es posible destacar las sentencias roles 13.570, 11.250, 11.430, 10.205, 10.177, 9.400, entre otras, todas en las cuales el requerimiento es acogido-, que muestran que esta Magistratura Constitucional se ha pronunciado respecto de ambas frases impugnadas en autos, es decir, no sólo de la frase "cuando

lo interpusiere el Ministerio Público", sino también de la frase "de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente".

## III. LA FASE INTERMEDIA Y LA RELEVANCIA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

**QUINTO**.- Que, el precepto legal cuestionado se vincula directamente con la impugnación de la resolución con la que concluye la fase intermedia del proceso penal ordinario, la cual no es otra que el auto de apertura del juicio oral.

En este sentido, tal como lo ha concordado la doctrina, la etapa intermedia es "una sucesión de actos procesales que presentan finalidades particulares a partir de un objetivo general que es servir de eslabón entre la fase de investigación del procedimiento y la fase de juicio oral" (Vera Sánchez, Juan (2017). Naturaleza jurídica de la fase intermedia del proceso penal chileno. Un breve estudio a partir de elementos comparados. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIX, p. 146).

La fase intermedia, en nuestro ordenamiento procesal penal, se concentra principalmente en la audiencia denominada de preparación de juicio oral. En cuanto a las funciones de esta fase, la doctrina ha reseñado que aquella tiene dos grandes funciones: i) perfeccionar y mejorar los actos procesales y del procedimiento necesarios para la celebración del juicio oral, y ii) preparar y depurar el acervo probatorio abstracto que se transformará en el acervo probatorio concreto a través de la rendición e incorporación de los medios de prueba en el juicio oral (Vera Sánchez (2017) pp. 158-159);

**SEXTO**.- Que, siendo así, la fase intermedia, que concluye con la dictación del auto de apertura de juicio oral, resulta determinante en orden a los medios de prueba que habrán de ser rendidos en el juicio oral pertinente. En este sentido, destaca la doctrina que, desde el punto de vista del diseño estructural, es esta función "la que le otorga verdadera importancia a la fase intermedia del procedimiento ordinario", realizándose en ella "una verdadera labor de depuración de los antecedentes probatorios existentes (filtración o lixiviación probatoria) principalmente obtenidos en la fase de investigación o instrucción" (Vera Sánchez (2017) p. 163). Es por ello que el legislador, en el artículo 277 del Código Procesal, determinó que aquel ha de indicar "Las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral";

**SÉPTIMO**.- Que, la directa relación que existe entre el auto de apertura con la prueba que habrá de ser rendida posteriormente en el juicio oral resulta fundamental, desde la posición de las partes, respecto a cómo enfrentarán el enjuiciamiento penal. Y es que, desde antiguo, se ha reconocido bajo la forma de un brocardo universalmente difundido, que "Toda la fuerza del proceso está en la prueba" (Iudicii tota vis in probatione inest).

El resultado de la etapa intermedia es importante tanto para la realización regular del posterior juicio como para el resultado final del mismo. Como señala la doctrina, la fase intermedia presenta un carácter jurisdiccional "donde lo decidido en materia probatoria igualmente puede condicionar el resultado del juicio", donde lo decidido en ella "también incide en los presupuestos de la decisión jurisdiccional del fondo del asunto. Piénsese, por ejemplo, que una prueba excluida por ilicitud en la audiencia de preparación de juicio oral (…) no puede ser incorporada válidamente al juicio oral ni tenida como prueba que sirva para acreditar el supuesto de hecho de la norma jurídica que se discute aplicar. Desde esta perspectiva, aun cuando la fase intermedia sea un "interin" entre la fase de investigación y la de juicio oral, lo cierto es lo que discutido y decidido en ella puede condicionar directa e indirectamente el resultado final del pleito" (Vera Sánchez (2017) pp. 142-143). O como se ha afirmado, en otros términos, respecto

de la resolución que cristaliza la fase intermedia, "se trata de una resolución esencial, de cuya adecuada adopción dependerá el éxito del propio juicio oral" (Carocca Pérez, Alex (2005). El nuevo sistema procesal penal. Santiago: Lexis Nexis, p. 216);

## IV. EL CARÁCTER ADVERSARIAL DEL PROCESO PENAL Y FACULTADES DE LOS INTERVINIENTES RESPECTO DE LA PRUEBA

**OCTAVO**.- Que, asimismo, no puede perderse de vista que el precepto legal impugnado se inserta en un proceso penal del tipo adversarial, lo que es relevante, pues supone la existencia de partes encontradas que postulan, fundan y defienden su teoría del caso en un ejercicio de necesario contraste y contradicción de alegaciones, defensas y pruebas, desde el cual emergerá una verdad procesal.

Como ha destacado la doctrina, "la reforma al proceso penal en Chile implicó generar un cambio radical en el sistema de justicia penal, reemplazando el sistema inquisitivo vigente por casi un siglo, por uno del tipo adversarial y acusatorio, con igualdad de condiciones para las partes litigantes, enfrentando al acusador y al acusado en un proceso imparcial, donde la figura del juez se reserva la función de juzgar y fallar de acuerdo al mérito de las pruebas presentadas por las partes, resolviendo como tercero imparcial y con arreglo a un sistema de valoración de la prueba de sana crítica. (Maturana Miquel, Cristián; Montero López, Raúl (2010). Derecho procesal penal. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot Legalpublishing, p. 157)

Se ha remarcado igualmente, que "En el sistema adversarial chileno se enfrentan ante el Tribunal de Juicio Oral en lo penal, por regla general, dos contendores, conducidos por un régimen procesal que enfatiza la idea de la igualdad de derechos a la espera de la decisión. (Tavolari Oliveros, Raúl (2005) Instituciones del nuevo proceso penal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 265);

**NOVENO**.- Que, en esa posición enfrentada, cada una de las partes tiene el derecho a proponer la prueba que justifica los extremos de su teoría del caso. En este sentido, corresponde señalar que, al Ministerio Público, por una parte, al formular su acusación, le viene exigido "El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio", cuestión que es parte integrante del derecho a defensa y de las garantías del racional y justo procedimiento, ambos establecidos como estándares mínimos de validez del juicio penal en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución.

En tal sentido, y siendo el sujeto pasivo del proceso penal, luego de formulada la acusación, surgen determinadas facultades para el acusado, tendientes a la concreción y ejercicio de su derecho a defensa, y ese haz de facultades las habrá de ejercer hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito, o al inicio de dicha audiencia, en forma verbal. Dentro de ellas, en la materia que nos ocupa, aquel puede "Exponer los argumentos de defensa que considere necesarios y señalar los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral solicitare, en los mismos términos previstos en el artículo 259" (artículo 263, letra c), Código Procesal Penal), cuestión que es elemental parte del derecho a controvertir la imputación que se le formula y defenderse de ella, sosteniendo una teoría del caso distinta de la imputación, teniendo no solo el derecho, sino también la carga procesal de ofrecer prueba para acreditarla.

Luego, en el seno la audiencia de preparación de juicio oral, el legislador franquea la posibilidad de debatir sobre las pruebas ya ofrecidas por las partes, al disponer que "Durante la audiencia de preparación del juicio oral cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276" (Articulo 272, Código Procesal Penal);

**DÉCIMO**.- Que, las precitadas disposiciones del Código Procesal Penal, desde la perspectiva del acusado, concretan su derecho a proponer pruebas para ser luego consideradas en el juicio oral, como también, la de confrontar el ofrecimiento de prueba realizado por el acusador, bajo el expediente de presentar solicitudes, observaciones y planteamientos respecto de aquella.

Y es que, pese a que el imputado goza de la presunción de inocencia, lo que se traduce en una exigencia mínima de cualquier proceso penal que se precie de racional y justo, ello no implica que aquel no tenga la necesidad, o mejor, el derecho de probar en el juicio, toda vez que la actividad probatoria de la defensa no se puede entender reducida a simplemente negar los hechos imputados o sentarse a contemplar la rendición de la prueba de cargo con la sola posibilidad de observar y objetar, sino que en el marco de un juicio dotado de un verdadero y completo contradictorio, la defensa puede plantear su propia teoría del caso, con consideraciones de hecho y derecho distintas de las que fundan la imputación, lo cual es obvio pues la finalidad de la teoría del caso de la defensa es totalmente distinta a lo perseguido por el órgano penal público, lo que puede tener influencia determinando no sólo para determinar si ha ocurrido o no el hecho o si se ha cometido o no un delito, sino también para determinar si procede o no el reconocimiento judicial de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal o una re calificación de los hechos.

Así, es claro que:

» La formulación de una teoría del caso distinta de la de la fiscalía es parte integrante del contenido esencial del derecho a defensa.

» La teoría del caso tiene elementos de hecho y derecho.

» La eficacia de la defensa impone el derecho y la carga procesal de probar los elementos de hecho de la teoría del caso, y el proceso debe ser apto para ejercer el derecho a defensa en esa dirección;

## V. DE LAS POTESTADES DEL JUEZ DE GARANTÍA EN RELACIÓN CON LA PRUEBA OFRECIDA.

**UNDÉCIMO**.- Que, luego, el artículo 276 del CPP consagra las facultades del juez de garantía respecto de la prueba propuesta por los intervinientes. Dispone, en síntesis, que el juez, luego de examinar las pruebas ofrecidas y oídos los intervinientes, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral:

a. Las pruebas manifiestamente impertinentes;
b. Las que tuvieren por acreditar hechos públicos y notorios.
c. Las que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Igualmente, podrá reducir la prueba testimonial y documental cuando ella produzca efectos puramente dilatorios en el juicio oral;

**DUODÉCIMO**.- Que, la doctrina ha entendido por prueba impertinente, aquella diligencia probatoria "que no guarda relación alguna ya sea con los hechos esenciales que fundamentan la notitia criminis, ya sea con algún hecho indirecto que tenga alguna relación con el hecho principal. Por otro parte, también se considera impertinente por parte de la doctrina la que recae sobre hechos que no presenta ninguna relación lógica o jurídica con el medio de prueba que se ofrece. En sentido contrario sería pertinente la prueba que sirve para ponderar la eficacia de otros medios de prueba o, como denominan los autores, aquellos supuestos de prueba

auxiliar" (Vera Sánchez (2017) p. 163). Ahora bien, el Código Procesal Penal se refiere a pruebas "manifiestamente impertinentes", lo que obligatoria según la doctrina, al Juez de Garantía a admitir prueba "cuya impertinencia no fuere clara o manifiesta, por ser preferible ello frente a las consecuencias adversas que podría tener que soportar el Tribunal del Juicio Oral ante una decisión errada al respecto" (Vera Sánchez (2017) p.164).

Resulta interesante esta última reflexión, pues más allá de la conclusión natural de que para el litigante la exclusión de prueba ofrecida puede afectar sus posibilidades de defensa, advierte que aquella puede repercutir negativamente en el Tribunal de Juicio Oral, encargado del enjuiciamiento penal propiamente tal.

En efecto, la consagración y ejercicio de tales atribuciones en nombre de la economía procesal tiene límites, siendo lesivo del ejercicio del derecho a defensa que en su nombre se recorte o cercene la prueba propia de la teoría del caso formulada, pues la misma no llegará a ser rendida en el juicio oral y el tribunal no podrá entonces ponderarla ni menos razonar sobre ella para el establecimiento de los hechos del juicio, cercenando además el derecho de rendir prueba en juicio en tanto elemento integrante del racional y justo procedimiento reconocido constitucionalmente;

**DECIMOTERCERO**.- Que, el fundamento principal que se esgrime para excluir la prueba impertinente "es la economía procesal, de forma de evitar una dilación innecesaria de la rendición de prueba. Por otro lado, en un sentido epistemológico, la prueba impertinente dificulta, además, la valoración "coherencial"-o si se quiere valoración global- de los medios de prueba respecto de la apreciación del grado de confirmación de la hipótesis inculpatoria, de momento que tendrían un difícil encaje en el relato de lo sucedido. Desde esta perspectiva, se entorpece o dificulta la valoración holística de la prueba en un sentido lato como una prueba sobreabundante o dilatoria derivada de su impertinencia" (Vera Sánchez (2017) p.164);

**DECIMOCUARTO**.- Que, igualmente, el juez puede excluir aquella prueba que pretenda acreditar hechos públicos y notorios. Se afirma que "Tienen tal carácter, primero, los hechos generalmente conocidos, como los sucesos de la naturaleza (un temporal, un eclipse de luna) y los acontecimientos históricos (el asesinato de judíos, gitanos, disidentes y resistentes en campos de concentración y exterminio durante la 2a Guerra Mundial) así como, en general, todos aquellos hechos de los cuales "normalmente tienen conocimiento las personas sensatas o sobre los que ellas se pueden informar en fuentes confiables (mapas, enciclopedias y similares)". Si existe duda sobre el carácter público o notorio del hecho, corresponde ordenar su prueba a fin de no afectar la libertad de valoración del hecho por parte del tribunal del juicio" (Horvitz, María Inés/López, Julián (2004). Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica, pp. 46-47)

De manera que, la ley contempla dos hipótesis de exclusión probatoria que se encuentran vinculadas entre sí. "Se trata de la prueba proveniente de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas, y de aquella que hubiere sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. En el primer caso, para excluir la prueba se requiere que, previamente, exista una resolución judicial que haya declarado la nulidad de la actuación o diligencia con ocasión de la cual se obtuvo la evidencia, de conformidad a los artículos 159 y siguientes del Código Procesal Penal. En el segundo caso, no se plantea tal exigencia formal previa. En ambos casos nos encontramos en el ámbito de lo que la doctrina denomina prueba ilícita, esto es, evidencia obtenida con inobservancia de garantías fundamentales" (Horvitz/López (2004) p. 49).

Ergo, se consagra la facultad del juez respecto a la "reducción" de la prueba, que se refiere a aquella propuesta con propósitos dilatorios;

**DECIMOQUINTO.**- Que, como se ha observado, la audiencia de preparación del juicio oral, y particularmente la determinación judicial de excluir prueba es realmente importante y de gran trascendencia para el desarrollo y desenlace del juicio penal.

Aquella decisión de exclusión de prueba, conforme se ha explicado, es adoptada por un tribunal unipersonal, aplicando parámetros de contornos poco precisos, en una apreciación valorativa de la teoría del caso antes del juicio, usando estándares como las nociones de impertinencia (que además debe ser manifiesta) o bien sobreabundancia, encontrándose aquella exenta de control efectivo y límite objetivo, salvo en un supuesto y para uno de los litigantes, pues solamente es el ministerio público quien, por una sola hipótesis, y solo para prueba de cargo, goza de la posibilidad de someter a control tal exclusión.

Así, la aplicación del precepto cuestionado, en conexión con el régimen de exclusión de prueba del artículo 276 del mismo Código, pueden eventualmente generar efectos contrarios a la Constitución, al hacer estéril e imposible de probar en juicio la teoría del caso de la defensa, vulnerando así el mandato de inviolabilidad de la misma;

## VI. LA POSIBILIDAD DE PRESENTAR PRUEBAS COMO PARTE DEL DEBIDO PROCESO. CONTROL JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN QUE SE PRONUNCIA SOBRE SU PROCEDENCIA.

**DECIMOSEXTO.**- Que en armonía de lo anteriormente expuesto, no puede perderse de vista que como lo ha sostenido reiteradamente esta Magistratura, dentro de la garantía constitucional de un proceso racional y justo, artículo 19 N°3, inciso sexto, se encuentra la posibilidad de presentar pruebas e impugnar las que otros presenten (STC 1411 c. 7) (En el mismo sentido, STC 1429 c. 7, STC 1437 c. 7, STC 1438 c. 7, STC 1449 c. 7, STC 1473 c. 7, STC 1535 c. 18, STC 1994 c. 24, STC 2053 c. 22, STC 2166 c. 22, STC 2546 c. 7, STC 2628 c. 6, STC 2748 c. 14, STC 2757 c. 40, STC 3107 c. 9, STC 3297 c. 13, STC 3309 c. 3309, STC 3171 c. 28, STC 6399 c. 19, STC 7972 c. 56). O bien, en otros términos, es uno de los elementos jurisprudencialmente reconocidos como propios del debido proceso, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida (STC 478 c. 14) (En el mismo sentido, STC 576 cc. 41 a 43, STC 699 c. 9, STC 1307 cc. 20 a 22, STC 1448 c. 40, STC 1557 c. 25, STC 1718 c. 7, STC 1812 c. 46, STC 1838 c. 11, STC 1876 c. 20, STC 1968 c. 42, STC 2111 c. 22, STC 2133 c. 17, STC 2354 c. 23, STC 2381 c. 12, STC 2657 c. 11, STC 2697 c. 17, STC 2687 c. 14, STC 2799 c. 14, STC 2853 c. 16, STC 2757 c. 41, STC 2743 c. 24, STC 2791 c. 24, STC 2983 c. 4, STC 3107 c. 7, STC 3309 c. 28, STC 3119 c. 19, STC 3649 c. 7, STC 5219 c. 10, STC 5418 c. 17, STC 5419 c. 17, STC 6411 c. 11, STC 6962 c. 11, STC 4222 c. 48, STC 5121 c. 13, STC 4379 c. 5, STC 4533 c. 5, STC 4972 c. 5, STC 4988 c. 5, STC 5104 c. 5, STC 5778 c. 5, STC 5993 c. 5, STC 5613 c. 5, STC 5751 c. 5, STC 5979 c. 5, STC 5999 c. 5, STC 6108 c. 5, STC 6163 c. 5, STC 6473 c. 5, STC 6349 c. 5, STC 6353 c. 5, STC 6381 c. 5, STC 6508 c. 5, STC 6750 c. 5, STC 6941 c. 5, STC 7076 c. 5, STC 7228 c. 5, STC 7232 c. 5, STC 7233 c. 5, STC 7311 c. 5, STC 7398 c. 5, STC 7430 c. 5, STC 7606 c. 5, STC 3969 c. 8, STC 4434 c. 55, STC 7641 c. 30, STC 6611 c. 4, STC 7060 cc. 11 y 15, STC 7061 cc. 11 y 15, STC 3625 c. 30, STC 3938 c. 16, STC 3770 c. 35, STC 7203 c. 31);

**DECIMOSÉPTIMO.**- Que, si bien el Código Procesal Penal reconoce, como se ha visto, la posibilidad a los intervinientes de proponer prueba atingente a su teoría del caso y confrontar la proposición de prueba formulada por la parte contraria, no establece la posibilidad de revisión, salvo en un único supuesto y para uno de los que actúan en el proceso, de la determinación adoptada por el Juez de Garantía respecto de la prueba ofrecida, sea ante la exclusión de un medio por ella propuesto o la inclusión de un medio ofrecido por la contraria y cuya inclusión como prueba a rendir en el juicio oral se estima improcedente. El Código, luego de reconocerle

dichas facultades a los intervinientes, no consagra para todos ellos, la posibilidad de revisión sobre si fue correcta o no la desestimación por parte del Juez de Garantía, de la prueba ofrecida, encontrándose exentas de control resoluciones que no sólo pueden ser erradas, sino que incluso arbitrarias o injustas;

**DECIMOCTAVO.**- Que, en este sentido, es innegable que el legislador advirtió la necesidad de revisión del auto de apertura del juicio oral, constando en la historia del establecimiento del precepto que "Causó preocupación en la Comisión la norma contenida en el inciso segundo, que permite al juez rechazar pruebas sin que esta resolución pueda ser apelable, lo que podría significar dejar a una de las partes en la indefensión antes de empezar el juicio, especialmente en lo que dice relación con la prueba ilícita y aquellas que pueden estimarse dilatorias, porque van a quedar entregadas al criterio del juez de garantía sin revisión posterior...". (Historia de la Ley N°19.696. Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, p. 881).

Se convino en los términos aprobados del precepto legal, es decir, admitiendo la apelación en términos limitados, objetiva y subjetivamente, aduciendo únicamente un riesgo de "paralización del proceso", si se consagrase la apelación en términos amplios;

**DECIMONOVENO.**- Que, en concordancia con lo precedente, llama la atención la forma en que el legislador articuló la impugnación del auto de apertura, limitando la facultad de recurrir al tribunal a quem, sin embargo reconoce implícitamente, en términos subjetivos y objetivos, el efecto negativo que puede tener, para el acusado, la imposibilidad de impugnar la mentada decisión, al disponer que "Lo dispuesto en este inciso (segundo) se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales".

Es decir, consciente de la posibilidad de agravio, el legislador omitió disponer de un recurso inmediato y efectivo que permita la corrección de un eventual yerro, sometiendo al afectado a la prosecución del proceso bajo la expectativa de que una vez finito el mismo podrá eventualmente deducir un recurso de nulidad respecto de la sentencia definitiva. En este sentido, dispuso de un paliativo o mecanismo de impugnación indirecta, que no tiene ya por objeto el auto de apertura en el que se concretó el error, sino que tiene por objeto la decisión final, dejando entonces latente en el proceso un vicio que pudo haberse corregido en el momento en que se originó, lo que cuesta admitir como razonable desde la perspectiva de la lógica general y procesal.

De allí que inclusive aquella doctrina que ha defendido la regla del artículo 277 del Código Procesal, haya reconocido que "tal vez con mala conciencia, el legislador se ocupa de establecer que quedará a salvo "la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales" (art. 277 inciso final CPP)" (Horvitz/López (2004) p. 57). Sin embargo, en lo referido al mérito de este proceso y del conflicto constitucional a resolver, es necesario destacar que un recurso ordinario por simple agravio como es el de apelación no puede ser confundido con un recurso extraordinario por vicio específico, como lo es el recurso de nulidad, siendo su objeto y requisitos del todo diferentes. Además de ello, cualquier litigante y una eventual línea jurisprudencial podrían sostener que siendo el auto de apertura una sentencia interlocutoria que sirve de base a la sentencia definitiva, la licitud de la prueba ya fue litigada y resuelta con efectos permanentes en la audiencia preparatoria

**VIGÉSIMO.**- Que, conforme a lo asentando previamente, se ha expuesto por la doctrina que el artículo 277, en lo que atañe al régimen de impugnación del auto de apertura, circunscribe la impugnación a dos alternativas temporales: a) una inmediata y b) otra tardía. Al efecto, sostiene

que “Lo que he denominado la posibilidad de impugnación "inmediata" está representada por la expresa posibilidad que se confiere en el Código Procesal Penal, al Ministerio Público, para apelar de la decisión del juez de garantía que haya rechazado una prueba que pretendía producir en el juicio oral, bajo el fundamento de provenir de actuaciones o diligencias declaradas nulas o de haber sido obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales, esto es, de tratarse de una prueba ilícita”. Destacándola “en cuanto representa una modalidad poco común en el ordenamiento procedimental nacional. Sólo un interviniente -en los términos del Código- un litigante, diríamos de modo más genérico, tiene reconocida la aptitud legal para alzarse en contra de la decisión del juez de garantía, que, en consecuencia, deviene en firme o ejecutoriada a falta de tal impugnación, cuestión extremadamente relevante para el análisis posterior” (Tavolari Oliveros, Raúl (2005) Instituciones del nuevo proceso penal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 189-190)

Refiriéndose, luego, a la alternativa “tardía”, se afirma que “Materia distinta es que el legislador, teniendo presente la posibilidad de error o, simplemente, de criterios jurídicos diferentes, permita una modalidad impugnadora posterior (la que denominé "tardía"), no del auto de apertura del juicio oral mismo, sino de los efectos que, del criterio contenido en dicho auto, se hayan producido en la sentencia dictada en el juicio oral. Este es el sentido del inciso final del artículo 277, conforme al cual "...lo dispuesto en este inciso [que el auto sólo es apelable por el fiscal] se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales...", de donde resulta que los restantes intervinientes podrán impetrar la nulidad de la sentencia que en el juicio se dicte cuando, conforme a lo ocurrido en el auto de apertura del juicio oral, estimen que la sentencia agraviante que se haya pronunciado es fruto de un vicio del auto, que constituye alguna de las causales de procedencia de la nulidad, consagradas en los arts. 373 y 374 del Código.” (Tavolari Oliveros (2005) p. 190). Es en tal sentido que el recurso de nulidad y el de apelación no deben ser confundidos ni menos igualados, pues la desigualdad de armas es evidente el Ministerio Público goza de un recurso inmediato, flexible y ordinario respecto del auto de apertura: la apelación, que le permitirá llevar a juicio prueba excluida, mientras la defensa que sufre el cercenamiento de la prueba deberá ir a juicio oral sin la prueba que se le excluyó, y solo podrá utilizar al finalizar el juicio un recurso de nulidad, que tiene limitadas causales específicas y que es de estricto derecho, teniendo además mucha mayor rigidez en su interposición. Así, la aplicación de la norma de exclusión de prueba puede permitir que una defensa no pueda probar en juicio su teoría del caso, y la norma cuestionada además hace que una defensa no pueda defenderse de la exclusión de la prueba para el juicio oral, el que igual se realizará sin esas pruebas excluidas;

**VIGÉSIMO PRIMERO**.- Que, en tal aspecto, se ha advertido que los otros intervinientes distintos del fiscal se encuentran impedidos de impugnar directamente el auto de apertura, “no obstante lo evidente del perjuicio procesal que pueda derivar para las partes de aquella, en el entendido de que es en ésta en donde se fijan el objeto del proceso y del debate, tanto como los términos de lo que será la actividad probatoria que habrá de ser desplegada por las partes”. Agregándose que “Por otro lado, la existencia de un recurso de nulidad concedido parejamente para los intervinientes, vía por la que se puede llegar a conseguir la anulación incluso del auto de apertura – no obstante la privación de apelación directa sobre esta resolución – es una muestra de la falta de técnica procesal en el diseño recursivo y lo contradictorio de los preceptos, pero no se puede pretender hacer derivar de esta contradictoria regulación un apoyo a la norma del artículo 277 CPP” (Del Rio Ferretti, Carlos (2013). Cuatro reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2330-12-INA, Requerimiento de inaplicabilidad

por inconstitucionalidad del inciso segundo del art. 277 CPP. En Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales Vol. II (2013), N°2, p. 100).

## VII. INFRACCIÓN A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

**VIGÉSIMO SEGUNDO**.-Que, el principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 19 N°2 constitucional prohíbe todo privilegio en favor de una persona o grupo, como también la consagración de alguna diferencia arbitraria, sea por la ley o por alguna autoridad, entendiendo por tal aquellas distinciones que carezcan de una justificación razonable.

De manera que, tratándose de un proceso en que las partes tienen que fundamentar sus defensas y alegaciones, conforme a los medios probatorios pertinentes, la exclusión de uno de ellos puede resultar perjudicial en el sostenimiento de su teoría del caso, como ya se ha expuesto previamente en esta sentencia;

**VIGÉSIMO TERCERO**.- Que, en el marco de un proceso penal, no puede perderse de vista que el acusado arriesga la aplicación de penas que pueden significar la privación de su libertad, de modo resulta especialmente gravoso el no permitirle la revisión de la marginación de la prueba ofrecida por él y que resulta necesaria para sustentar su teoría del caso, ciertamente constituye una afectación no sólo al derecho de defensa y priva de eficacia también al derecho a presentar pruebas como elemento del debido proceso, sino que constituye un trato desigual rayando en la arbitrariedad, puesto que no se advierte la justificación requerida que dote de razonabilidad a la decisión de permitir al Ministerio Público interponer recurso de apelación contra la resolución que le excluya su prueba, y la norma jurídica no permita impugnar esa resolución a los demás intervinientes.

Se constata una diferencia de trato carente de justificación constitucionalmente admisible;

**VIGÉSIMO CUARTO**.- Que, respecto de lo precedente, cabe advertir que el proyecto de ley original que contenía el Código Procesal Penal no contemplaba el recurso de apelación en esta materia. Sin embargo, posteriormente se estableció en favor del Ministerio Público solamente, aduciendo como justificación, según se ha visto expuesto, el supuesto riesgo de paralización del proceso.

Dicho fundamento no justifica razonablemente la diferencia consagrada. Como ya lo ha expuesto este Tribunal, entre otras, en STC Rol N°5666, considerando 34°, "se trata de una fundamentación que, ante un reconocido riesgo de indefensión en un juicio (que puede derivar en la privación de libertad de la parte a la cual se limita su capacidad de defensa activa) se opone como valor preponderante el evitar el riesgo de dilación procesal. No se proporciona argumentación adicional alguna que, en aquel momento, haya permitido vislumbrar con algún grado de especificidad la probabilidad y magnitud del riesgo de parálisis del proceso. Es más, incluso de aceptarse como pertinente la disyuntiva recién mencionada y, en su caso, el mayor peso que merecería el valor de la celeridad o no dilación (lo que este Tribunal desestima), la Comisión ni siquiera consideró como elemento de juicio en su casi nulo análisis el potencial dilatorio de establecer un recurso a favor sólo del Ministerio Público" (STC Rol N°5666, considerando 34°).

A mayor abundamiento, como se expuso también en la STC Rol N°5666, considerando 35°, "el hacer descansar la posibilidad de revisión judicial (caso del recurso de nulidad) sólo una vez que el juicio ha concluido (mucho tiempo después) y no en una etapa procesal preliminar como lo es el auto de apertura del juicio oral (sólo disponible para el Ministerio Público) se corre el riesgo, incluso, que haya mayor demora. Tal situación ocurriría si la Corte Suprema ordena la nulidad del auto de apertura del juicio oral en lo penal y la realización de un nuevo juicio, con inclusión de la prueba que se había excluido" (STC Rol N°5666, considerando 35°).

Constatación esta última que refuerza, por cierto, la ausencia de racionalidad de la norma que limita la recurribilidad subjetiva del auto de apertura del juicio oral;

**VIGÉSIMO QUINTO.**-Que, sin perjuicio de que el legislador consideró únicamente la no dilación como fundamento para construir el sistema recursivo del auto de apertura del juicio oral, resulta necesario referirse a una justificación enarbolada en ocasiones anteriores, con base a la consideración de la sistemática que rige el proceso penal vigente, no resulta suficiente para desvirtuar las razones de la inaplicabilidad.

Por una parte, que la apelación sea excepcional en el contexto del proceso penal, cuestión que se vincularía con el funcionamiento mismo del sistema, que supone que el juzgamiento sea público, oral y basado en la inmediación, no permite justificar razonablemente la limitación impuesta con la impugnación de una resolución previa al juzgamiento penal propiamente tal, pero determinante para aquel, que no es otro que la determinación de las pruebas que habrán de ser rendidas en ese juicio público, oral y marcado por la inmediación. Los inconvenientes que presenta la apelación respecto de la reproducción del juicio penal, con las anotadas características, no concurren respecto de la impugnación de una resolución que se pronuncia sobre una cuestión esencialmente técnica, cual es la determinación de las pruebas que habrán de producirse durante el juzgamiento, conforme a criterios predispuestos legislativamente. De más está decir que en la audiencia de preparación de juicio, la prueba no se rinde, sino que simplemente, se propone y el juez, conforme a los criterios legalmente establecidos, determina si aquella podrá ser rendida en el posterior juicio. Sin embargo, la exclusión de una prueba puede ser determinante para el interviniente, y de ello puede seguirse, sin duda, una sentencia que resulte contraria a su teoría del caso;

**VIGÉSIMO SEXTO.**-Que, por otra parte, tampoco resulta suficiente para estimar constitucional la aplicación de los preceptos reprochados, el pretender fundar la exclusividad de la apelación por parte del persecutor penal por la orgánica del sistema, en orden a que es aquel a quien corresponde derrotar la presunción de inocencia, reconocida legalmente en el artículo 4° del Código Procesal Penal, pero también inserta en la garantía del artículo 19 N°3 de la Constitución y diversos tratados internacionales suscritos por nuestro país, teniendo entonces el persecutor precisos deberes respecto a reunir las pruebas para acreditar su pretensión punitiva con el debido respeto de las garantías fundamentales del imputado.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.**- Que el Ministerio Público tenga la carga de la prueba, no significa que la defensa no se encuentre en la necesidad de incorporar diversas fuentes de prueba, sea para sustentar dudas razonables que obstan una sentencia condenatoria, sea para probar hechos que funden su inocencia. En este último sentido, parte de la doctrina ha llamado la atención en orden a que pretender justificar la limitación recursiva en el hecho de que sobre el Ministerio Público pesa la carga de la prueba, tal justificación "no resiste análisis, puesto que siguiendo esta línea argumentativa llegaríamos al absurdo de que no son necesarios los abogados defensores, como tampoco toda la institucionalidad creada a partir de la reforma procesal relativa a la Defensoría Penal Publica. Negar que el imputado requiera defensa nos lleva a un sistema irreal en el que la posibilidad de ser condenado es reducida a un mínimo en virtud del principio de inocencia. Principio que claramente busca no solo evitar que se presuma de derecho la responsabilidad penal, sino también evitar que el imputado en cualquier estado de la causa sea considerado como culpable, y por lo demás, principio básico en un Estado de Derecho. La defensa tiene por objeto, en el caso del imputado, aportar todos los elementos de prueba necesarios, no tan solo para sustentar las dudas razonables que evitaran una sentencia condenatoria, sino también probar y comprobar hechos positivos de inocencia, sea a través de documentos, grabaciones,

videos, declaraciones testimoniales, etc., todos los cuales son medios necesarios y consagrados constitucionalmente como elementos de un debido proceso en lo que a prueba se refiere. Un sistema en que no se permite a uno de los intervinientes aportar medios probatorios, y en especial al imputado, desconoce toda justicia, principio o resabio de valores que fundan e imperan en una Nación" (Leiva López, Alejandro (2011). Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso. En Revista Actualidad Jurídica N°24, p. 382);

**VIGÉSIMO OCTAVO**.- Que, asimismo, corresponde hacer presente, que tal como lo ha manifestado parte de la doctrina, el legislador está facultado para reservar el recurso de apelación en contra de determinadas resoluciones judiciales o para determinados casos específicos que el mismo establezca. La facultad de impugnar, alegar o reponer jamás podrá significar la indefensión para una de las partes y un arma para la otra. En otras palabras, el legislador tiene estrictamente prohibido dotar a una de las partes en juicio de un medio o arma procesal y negárselo a la contraria. Esto necesariamente implica un desbalance que trae aparejado el desamparo de uno de los intervinientes, y protección del otro.

Ello, "Constituye (…) un sobrepeso en el equilibrio absoluto que debe mantener el tribunal frente a los intervinientes, lo cual desnaturaliza su función jurisdiccional. Es más, aun existiendo una discriminación en el otorgamiento del recurso que se funde o sostenga en una diferencia razonable y no arbitraria -esto es, respetando el principio de igualdad ante la ley-, aun así, se vulneraria sin duda alguna el debido proceso y el equilibrio en la cognitio del magistrado, tornando la litis incierta, ineficaz, torcida e injusta." (Leiva (2011) p. 375).

## VIII. INFRACCIÓN A LAS EXIGENCIAS DE UN PROCESO RACIONAL Y JUSTO Y AL DERECHO A DEFENSA.

**VIGÉSIMO NOVENO**.-Que, el segundo párrafo reprochado, al limitar temáticamente el recurso de apelación respecto del auto de apertura de juicio oral, no se condice con las exigencias de un procedimiento racional y justo.

Conforme a lo cual, dado que el auto de apertura es una resolución de enorme importancia para el resultado del juicio, pudiendo ciertamente una parte verse agraviada con la exclusión de prueba decretada en ella por el juez de garantía. Exclusión de la cual puede seguirse una situación de indefensión material para la parte afectada, sin que exista la posibilidad de revertir directa y oportunamente la resolución agraviante. De acuerdo con el artículo 277 del Código Procesal Penal, ella, ante dicha ausencia, se encontrará obligada a participar en un proceso donde sus posibilidades de éxito, respecto a que su teoría del caso sea estimada total o parcialmente, pueden verse drásticamente mermadas al no contar con la posibilidad de rendir las pruebas que la sustentan;

**TRIGÉSIMO**.-Que, en este sentido, la no previsión de la posibilidad de recurrir frente a supuestos reconocidos de agravio, que fueron expresamente advertidos en la deliberación legislativa como también implícitamente al configurar la posibilidad de impugnación tardía (recurso de nulidad), priva de eficacia al derecho, en este caso del acusado, de presentar pruebas y confrontar la contraria, exigencia propia de todo procedimiento que se precie de racional y justo y al que se ha aludido ya en esta sentencia;

**TRIGÉSIMO PRIMERO**.-Que, igualmente, implica una vulneración al derecho a defensa, como elemento integrante del debido proceso, toda vez que no permite la impugnación de una decisión que puede cristalizar para ella una situación de indefensión material.

Como lo ha reconocido previamente esta Magistratura, "el decretar la exclusión de prueba es una

resolución que puede revestir enorme importancia para el resultado de un juicio. Si además se toma en consideración expedida por un juez unipersonal, sobre la base de parámetros flexibles o poco precisos (como las nociones de sobreabundancia o impertinencia y en que (cabe recordarlo) está en juego la libertad de una persona, el garantizar la oportunidad de recurrir de apelación para que se revise dicha determinación judicial y minimizar el riesgo de error es una exigencia de racionalidad y justicia" (STC Rol N°5666, considerando 18°).

O como se dijo en uno de los primeros fallos estimatorios de este Tribunal, "no condice con los parámetros de racionalidad y justicia que la Constitución exige al proceso penal, la circunstancia de que el imputado se vea privado de la posibilidad de apelar contra la resolución que determina lo que será, en la práctica, todo el juicio oral, incidiendo en la prueba y, por consiguiente, en el esclarecimiento del hecho punible y las circunstancias que lo rodean (STC Rol N°1502, c. 10°).

Al mismo tiempo, cabe destacar que resultan inconcusas las alegaciones acerca de que la presente sentencia estaría "creando" un recurso de apelación, pues si se examina el artículo 277 en el que se encuentra la preceptiva impugnada, se observa que es la ley la que crea el recurso, limitándose la sentencia de inaplicabilidad a examinar la licitud constitucional de dos frases que establecen límites específicos del mismo. De tal manera, no resulta de difícil comprensión el entender que al declarar inaplicables normas de tratos excepcionales o especiales, la relación jurídica en cuestión se conduce a las normas generales. Es decir, si se inaplica una norma que otorga solo a un interviniente un recurso creado por el legislador, ese mismo recurso para a ser de titularidad de todos los intervinientes a falta de limitación con nombre y apellido.

## IX. CONCLUSIÓN.

Que, en virtud de lo expuesto precedentemente, este Tribunal acogerá la acción de inaplicabilidad deducida, y así será declarado, atendido los efectos contrarios a la Constitución que produce la disposición legal objetada en el caso concreto.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N°6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**1. QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LAS FRASES "CUANDO LO INTERPUSIERE EL MINISTERIO PÚBLICO" Y "DE ACUERDO A LO PREVISTO EN EL INCISO TERCERO DEL ARTICULO PRECEDENTE", CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN EL PROCESO PENAL RIT N° 1467-2019, RUC N° 1701075699-5, SEGUIDO ANTE EL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE PEUMO, EN ACTUAL CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, POR RECURSO DE HECHO, BAJO EL ROL N° 1641-2022 (PENAL). OFÍCIESE.**

**2. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE A TAL EFECTO.**

[…]

**SENTENCIA ROL 9085-2020.** *Publicada el 4 de marzo de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 80 del Código de Procedimiento Civil. Ulises Isaac Doussang Aguilera. En el proceso Rol C-35.526-2017, seguido ante el Vigesimoquinto Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, sobre cobro de pagaré, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago por recurso de apelación bajo el Rol N° 2.420-2020 (Civil).

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR y RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, por las siguientes razones:

## I. ANTECEDENTES DEL REQUERIMIENTO

**1°.-** El requirente deduce recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, respecto del artículo 80 del Código de Procedimiento Civil, aduciendo, a foja 7, que "(…) la sentencia recurrida, al aplicar el artículo 80 del CPC invierte el onus probandi, pues tal es el efecto derivado de aplicar la presunción de veracidad de las actuaciones realizadas por un ministro de fe. La aplicación del precepto impugnado, a su entender, traslada al ejecutado la carga probatoria respecto de un hecho negativo (no conocer la existencia del juicio en su contra y haberse enterado de ella con posterioridad a la preclusión del término del emplazamiento) la cual, a su entender produciría un efecto contrario a la Constitución Política".

**2°.-** A reglón seguido, como consta a fojas 9 y 10, el requirente sostiene que "el probar un hecho negativo, como lo es que un demandado no haya recibido las copias a que se refieren los artículos 40 y 44 del Código de Procedimiento Civil, por un hecho que no le es imputable es, a su juicio, prácticamente imposible, en cuyo caso correspondería la inversión de la carga de la prueba, siendo de cargo de la ejecutante probar que la notificó validamente. Si a ello se agrega que el litigante rebelde debe probar que el no haber sido notificado fue su responsabilidad y todo ello dentro del plazo de 05 días, contados desde que aparezca o se acredite que tomó conocimiento del juicio, se puede concluir que el precepto legal ha impuesto al demandado mal emplazado una carga más gravosa, pues le exige a él probar que no ha sido notificado, cuando es una obligación de la parte realizar un emplazamiento válido".

**3°.-** En este sentido, el requirente expresa que el hecho señalado precedentemente configura una infracción a los siguientes preceptos constitucionales:

### Contenido esencial de los derechos Fundamentales. Artículo 1º de la Constitución Política de la República

En este sentido sostiene que "en el caso sublite, el artículo 80 del Código de Procedimiento Civil , vulnera el principio rector de la igualdad de los derechos, pues dicho precepto, al trasladar al ejecutado la carga probatoria de un hecho negativo, esto es, tiene que probar que no ha sido notificado por una causa que no le es imputable, lo que conlleva a una diferencia arbitraria y alejada de toda razonabilidad, y además impone un plazo brevísimo para ejercer su derecho, de cinco días, lo que conlleva una diferencia arbitraria y alejada de toda razonabilidad" (como consta a foja 11).

### Igualdad ante la ley (artículo 19 Nº 2) e igualdad en la protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19 Nº 3 incisos primero y segundo)

En primer término, el requirente estima que no puede considerarse acuerdo con el principio de igualdad ante la ley una norma que altera un principio de lógica elemental, como lo es el derecho a defensa y el derecho a un justo y debido proceso, teniendo en consideración que en el incidente de nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento el denominado litigante rebelde es tratado como una especie de "paria" por el sistema legal, el que a través del referido artículo 80 le impone cargas arbitrarias.

En cuanto al inciso segundo del Nº 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el recurrente precisa que se establece una garantía formal de los derechos de las personas, pues consagra el principio de contradictoriedad que permite a los interesados aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos del juicio. La prueba constituye una actividad esencial, lo que exige la existencia del derecho a probar los hechos de un modo racional y justo, y no lo es aquel procedimiento en que se invierte el onus probandi y se exige que sea el propio demandado quien pruebe que no ha sido notificado.

Con todo, concluye que como se puede apreciar el artículo 80 del Código de Procedimiento Civil, en todos los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos que deben ser probados, vulnera los principios fundamentales de un justo y un debido procedimiento, y los tres puntos mencionados, debieran bastar para declarar la inconstitucionalidad de la norma.

### Artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política de la República

Sobre este punto, el requirente sostiene que se trata de una verdadera obligación que tiene el legislador de no afectar los derechos en su esencia, lo cual importa que, al momento de realizar la función legislativa, el legislador debe considerar el derecho que preexiste a su labor y los intereses que se encuentren jurídicamente comprometidos. Así, considerando ambos aspectos, destaca que debe indagarse el núcleo de cada derecho, instituyéndose esta garantía como un enunciado jurídico que califica como inválido otros, en la medida que se constate que han tergiversado o afectado la razón de ser de la garantía específica de que se trate.

En el mismo orden, expresa que en el caso de este derecho fundamental el Constituyente no sólo ha autorizado al Legislador para su regulación, sino que adicionalmente le ha impuesto el deber de establecer siempre las garantías constitutivas o configuradoras de un justo y racional procedimiento. En consecuencia, siempre que el Legislador regula un procedimiento que ha de aplicar un órgano que ejerce jurisdicción para resolver una controversia de relevancia jurídica, debe establecer y asegurar, sin que quepa lugar a dudas o interpretaciones, dichas garantías, y no puede, so pretexto de satisfacer otros objetivos, por muy loables que parezcan, sacrificar o comprometer la efectiva realización de las mismas en un caso particular.

Con todo, la norma impugnada, al limitar los derechos garantizados por la constitución, a su juicio, afecta el contenido esencial de los mismos. En efecto, el derecho a un justo y racional procedimiento, el derecho a defensa y la igualdad ante la ley se reducirían a su mínima expresión.

## II. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 80 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL AL CASO CONCRETO

**4°.-** Al analizar el Código de Procedimiento Civil es posible verificar que el Ordenamiento Jurídico ha reconocido la nulidad procesal en diferentes disposiciones. Así, el Código de enjuiciamiento civil reconoció el incidente especial de nulidad por falta de emplazamiento, en el

artículo 80 de dicho Código. Igualmente, el recurso de casación en la forma (art. 766 del CPC) y en el fondo (artículo 767 del CPC); el recurso de revisión (artículo 810 del CPC), todos los cuales configuran casos de nulidad procesal.

**5°.-**Que, desde esta perspectiva el artículo 80 del CPC, analizado desde una vertiente extrínseca, permite entenderlo como un "derecho atribuído a la persona (…), un derecho de impugnación dirigido en contra de un acto nulo" (Ver en Carrasco Poblete, Jaime. (2011). LA NULIDAD PROCESAL COMO TÉCNICA PROTECTORA DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PARTES EN EL DERECHO PROCESAL CHILENO. Revista de derecho (Coquimbo), 18(1), 49-84. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000100003). Bajo esta premisa, siguiendo a Carrasco, es dable señalar que la nulidad constituye un juicio de valor que el intérprete debe realizar teniendo en cuenta la norma jurídica, el acto procesal realizado y los límites del sistema anulatorio (Op. Cit), convirtiéndose en una herramienta que permite la protección del ordenamiento jurídico, de lo que se sigue la importancia de precisar cuáles son sus fines y, en consecuencia, los bienes jurídicos que se buscan cautelar.

**6°.-** Que, si bien el desarrollo del proceso termina con una sentencia, en esta enunciación que parece sencilla se encuentran contenidas máximas indispensables, como por ejemplo la existencia de un proceso legalmente tramitado, que para ser satisfecho requiere el cumplimiento de los actos del procedimiento y que se respeten los derechos y garantías de los justiciables. En este contexto, la nulidad por falta de emplazamiento, permite dejar sin efecto actuaciones sólo exigiendo que el impedimento no sea imputable al litigante afectado, sin requerir defecto procesal alguno. Así, no es extraño actuaciones procesales que en principio se presumen y dan por válidas puedan devenir en ineficaces como una forma de privilegiar la efectiva posibilidad de defensa de una parte por sobre la eficacia del proceso, pues el cumplimiento de ese estándar es un imperativo constitucional. En efecto, incluso se puede afirmar que el no requerir de un defecto o vicio en una actuación procesal no supone que no pueda haberlo. Tan así es, que en el caso del incidente del artículo 80, se plantea que incluso serviría para corregir defectos en el emplazamiento del demandado, cuestión que incluso ha sido considerada como una hipótesis de inexistencia (Romero Seguel, La cosa juzgada en el proceso chileno (reimpresión, Santiago, Editorial Jurídica, Santiago, 2011, p 38).

**7°.-** Que, de este modo, el artículo 80 del Código de Procedimiento Civil precisa que:

"Si al litigante rebelde no se le ha hecho saber en persona ninguna de las providencias libradas en el juicio, podrá pedir la rescisión de lo obrado, ofreciendo acreditar que, por un hecho que no le sea imputable, han dejado de llegar a sus manos las copias a que se refieren los artículos 40 y 44, o que ellas no son exactas en su parte substancial.

Este derecho no podrá reclamarse sino dentro de cinco días, contados desde que aparezca o se acredite que el litigante tuvo conocimiento personal del juicio".

**8°.-** Que, el artículo 80 del CPC se refiere a dos supuestos que afectan el conocimiento de la providencia librada en juicio, por un hecho inimputable a la misma: a) no se le ha hecho llegar las copias a que se refieren los artículos 40 y 44, o b) dichas copias no son exactas en su parte substancial. Como sabemos, el artículo 40 se refiere a la notificación personal en persona, cuyo artículo señala: "En toda gestión judicial, la primera notificación a las partes o personas a quienes hayan de afectar sus resultados, deberá hacérseles personalmente, entregándoles copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que haya recaído cuando sea escrita". A su vez, el artículo 44 se refiere a la notificación personal subsidiaria, aquella que ocurre cuando, intentando el ministro de fe realizar la notificación del artículo 40, ésta no se verifica por no haberse encontrado a la

persona en su habitación o en el lugar donde habitualmente ejerce su profesión, industria o empleo en dos días distintos, cuestión que en nuestro sistema jurídico tiene una regulación de dudoso garantismo, en la medida que los ministros de fe pueden dar acreditado el domicilio con dichos de terceros sin identificarlos ni especificarlos, de tal manera que se vuelve imposible someter a escrutinio y verificación tal aserto, en un sistema en el que además el propio ministro de fe recibe sus honorarios por tal gestión del mismo interesado en notificar. Tal cuestión, de considerarse ajustada a derecho, requeriría de un mecanismo de escrutinio y verificación idóneo, que permita una rápida y eficaz garantía del derecho a ser emplazado, el cual ha sido latamente referido como uno de los temas históricos en la jurisprudencia de este Tribunal (ver, por ejemplo, todas las sentencias de inaplicabilidad referidas al emplazamiento ficto del artículo 171 del Código Tributario), erigiéndose como una de las garantías mínimas del debido proceso.

**9°.-** El artículo 80 del CPC, como norma abstracta reconoce que el caso de falta de emplazamiento del demandado, si bien constituye un obstáculo insalvable para perfeccionar la relación procesal y que, por tanto, su ausencia supondría la inexistencia del juicio (en este sentido ver GORIGOITÍA ABBOTT, FELIPE. (2017). La inexistencia en el proceso civil: un análisis crítico. Ius et Praxis, 23(1), 273-304. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100009), que de tal forma es solo aparente. Por otra parte, establece que la alegación de dicha falta de emplazamiento para la declaración de la nulidad o inexistencia debe hacerse en un plazo fatal. De tal modo que una vez transcurrido dicho plazo, operará la convalidación, así "(…) transcurrido el plazo, el juicio que no existía pasa a existir con todas las propiedades del más perfecto de los juicios" (Op. Cit).

**10°.-** Ahora bien, a partir del caso concreto, nacen al menos dos problemas (a) la alteración de la carga de la prueba y, (b) el plazo exigido para allegar las pruebas del momento y circunstancias de la falta de emplazamiento.

**11°.-** Es indiscutible la importancia del onus probandi dentro de la función jurisdiccional, pues permite inducir actuaciones procesales para obtener el resultado deseado por las partes, evitando un pronunciamiento arbitrario del juzgador.

**12°.-** Ahora bien, existe una lata discusión acerca de la distribución de la carga de la prueba ¿de qué forma se distribuye la carga de la prueba? Y, por otra parte ¿cómo distribuir la carga de la prueba? Así, a propósito de la primera intrerrogante, nuestra legislación ha adoptado un mecanismo de distribución legal de la carga probatoria, sobre un criterio abstracto – con lo cual se responde a la segunda interrogante-, hecho que implica que se conoce con antelación quién, y respecto de qué, el interviniente debe asumir el peso de la prueba.

**13°.-** Que, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico está dada por el artículo 1698 inciso primero del Código Civil, disposición que precisa "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta". En términos descriptivos, estamos ante una norma de carácter general, que formula dos reglas distintas e interdependientes. Para el acreedor-demandante prescribe que a éste le incumbe probar la obligación, en cambio, al deudor-demandado le incumbe probar la extinción de la obligación. Que la carga de probar un determinado hecho corresponda a cierta parte significa, necesariamente, que la carga de ese mismo hecho no corresponde a la otra. La carga de uno es excluyente respecto de la del otro.

**14°.-** Que, en el caso del artículo 80 del CPC, el litigante rebelde será el responsable de acreditar que, por un hecho que no le sea imputable, han dejado de llegar a sus manos las copias a que se refieren los artículo 40 y 44 del Código de Procedimiento Civil, o que ellas no son exactas en su parte substancial, derecho que podrá reclamarse dentro de los cinco días contados desde que aparezca o se acredite que el litigante tuvo conocimiento personal del juicio, configuración

normativa que implicará, en el caso de marras, que el plazo sea computado desde una omisión, resultando imposible para quien tiene la carga procesal de alegarla el saber cuándo debió haber ocurrido el acto positivo, en especial atención al plazo exigido para allegar las pruebas y las circunstancias de la falta de emplazamiento en el caso concreto.

**15°.-** Que "el derecho un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores". (STC 478 c. 14).

**16°.-** Que, en tal sentido la aplicación del artículo 80 del Código de Procedimiento Civil ha permitido desconocer algunos de los elementos que conforman la garantía de un debido proceso para la requirente, como es el derecho a un oportuno conocimiento de la acción intentada en su contra; un debido emplazamiento y consecuencialmente la bilateralidad de la audiencia expresada en la imposibilidad de defenderse en juicio, garantía que se ha visto directamente afectada por el perentorio plazo establecido para allegar las pruebas que permitan sustentar la nulidad referida.

**17°.-** De esta forma, ya esta Magistratura ha resuelto que "en cualquier forma, la bilateralidad de la audiencia apunta a que el demandado tenga oportunidad real de controvertir en juicio, para lo cual debe conocer aquello que se le imputa.

El tratadista Eduardo Couture ha destacado que: "La demanda debe ser efectivamente comunicada al demandado, según las formas que la ley procesal determine. Puede hacerse, por supuesto, comunicación indirecta, tal como lo establecen muchas legislaciones. Hoy no se exige unánimemente una citación en la persona misma del demandado. Pero se exige que verosímilmente el demandado tenga noticia del proceso" (citado, con énfasis agregado, en Rol N° 1994, considerando 26°: Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4a. Edición, Editorial Metropolitana, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 126)" (STC Rol 3107-16, considerando décimo).

**18°.-** No puede preterirse que el precepto cuestionado obliga a probar un hecho negativo, sea que las copias no llegaron o sea que no son íntegras, y además establece un plazo que se liga a tal omisión, lo cual encierra un serio problema argumental: el conocimiento de la omisión será tardío y el hecho negativo es imposible de probar, a lo cual se suma que el conocimiento tardío del proceso no suele dejar pruebas ni huellas que permitan determinar el momento exacto en el que ocurrió, haciendo imposible probar que se ha alegado dentro de los cinco días de tal conocimiento, por lo que se establece una carga procesal que es tan gravosa que deviene en imposible de dar por cumplida en un sistema de prueba tasada, lo cual es independiente de toda interpretación conforme a la Constitución que la judicatura sabia y garantistamente determine al fijar los puntos de prueba de la incidencia, pues el hecho exigido por la norma sigue siendo negativo y los problemas de prueba no derivan de tal interlocutoria.

**19°.-** Así, el derecho a defensa y el oportuno conocimiento de la acción para poder contestar y defenderse, amparados por el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, se ven vulnerados por la aplicación del precepto en el caso concreto, motivo por el cual debe acogerse el requerimiento.

[…]

**SENTENCIA 12.300-21.** *Publicada el 25 de noviembre de 2021.*

Control de constitucionalidad del proyecto de ley que reforma el sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, correspondiente a los boletines N°s 13.752-07 Y 13.651-07, Refundidos.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES estuvo por declarar como propios de ley orgánica constitucional e inconstitucionales, los numerales 10 a 13 del artículo 1° del proyecto, así como los artículos 107 bis (desde la expresión "sin perjuicio de lo anterior" hasta el final del numeral 5) y 107 ter que el artículo 6° del proyecto introduce al Código Orgánico de Tribunales** en base a las siguientes consideraciones:

**1°.-** Todas las normas señaladas confieren atribuciones a los tribunales para la administración de justicia, redundando en actos procesales de caracteres y efectos no cubiertos por la normativa actualmente vigente con carácter de permanente en los cuerpos legales que se modifican, de manera tal que caben dentro de la reserva de ley orgánica constitucional del artículo 77 de la Constitución Política.

**2°.-** En cuanto a los artículos 107 bis y 107 ter que se introducen al Código Orgánico de Tribunales, tales normas resucitan la posibilidad de degradar la oralidad y la inmediación como garantías del proceso penal, en la medida que al no estar en la Sala, el escrutinio y examen de la declaración que el imputado, la víctima, los testigos y los peritos presten, permitiendo que concurran leyendo o interactuando con terceros en una video conferencia, lesionando así el contradictorio, saltándose la inmediación para dar paso a la mediación telemática, y sin que los tribunales tengan medios susceptibles de controlar que ello no ocurra.

**3°.-** Que, en función de ello, el derecho a defensa es enunciado especialmente por el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, que además lo señala como irrenunciable, convirtiéndolo así en estándar de validez del proceso.

**4°.-** Se erige así una alteración de un procedimiento en el cual la oralidad y la inmediación son elementos de esencia y son garantías del debido proceso, llegando a ser la justificación de la única instancia junto al control horizontal de tribunal colegiado. Se observa así una degradación de las garantías y por otro lado si se somete tal cuestión a un examen de proporcionalidad y ponderación como el que este Tribunal suele usar, la degradación del derecho a ser oído por el tribunal y a examinar la prueba no son herramientas idóneas ni menos necesarias para la garantía del debido proceso, pues la celeridad no puede concretarse sacrificando el derecho a defensa, que además de inviolable es irrenunciable según lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución.

**5°.-** Adicionalmente, la verdadera mediación telemática que se introduce choca con estándares jurisprudenciales de este Tribunal fijados acerca del examen de la prueba en juicio oral en las sentencias roles 2656 y 2657, en las que se razonó además que la protección del testigo no puede concretarse degradando la posibilidad de escrutinio y producción de prueba, recordando que en tales fallos están citados los estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido, el testigo puede estar muy protegido pero el testigo hay que tenerlo al frente y tiene que existir la posibilidad de contra

interrogarlo asegurándose de que no va a estar leyendo ni con minutas ni siendo instruido, cuestión que en un "juizoom" o "juicio oral por zoom" es imposible, abriendo la puerta a la lectura y al contacto con otras personas al momento de declarar, cuestión que impide dar por establecido un mínimo de garantía de certidumbre acerca de la prueba rendida .

**6°.-** En cuanto al Imputado privado de libertad y que deba comparecer por vía remota en el establecimiento como justificación para un "juizoom", se observa una degradación adicional, pues ya deja entonces de ser un derecho el estar en la sala del tribunal en la jornada de juicio oral, en un cambio radical que significa eliminar la inmediación con el imputado, a lo menos con la funcionalidad y contenido que tenía en tiempos pre pandémicos. Así, si se entendió hasta hoy que la presencia del imputado era requisito de validez del juicio oral y que el mismo juicio oral con inmediación era un derecho en el sistema procesal penal, las normas introducidas permiten hacer todo lo contrario.

**7°.-** En cuanto a lo "dispendioso" de trasladar al imputado, tal justificación es abierta, subjetiva y da pie para calificar de dispendioso cualquier tipo de traslado, en favor del propio Estado persecutor que por esta misma vía es quien tiene privado de libertad al imputado contra su voluntad, una suerte de auto exoneración del cumplimiento de la garantía de la inmediación. Adicionalmente, las causales de justificación de los números 4 y 5 significan nada menos que exonerar a los funcionarios públicos de la obligación de comparecer en los tribunales y al perito le estaría permitiendo transformar su parte del juicio oral una simple lectura del documento que presente como peritaje, teniéndolo en la pantalla cuando hay norma expresa que dice que el juicio oral no es un acto de lectura, lo cual es parte de la garantía de oralidad e inmediación.

**8°.-** Por otra parte, la llamada "modalidad semipresencial" significa que el acceso de los intervinientes al tribunal y la interacción con él no serán iguales, rompiendo la básica igualdad de armas, en la paradoja de ser el juicio "oral para uno" y "remoto para otro", de forma tal que en condiciones de desigualdad el contradictorio no puede cumplir su función de garantía al ser imperfecto y desequilibrado.

**9°.-** Adicionalmente, si bien pareciese que la norma permite determinar caso a caso la realización de juicios orales remotos o semipresenciales, la norma del artículo 107 bis no lo establece específicamente así, dando pie a discutir si una autorización general podría darse por vía de reglamentar tal precepto.

**10°.-** A su vez, el inciso del artículo 107 bis que dispone que "Para efectos de lo dispuesto en los incisos precedentes, el tribunal examinará previamente que bajo esta modalidad no se vulneran las garantías del debido proceso contempladas en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" no resulta suficiente, pues las normas expresas de las 5 causales habilitan expresamente a degradar oralidad, inmediación y defensa, por lo que tal inciso no puede sino referirse a las otras garantías de un derecho al debido proceso que ya fue aceptado.

**11°.-** Así, los estándares que fijase este tribunal en las decenas de sentencias de inaplicabilidad de parte del artículo 9° de la Ley N° 21.226 no están cumplidos por mas que se halla hecho un esfuerzo por consagrarlos y por cumplirlos, pues además el artículo 107 ter habilita a una autorización genérica por parte de las Cortes para operar con juicios orales telemáticos y semi presenciales, con una revisión posterior del caso a caso, de forma tal que la regla general va a ser una autorización genérica y después va a venir el examen particular. Así, si es la falta de presencialidad lo que afecta la oralidad de la inmediación se debiera evaluar caso a caso, pero, pero por definición será excepcional hacerse cargo de ello, pues ya hay autorización legal expresa,

ampliando y permitiendo hacer universal la degradación de garantías del debido proceso al pasar a ser el juicio oral una llamada colectiva de zoom.

**12°.-** En ese sentido, el inciso final del artículo 107 ter, que obliga a "velar" por la comunicación entre defensor e imputado no es suficiente como estándar de interpretación conforme a la Constitución, pues entonces permitiría que tanto el imputado como el defensor concurran telemáticamente a un juicio con contrapartes dentro de la audiencia, agregando no cubre el forado de garantía del debido proceso, de acceso al tribunal, de examen de prueba y de defensa que se genera, pues tales elementos y garantías son interdependientes, y si una de ellas queda bajo el nivel mínimo ello no puede sostenerse que subsista un debido proceso porque existan las otras, de manera tal que si se afecta una de ellas en el entendido que las garantías del debido proceso son requisitos de validez del proceso y estándares mínimos que constituyen una verdadera línea de flotación de la validez del proceso.

**13°.-** Al examinarse el artículo 107 ter, se constata que alude a situaciones excepcionales en materia de derechos, y en ello se lo vincula con cautelar la vida y la integridad de las personas, para más adelante aludir funcionamiento de excepcionalidad, después reiterando su vigencia en situaciones excepcionales y después decir situación de excepción. En una sede de jurisdicción constitucional como ésta, juzgando el proyecto de ley desde la Constitución, es ineludible examinar el canon normativo del el artículo 39 de la Constitución, lo que lleva a concluir que no solo se afectó la garantía del debido proceso bajo estado de catástrofe por la Ley N° 21.226, sin habilitación constitucional para ello, sino que con posterioridad al término de tal estado de catástrofe se está creando anómalamente y por ley -sin reforma constitucional- un verdadero estado de excepción judicial con una afectación a la garantía del debido proceso que esta fuera del marco de las afectaciones de derecho por circunstancias extraordinarias que el artículo 39 de la Constitución permite y que es claramente un numero clausus.

**14°.-** Así, si se razonó para declarar ajustada a la Constitución la Ley N° 21.226 en su control preventivo y obligatorio solo por la situación de excepcionalidad de la pandemia y el confinamiento domiciliario, aquí se crean normas permanentes que permiten hacer lo mismo de manera sucesiva por un año y sin declarar estado de excepción ni menos con confinamiento, y es ahí está la clave, pues las normas del proyecto permiten hacerlo sin declarar estado de excepción, y en ese el proyecto tiene otro vicio serio de juridicidad: si se examina el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, las distintas garantías judiciales si se podrían ser afectables durante estado de excepción para poder suspenderlas, mas la norma exige hipótesis como guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del estado parte, y no debe caerse en la trampa de distinguir entre suspensión y restricción a efectos de las garantías de debido proceso, pues sin inmediación el derecho a defensa pasa a ser vacuo en un juicio oral, y con ello cae la garantía del debido proceso completo, pues sus diferentes elementos son interdependientes . En este sentido, oralidad e inmediación son no solo principios informadores, sino que garantías del debido proceso penal cuando este es en única instancia, de hecho oralidad e inmediación es lo que justifica junto a la existencia del tribunal colegiado que el juicio pueda ser en única instancia y eso en el esquema normativo de los juicios orales telemáticos y semipresenciales se relativiza, por lo que en ese sentido estamos hablando de una suspensión de algunos elementos de la garantía al debido proceso y que con la intensidad garantista que tiene que tener el proceso penal, estos son aquí elementos insoslayable, pues en materia civil, laboral o de familia, el uso del zoom es no solo un avance, sino que es una garantía de acceso a la justicia si las personas viven en localidades alejadas del tribunal.

**15°.-** En cambio, en materia penal eso tiene un costo alternativo que es la degradación del derecho

a defensa, derecho a defensa que la propia constitución además contempla como irrenunciable, configurando a partir del 107 ter hay una habilitación abierta para hacer el juicio oral completo por zoom por situaciones de excepción sin declarar estado de excepción, autorización que puede durar un año y que puede volver a hacer prorrogada de manera bastante flexible y más allá de lo que dispongan los jueces, cuestión que finalmente, y más allá de lo que se diga, van a decidir las cortes de manera general y abstracta, invocando situaciones de excepción pero sin una declaración de estado de emergencia o estado de catástrofe.

**16°.-** Por otro lado estamos en presencia de otro problema serio de constitucionalidad, estamos en presencia una vulneración dual, una vulneración dual al artículo 44 inciso final de la constitución, ¿por qué vía? los juizooms llegaron a Chile como medida de excepción de pandemia y el proyecto sometido a examen permite transformarlos en una posibilidad permanente o en una posibilidad transitoria por un año prorrogable quien sabe por cuánto, ósea, en el fondo, permanente o cuasi permanente, sin la declaración de estado de excepción, es decir una medida que se adoptó por y para el estado de excepción -fuera de del catálogo de garantías afectables- se supone que iba a durar solamente lo que dura el estado de excepción y se esta dictando una ley para que el mismo tipo de prácticas perduren más allá de la duración de tal estado de excepción, cuestión que se refuerza tras constatar que la vigencia de la ley 21.226 estaba condicionada al estado de excepción y que ya hubo que dictar otra ley para prorrogar su vigencia hasta el 30 de noviembre y ahora, nuevamente después de una legalidad provisoria, se prorroga lo provisorio, tratando de establecer normas que digan que no se afecta el debido proceso y que para ello los jueces tendrán que examinar, instancia de control que también se verá amagada, pues finalmente será la Corte Suprema mediante resolución fundada de carácter general quien va a disponer el sistema de funcionamiento excepcional para juicio completo, sin las excepciones y sin las limitaciones del artículo 107 bis y por otro lado más allá de lo que cada juez caso a caso pueda determinar.

**17°.-** Adicionalmente, el principio de legalidad procedimental -concebido como un límite externo al ejercicio del poder en la actuación de los tribunales, como una reserva de ley que fija un estándar de determinación de la validez de los actos de los tribunales- termina degradado, pues ya no obligará en sentido estricto a los tribunales, que por la vía de los artículos 107 bis y 107 ter van a elegir si aplican el procedimiento determinado por ley o el que el propio Poder Judicial se auto asigne por medio de un auto acordado, emergiendo así una vulneración del principio de legalidad del procedimiento del artículo 19 N°3, en la medida que las resoluciones y los auto acordados que se dictan son los que van a terminar determinando cual es el procedimiento por vía telemática y por vía semi presencial, lo cual significa que la normativa procedimental deja de ser reserva de ley, y por otro lado deja de ser entonces un límite externo de la actividad jurisdiccional porque los propios jueces van a decir si cumplen la ley por juicio presencial o su auto acordado por juicio telemático.

**18°.-** Además, la motivación y finalidad de la legislación que se introduce no es otra que des atochar y administrar con celeridad la cantidad de juicios pendientes, y en ese sentido el medio elegido, es una degradación de los elementos de garantía de defensa, oralidad e inmediación. En este sentido, el medio que se considere idóneo para enfrentar una saturación del sistema penal no puede ser el sacrificio de elementos de esencia del derecho a defensa, menos si la legislación es una auto exoneración del Estado de cumplir sus estándares para condenar en juicio oral. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su resolución 1/2020 sobre Pandemia y Derechos Humanos en las Américas emitió un conjunto de recomendaciones a los Estados, entre ellas recordarles que *"El deber de garantía de los derechos humanos requiere que los Estados protejan los derechos humanos atendiendo a las particulares necesidades de protección de las personas y que esta obligación involucra el deber de los Estados de organizar todo el aparato*

*gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos", que "Las medidas que los Estados adopten, en particular aquéllas que resulten en restricciones de derechos o garantías, deben ajustarse a los principios «pro persona», de proporcionalidad, temporalidad, y deben tener como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada" –entre las cuales están los criterios de gestión y atochamiento–, "Asegurar que en caso de establecerse un estado de excepción: i) se justifique que existe una excepcionalidad de la situación de emergencia en cuanto a su gravedad, inminencia e intensidad que constituye una amenaza real a la independencia o seguridad del Estado; ii) la suspensión de algunos derechos y garantías sea únicamente por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación; iii) las disposiciones que sean adoptadas resulten proporcionales, en particular, que la suspensión de derechos o garantías constituya el único medio para hacer frente a la situación, que no pueda ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales, y que las medidas adoptadas no generen una mayor afectación al derecho que sea suspendido en comparación con el beneficio obtenido; y iv) las disposiciones adoptadas no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional, y no entrañen discriminación alguna fundada, en particular, con motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social", y en específico acerca de las garantías judiciales "Abstenerse de suspender procedimientos judiciales idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, entre ellos las acciones de hábeas corpus y amparo para controlar las actuaciones de las autoridades, incluyendo las restricciones a la libertad personal en dicho contexto. Estas garantías deben ejercitarse bajo el marco y principios del debido proceso legal".*

**19°.-** Así, además de la inconstitucionalidad parcial del artículo 107 bis, se concluye una inconstitucionalidad del artículo 107 ter completo, en función de los artículos 19, numeral 3°, 39 y 44 de la Constitución además del artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos en referencia a los artículos 5° y 54 de la Constitución.

**20°.-** Adicionalmente, los numerales 10 a 13 del artículo 1° del proyecto habilitan a acoger un recurso de nulidad parcialmente en materia penal, es decir, llegar al sin sentido de que un juicio es válido para una parte interviniente pero inválido para otra, en condiciones que la relación jurídico procesal está trabada y que el acto procesal surte efectos respecto de todos los intervinientes. Ello redunda en una vulneración elemental de la igualdad ante la ley y también de la igualdad ante la justicia, consagrada como igual protección en el ejercicio de los derechos y tutela judicial. Así, se vulneran los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución Política.

**21°.-** Siendo así, no es posible realizar un ejercicio de interpretación conforme a la Constitución, en la medida que entonces una degradación de garantías por motivos excepcionales sin cobertura constitucional se estaría declarando conforme a derecho, en una interpretación pro poder y no pro persona.

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES y el Suplente de Ministro señor ARMANDO JARAMILLO LIRA votaron por declarar orgánico constitucional el artículo 3 N° 10 del proyecto de ley,** que introduce un nuevo artículo 223 bis al Código de Procedimiento Civil, en su inciso primero, precepto que alcanza al legislador contemplado en el artículo 77, inciso primero de la Constitución, por cuanto se posibilita la comparecencia de los abogados por vía remota para alegar, incidiendo con ello en las atribuciones de los tribunales.

[…]

**SENTENCIA ROL 13.303-2022.** *Publicada el 12 de enero de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 90, letra b), del D.F.L. N° 1, de 1980, estatuto del personal de la policía de investigaciones de Chile.
Francisco Vargas Herrera y Fabián Lara González. En el proceso Rol N° 39.393-2021, sustanciado ante la corte de apelaciones de Santiago.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quien estuvo por acoger el requerimiento,** por las siguientes razones:

**1°.-** Es necesario precisar que las infracciones denunciadas al art. 19 no. 3 de la Constitución Política, en especial las referidas al debido proceso y al derecho a defensa se producen por la aplicación relevante de la preceptiva impugnada, pues estando los requirentes sujetos a responsabilidades administrativas y a procedimientos sumariales, ello tiene una incuestionable dimensión de derecho a defensa y de debido proceso, para poder defenderse de las imputaciones y rendir prueba de su defensa, y que si se le aplican medidas disciplinarias -destitución y separación inclusive, como máximo grado- debe ser entonces en una resolución fundada que se emita en el marco del sumario, en la cual el emisor de la misma debe hacerse cargo de la imputación en los hechos y en el derecho, ponderando prueba rendida.

**2°.-** Todo lo anterior, que es un estándar constitucional de derechos fundamentales, se ve soslayado y eludido por la aplicación del precepto impugnado, que permite unilateralmente y sin defensa alguna, hacer lo mismo que en un sumario -separar de la institución al funcionario- pero sin cumplir estándar de procedimiento y defensa de sumario: destituir al funcionario por sospechas o por imputaciones de incumplimiento de deberes, resaltando que el precepto impugnado no contempla de manera explícita las garantías de un racional y justo procedimiento e investigación. Dentro de ello no se contempla la defensa ni la etapa probatoria como un trámite esencial, garantía necesaria del ejercicio del debido proceso frente a una destitución, lo que habilita a que, al amparo del precepto cuestionado, la baja se tramite denegando la prueba ofrecida, y que así su aplicación se pueda verificar vulnerándolo y denegándolo, atendido lo sumario y unilateral del trámite, infringiendo igualmente el derecho a defensa en su dimensión de contenido y de defensa. A este respecto, la declaración de inaplicabilidad impediría mantener a firme lo obrado, pues el procedimiento administrativo reclamado en sede de protección carecería de sustento normativo.

**3°.-** Si se sostiene que por el precepto cuestionado no se está en presencia de una sanción, la respuesta es evidente: por faltas a la probidad el trato común es la apertura de un sumario, y una de sus posibles sanciones es la destitución, que parte como "retiro temporal", que en la praxis termina consolidado y transformado en definitivo por el solo paso del tiempo. Si la norma cuestionada busca garantizar la idoneidad y la conducta, ello es entonces regulación de probidad aunque así no se le llame, y si la medida es la separación de funciones, es curiosamente similar a la sanción máxima derivada del sumario, por lo que es incoherente decir que no es una sanción si más allá de la "cáscara" es exactamente igual a ella. De lo anterior deriva la norma cuestionada permite además eludir la estabilidad en el cargo, el cual se configura a partir del derecho a la carrera funcionaria establecida en artículo 38 de la Constitución Política para funcionarios de la administración, además de ser necesario tener presente que el artículo 105 de la Constitución determina que los retiros de la Policía de Investigaciones son materia específica de ley, lo que

implica determinar casos, formas, reglas y potestades debidamente delimitadas, lo cual no ocurre, pues en vez de regular el legislador ha entregado discrecionalmente y sin límite a un acto administrativo del Presidente de la República tal potestad. Así, se configura además una hipótesis de discriminación contraria al numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política, pues todo funcionario de la administración que es objeto de imputaciones de conductas que infringen el derecho y sus deberes tiene derecho a ser objeto de ellas en un sumario administrativo en el que pueda conocer los cargos, contestarlos y rendir prueba, para que todo sea resuelto en una resolución fundada en derecho, lo cual se ve amagado en este caso por la aplicación de una norma especial como lo es el precepto cuestionado.

**4°.-** Finalmente, cabe señalar que el significado de las garantías y de los derechos fundamentales obedece a un momento histórico y social determinado, en función de necesidades jurídicas de esa misma época. En efecto, así como la garantía de igualdad ante la ley no significa lo mismo en 1980 que en el año 2023, sobre todo respecto de cómo la comprendemos hoy respecto de grupos específicos históricamente postergados, la preceptiva cuestionada en estos autos tiene un significado en los inicios de la década de los 90 del siglo XX y tiene otro significado hoy. En efecto, el artículo 90 letra b) puede tener explicaciones y necesidades claras que lo justifican hace 30 años, en los inicios de la transición a la democracia, y en un Estado de Chile que no tenía los estándares de probidad constitucionales ni legales existentes al día de hoy, en una época en la que además el fundamento garantista del sumario administrativo, en conjunción con el debido proceso, no eran predicados ni menos se les tenía como parte de la Constitución.

**5°.-** Es por ello que, a pesar de ser claro que la función policial requiere un altísimo e intachable estándar de probidad, las particularidades de la función policial no justifican por sí solas, al día de hoy, las potestades incausadas e ilimitadas que se contienen en el precepto impugnado para eludir la carga de la prueba y de la imputación, ya que el Estado de Derecho en Chile puede garantizar que frente a faltas a la probidad se instruirán sumarios y podrán terminar con la destitución del responsable, a la vez que ocurre con la apertura de procesos penales y la eventual condena, que además produce como efecto el cese del funcionario.

**6°.-** En efecto, no está en duda que los requirentes fueron llamados a retiro temporal en aplicación del precepto cuestionado, en el marco de los resultados indiciales de lo que en el proceso ellos mismos denominan como "investigación sumaria –aún en tramitación- colmada de ilegalidades, falencias y errores" (fojas 2) realizada por el Departamento V "Asuntos Internos", de la Inspectoría General de la PDI, referida a un reclamo interpuesto en marzo de 2018, referido a la pérdida de un bolso con $18.000.000, en el marco de un operativo de búsqueda de droga y de traficantes de la misma, el que concluyera sin incautación de especies, ni personas detenidas; tras lo cual los mismos hechos fueron ventilados en un proceso penal en el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla (RIT N° 36-2020, RUC N° 1800237761-2), en el que, tras ser formalizados por los delitos de malversación de caudales públicos, de obstrucción a la investigación, y de confección de parte maliciosamente falso, fueron absueltos por sentencia firme.

**7°.-** Tal circunstancia evidencia que fueron declarados inocentes para todos los efectos legales y que no puede preterirse que la formalización de la investigación y la acusación son actos unilaterales de imputación del ente persecutor, que no son susceptibles de ser recurridos ante tribunales para ser dejados sin efecto de inmediato, por lo que mal podrían tener por sí solos y sin condena el efecto de una pena de inhabilidad para ejercer cargos públicos, mas si ello es una pena accesoria y en el caso hubo sentencia absolutoria.

**8°.-** Es por lo expuesto que el requerimiento debe ser acogido.

[…]

**SENTENCIA ROL 13.030-2022.** *Publicado el 17 de noviembre de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 140, incisos primero y segundo, del Código de Justicia Militar en relación con el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal. Ricardo Martínez Menanteau. En el proceso Rol N° 575-2014, seguido ante el Segundo Juzgado Militar de Santiago, Primera Fiscalía Militar de Aantiago, instruido por la Ministra en visita extraordinaria de la Corte Marcial, señorita Romy Grace Rutherford Rarentti.

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que concurre a lo resuelto teniendo además presente:**

**1°.-** La inaplicabilidad es una acción constitucional que, impulsada y declarada admisible, otorga al Tribunal Constitucional la potestad de resolver que la aplicación futura y eventual de un precepto legal en un caso concreto en litis resulta contraria a la Constitución. Así lo consagra el artículo 93, inciso primero, Nº 6, de la Carta Fundamental, que dispone que es atribución del Tribunal Constitucional resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. Para establecer el límite entre dicha facultad y el control de validez de actuaciones judiciales debe tenerse presente que por la vía de la atribución de la jurisdicción que hace nuestra Constitución Política en el artículo 76, la exclusividad del ejercicio de la misma, y la regla de la inavocabilidad, además de las normas legales sobre nulidad procesal y recursos de casación contenidas en el Código de Procedimiento y la regla de competencia de la extensión contenida en el Código de Procedimiento Civil, resulta evidente que de conformidad a la ley es la judicatura ordinaria quien tiene las potestades de control sobre la validez de actuaciones procesales ya realizadas;

**2°.-** Dentro de las garantías del derecho a defensa debe tenerse especialmente presente lo dispuesto por el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, al consagrar el "derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable" , el "derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor", el "derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley" y "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal".

**3°.-** Que, como lo señalara este Tribunal en sentencia Rol N° 2991, cons. 18°, a propósito de la garantía del debido proceso, la disposición Octava Transitoria constitucional que regula la entrada en vigencia gradual del sistema procesal penal oral, "en nada obsta a la plena aplicación de las garantías judiciales penales del nuevo Código Procesal Penal a las causas que se estuvieren tramitando o que se pudieran iniciar con posterioridad a su entrada en vigencia por corresponder a hechos ocurridos antes de ésta". En tal sentido la revisión de ello y el velar por el cumplimiento de los estándares de derechos humanos ya transcritos en materia de derecho a defensa y asistencia letrada es una labor, y un deber, propio de los tribunales del fondo, en el marco de la garantía de derechos fundamentales y en el marco de sus potestades de control de validez de resoluciones y otras actuaciones judiciales, estando plenamente dotados de potestades para ello.

[…]

## 5.d. Derecho al recurso y limitación de recursos procesales.

**SENTENCIA ROL 12.695-2022.** *Publicada el 17 de noviembre de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la oración "sólo en contra de las sentencias definitivas o de aquellas resoluciones que hagan imposible la continuación del juicio", contenida en el artículo 32, inciso primero, de la ley n° 18.287, que establece el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local
Itaú-corpbanca. En el proceso infraccional rol n° 7254-2020, seguido ante el Juzgado de Policía Local de La Reina, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de hecho, bajo el Rol N° 2417-2021 (Policía Local)

**VOTO MAYORÍA**

[…]

**PRIMERO.**- Que, como primera cuestión, siendo la gestión pendiente invocada un recurso de hecho respecto de la denegatoria de una apelación, no es de competencia de este tribunal determinar si el recurso de hecho que se invoca como gestión pendiente es o no procedente. En estrados se ha alegado que respecto de la resolución recurrida de hecho, algunas Cortes de Apelaciones determinan que es apelable y otras no. En el marco del principio de legalidad procedimental, establecido en el numeral 3° del artículo 19 de la carta fundamental ("proceso previo legalmente tramitado"), el control de validez y juricidad de resoluciones judiciales no es un tema de aquellos que estén en la órbita de competencia de este tribunal en sede de inaplicabilidad, en la cual lo que se debe enjuiciar "no es la eventual aplicación incorrecta o abusiva de (dicho) precepto que pudiere efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento, sino la aplicación de dicho precepto que, rectamente interpretado y entendido, infringe la Carta Fundamental" (STC: Roles 794, c. 6° y 1344, c. 12°,ambos de la 2ª Sala).

**SEGUNDO.**- A consecuencia de ello, es menester concluir que "la inaplicabilidad no es vía idónea para declarar que un Tribunal haya actuado ilegalmente, aunque se alegue que, con ese actuar ilegal, se haya excedido la Carta Fundamental; pues la acción constitucional referida sólo está llamada a pronunciarse en caso que la afectación de la Constitución Política se produzca en razón de la aplicación de lo dispuesto en un precepto legal" (STC Rol 1416, c. 20°).

### I. LAS NORMAS CUESTIONADAS Y EL MOMENTO JURISDICCIONAL DEL CASO CONCRETO

**TERCERO.**- La norma cuya aplicación se cuestiona se refiere a "de que conocen en primera instancia los Jueces de Policía Local". En tal sentido, el sistema constitucional chileno recoge el ejercicio de la jurisdicción en el artículo 76 de la Constitución Política, refiriendo a ella como la atribución de "conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", distinguiendo lo que el derecho Procesal Chileno denomina desde antaño los momentos jurisdiccionales o etapas de ejercicio de la actividad jurisdiccional o etapas del proceso:

Conocer: referido a la etapa de conocimiento o tramitación del proceso

Juzgar: referido al juzgamiento propiamente tal, entendido como la etapa de dictación de sentencia

Hacer ejecutar lo juzgado: referido a la etapa de ejecución o cumplimiento, que se recoge bajo

la fórmula "hacer ejecutar" porque en nuestro derecho existen infinidad de casos en que no es el tribunal por sí mismo quién ejecuta (por ejemplo en materia penal el cumplimiento de sentencias condenatorias se verifica en sede administrativa y en materia de responsabilidad civil del Estado la ejecución de sentencias condenatorias se verifica mediante decreto de pago).

**CUARTO.**- En el caso concreto las normas cuestionadas se refieren expresamente a la etapa de conocimiento y la determinación de si se aplican o no en etapa de discusión y prueba las de un régimen recursivo especial en una incidencia de previo y especial pronunciamiento -destinada a que el tribunal no conozca- como lo es la de incompetencia, es una determinación del sentido y alcance de dichas normas especiales frente a las normas generales de ejecución del Código de Procedimiento Civil, es decir, una cuestión de legalidad propia de los tribunales del fondo, sobre todo si se trata de determinar si las resoluciones en lo referido al régimen recursivo se rigen por las normas del juicio especial respectivo o por el estatuto general y supletorio del juicio civil ordinario declarativo.

**QUINTO.**- En tal orden, se verá que el derecho al recurso satisface el estándar constitucionalmente necesario al ser recurrible (y no necesariamente apelable)la sentencia definitiva, lo que ubica las normas sobre estándar mínimo del derecho al recurso en la etapa de juzgamiento y no en la de conocimiento.

**SEXTO.**- Lo antes expuesto no obsta a que, en el caso concreto, se han denunciado que en el caso concreto la aplicación de la preceptiva impugnada vulneraría las normas de los artículos 5°, 19 N°s 2° y 3° de la Constitución, en línea con lo dispuesto en los artículos 8° y 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo relativo al derecho al recurso, y a la interdicción de la discriminación arbitraria, cuestión que determina como menester el referirse a ellas y su sentido y alcance para el caso concreto.

## II. ACERCA DEL DERECHO AL RECURSO

**SÉPTIMO.**- Que, sin perjuicio de ser el derecho al recurso uno de los elementos del racional y justo procedimiento a que alude el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, el art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos establece el denominado derecho al recurso al disponer que toda persona sometida a juicio tiene el "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior", lo cuál se predica no solamente en el orden penal, como se verá.

**OCTAVO.**- Dicha norma se ve complementada, a su vez, por el artículo 25 de la misma convención, referido a la existencia de un recurso breve y eficaz frente a las violaciones de derechos.

**NOVENO.**- Es así que el estándar mínimo del derecho al recurso se refiere al "fallo", es decir, a la sentencia, que en este caso impone la condena, de multa. Es así que la norma de la Convención Americana de derechos Humanos en el sistema jurídico chileno se refiere a la sentencia definitiva si de sanciones se habla, cuyo es el caso de estos autos, en el cual se demanda responsabilidad infraccional.

**DÉCIMO.**- En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado expresamente que "Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos", agregando que "a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de

cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal" (Ver sentencia de Caso del Tribunal Constitucional, fondo, reparaciones y costas, de 31 de enero de 2001, párrafos 69 y 70, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf, citando en tal sentencia como precedentes al efecto Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, sobre Garantías judiciales en Estados de Emergencia, Serie A No. 9, párr. 27, y Sentencia del Caso Paniagua Morales y otros, de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 149), motivo por el cual sostener que las garantías del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos aplican solamente en el orden penal es un error y una interpretación reduccionista y literal, que se dirige en contra de la propia jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, todo ello sin perjuicio de lo que se señalará respecto de la titularidad de derechos humanos por personas jurídicas en la jurisprudencia interamericana.

**UNDÉCIMO**.- Que, además, se encuentra establecido que el derecho al recurso, en tanto elemento de la garantía constitucional del procedimiento racional y justo, no es necesariamente sinónimo de la existencia del derecho a un recurso de apelación (ver sentencias Roles 986 Y 1252, entre otras) abierto y a todo evento. Adicionalmente, estableciéndose en el mismo numeral 3° del artículo 19 de la Constitución la garantía de legalidad del juzgamiento al señalar que toda sentencia emanada de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo "legalmente tramitado", es menester recordar también que la configuración del recurso en cuanto a plazo, resoluciones recurribles, formalidades, causales y tramitación es en sí mismo un tema de reserva de ley, y por ende propio de la órbita de decisión legislativa, debiendo agregarse que el límite de atribuciones del legislador es que el recurso debe contemplar la posibilidad de revisión completa (el derecho y el establecimiento de los hechos) y eficaz (debe permitir dejar sin efecto lo resuelto en la resolución recurrida) de lo resuelto en la sentencia definitiva o en la interlocutoria que ponga término al juicio por motivos de forma.

**DUODÉCIMO**.- En efecto, si bien el derecho al recurso entendido como la revisión de las decisiones judiciales por un tribunal superior, ello no significa que se asegure universalmente y respecto de toda resolución el derecho a la doble instancia, esto es, a la apelación, para cualquier clase de procedimientos, convocando al legislador a otorgarlo a todo sujeto que tenga alguna clase de interés en él. Por lo mismo, el Tribunal Constitucional no ha sido llamado a examinar, mediante razonamientos de constitucionalidad en abstracto, si el sistema de impugnación que establece un precepto legal contraviene o no la Constitución, sino que para analizar el reproche de constitucionalidad en el caso concreto, debe considerar siempre la naturaleza jurídica del proceso. En otras palabras, una discrepancia de criterio sobre la decisión adoptada por el legislador en materia de recursos o mecanismos impugnatorios no resulta eficaz y pertinente por sí misma para configurar la causal de inaplicabilidad, que en tal carácter establece el art. 93, Nº 6, CPR. (Ver STC 1448 c. 43; 1838 c. 19; 2853 c. 21; 6411 c. 12; 6972 c. 12, entre otras)

**DECIMOTERCERO**.- Es así que el derecho al recurso puede ser configurado legislativamente mediante recursos ordinarios por simple agravio y con competencia de instancia, como con recursos extraordinarios que obedezcan a vicios y causales de derecho estricto.

**DECIMOCUARTO**.- En efecto, el derecho a revisión por un tribunal superior corresponde a aquel derecho que tiene todo interviniente en un proceso a que la sentencia sea susceptible de revisión por un tribunal superior, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes dentro del plazo legal. Este derecho no implica poder recurrir respecto de todas y cada una de las resoluciones, si no que corresponde al legislador determinar las actuaciones

jurisdiccionales que sean susceptibles de ser revisadas. De esta forma, la decisión de la estructura y los medios para hacer efectiva la revisión de sentencias, como expresión del justo y racional proceso, le corresponde a él (Ver STC Roles N°s 1838 c. 15; 1876 c. 26; 2452 c. 18; 2723 c. 26; 7652 c. 21).

**DECIMOQUINTO**.- Así, también debe tenerse presente que el reconocimiento legal del derecho al recurso no implica una exigencia constitucional respecto al tipo específico de recurso, vale decir, apelación conducente a una doble instancia o casación tendiente a revisar los errores de derecho. En otras palabras, la exigencia constitucional del derecho al recurso como componente del debido proceso depende de múltiples circunstancias sistémicas y de contexto procesal, o incluso concretas, y no configura un requisito de validez del juicio per se (ver STC Roles 2723 c. 11, y 3297 c. 15)

**DECIMOSEXTO**.- Que, sin perjuicio de lo señalado sobre el derecho al recurso respecto de la sentencia definitiva, cabe señalar que respecto de actos de instrucción, providencias de mero trámite, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas referidas a cuestiones de menor relevancia jurídica, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que el legislador puede establecer el principio de única instancia, reiterando que derecho al recurso no es sinónimo de apelabilidad general.

**DECIMOSÉPTIMO**.- En el caso concreto, consta de autos que la multa que se persigue discutir respecto de la requirente debe ventilarse en un proceso para saber si es o no procedente, lo que requiere conocer y juzgar, habiéndose ejercido el derecho a la acción y también el derecho a la defensa al haberse ya discutido la competencia del tribunal, debiendo recalcarse que fue la propia requirente la que decidió formularla por vía incidental y como cuestión de previo y especial pronunciamiento, decisión que por cierto implica que la resolución que la resuelva, una interlocutoria, no será apelable en la medida que no es la sentencia definitiva, sin perjuicio de que, como se verá, la cuestión de la competencia sin duda será abordada nuevamente en la sentencia definitiva o en la apelación de la misma. Es decir, no se está en presencia de una verdadera cuestión de derecho al recurso respecto de una sentencia condenatoria, pues el recurso existe y se podrá ejercer jurisdicción en 2ª instancia, gane quien gane el juicio, pues la sentencia definitiva será apelable, tras haberse ejercido en plenitud de sus atribuciones el derecho a defensa, en el marco de un debido proceso, en el cual se formularon incidencias de incompetencia.

**DECIMOCTAVO**.- Por otra parte, no puede dejar de observarse que el artículo 35 de la misma Ley N° 19.287 sobre procedimiento ante tribunales de policía local dispone que "El Tribunal de alzada podrá pronunciarse sobre cualquier decisión de la sentencia de primera instancia, aunque en el recurso no se hubiere solicitado su revisión" y que su artículo 34 permite rendir prueba en segunda instancia, a lo que se suma el deber de todo tribunal de velar por la ritualidad procesal y validez de cada acto del proceso establecido para todo tribunal en los artículos 83 y ss. del Código de Procedimiento Civil, sin que se vea privado entonces el requirente de vías para ejercer sus garantías del debido proceso. Es por esa vía que, es claro que la discusión de la competencia no puede darse por agotada en el estado actual de la gestión, sin que exista entonces vulneración constitucional al respecto.

## III. ACERCA DE LA ALEGACIÓN DE VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD ANTE LA LEY

**DECIMONOVENO**.- Por otra parte, se formula una alegación de discriminación arbitraria en la norma, en la medida que habría una diferencia de trato carente de razonabilidad y por ende inconstitucional.

**VIGÉSIMO.**- Por otra parte, la alegación de desigualdad ante la ley deriva de la existencia de recurso en el procedimiento ordinario, lo cual es usado como "tertium comparationis", o punto de trato común respecto de la comparación con la preceptiva cuestionada, cuestión que constituye un error al asimilar la jurisdicción civil de lato conocimiento a la de policía local, que por referirse a conflictos y materias de diversos caracteres ha de estar dotada de mayor celeridad y menos formalidad en el conocimiento de sus causas.

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- En tal sentido, prohibiendo el sistema constitucional chileno las diferencias arbitrarias y no las diferencias razonables o justificadas en motivos existentes y suficientes, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política, todo examen de igualdad ante la ley que un requirente de inaplicabilidad proponga a esta Magistratura respecto de normas especiales ha de identificar -como primera cuestión- dos puntos: el primero será el trato compún y general que el legislador brinde, y que es tenido por constitucionalmente adecuado, al cual denominaremos "tertium comparationis". En segundo lugar, ha de señalar cuál es la norma de trato diferente, teniendo la carga argumentativa de sostener por qué la diferencia sería carente de fundamento y legitimidad, para solo entonces ser calificable como arbitraria.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.**- Cabe señalar que la desigualdad ante la ley que se alega deriva de la existencia de recurso en contra de resoluciones que resuelven incidentes en el procedimiento civil ordinario, declarativo y de lato conocimiento, lo cual es usado como "tertium comparationis", o punto de referencia o de trato común a la hora de hacer el juicio de igualdad.

**VIGÉSIMO TERCERO.**- Respecto de la comparación del régimen recursivo de los incidentes en el juicio civil ordinario con la preceptiva cuestionada, cabe señalar que tal propuesta es en sí mismo constitutiva de un error garrafal, al asimilar la jurisdicción civil de lato conocimiento a la de policía local, que por referirse a conflictos y materias de diversos caracteres ha de estar dotada de mayor celeridad y menos formalidad en el conocimiento de sus causas.

**VIGÉSIMO CUARTO.**- Lo expuesto precedentemente es ya motivo suficiente para rechazar la alegación planteada, sin que sea necesario entonces verificar un examen de ponderación al respecto.

## IV. ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA REQUIRENTE Y SU TITULARIDAD DE DERECHOS HUMANOS

**VIGÉSIMO QUINTO.**- A mayor abundamiento, en el presente proceso una empresa bancaria invoca como infringidas normas de derecho internacional de los derechos humanos contenidas en tratados internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos.

**VIGÉSIMO SEXTO.**- A este respecto, no debe perderse de vista que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interprete autentico de dicha convención, emitió la Opinión Consultiva OC-22/16 sobre "Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)", concluyendo que "se desprende con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano" (párrafo 70), reconociendo como excepciones parciales a las comunidades indígenas o tribales y a las organizaciones sindicales (solamente respecto de los Estados parte del Protocolo de San Salvador), en tanto serían titulares de ciertos derechos específicos.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.**- Para estos efectos, la Corte Interamericana precisa que "el ejercicio del derecho a través de una persona jurídica debe involucrar una relación esencial y directa entre la persona natural que requiere protección por parte del sistema interamericano y la persona jurídica a través de la cual se produjo la violación, por cuanto no es suficiente con un simple vínculo entre ambas personas para concluir que efectivamente se están protegiendo los derechos de personas físicas y no de las personas jurídicas", y que "se debe probar más allá de la simple participación de la persona natural en las actividades propias de la persona jurídica, de forma que dicha participación se relacione de manera sustancial con los derechos alegados como vulnerados" (párrafo 119), todo lo cual permite descartar las alegaciones de la requirente invocando la Convención Americana de derechos Humanos en el caso concreto.

**VIGÉSIMO OCTAVO.**- Es por ello que, sin perjuicio de lo expuesto, la requirente no tiene titularidad sobre derechos establecidos por normas de derecho internacional convencional de derechos humanos.

## V. CONCLUSIONES

**VIGÉSIMO NOVENO.**- De tal forma, el requerimiento entonces debió ser rechazado, al no haber vulneración del derecho al recurso como integrante del debido proceso y al no haber discriminación arbitraria.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

### SENTENCIA ROL 12.573-2021. *Publicada el 6 de octubre de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 4°, N° 2, de la Ley 20.720, que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo. Mutualidad del Ejército y Aviación. En el proceso Rol C-1971-2019, seguido ante el Segundo Juzgado de Letras de San Bernardo, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de San Miguel, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 1355-2021 (Civil).

**VOTO MAYORÍA**

[…]

## I. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO CONCRETO.

**PRIMERO.**- Edgardo Campusano Ramos, abogado, en representación de la Mutualidad del Ejército y Aviación, deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 4 Nº 2, de la Ley Nº 20.720, que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia

del ramo, impugnando específicamente la parte del precepto que precisa "que esta ley señale expresamente" toda vez que, a su juicio, la aplicación de esta parte del precepto, en el caso concreto, infringe las normas contenidas en los artículos 1, 5, 19 Nº 2 y 3 de la Constitución Política, siendo decisiva su aplicación en la gestión pendiente que se sigue ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol IC Nº Civil-1355-2021, donde se encuentra radicado el recurso de apelación interpuesto pòr la Mutualidad, donde se impugna la resolución de 29 de noviembre del 2021, dictada en autos sobre Liquidación Voluntaria, en causa Rol C-1971-2019, seguida ante el Segundo Juzgado de Letras de San Bernardo.

**SEGUNDO.**- A este respecto, la requirente, a fs. 10, sostiene que la parte del precepto que intenta impugnar le impide deducir recursos de apelación en contra de resoluciones respecto a las cuales el legislador concursal no haya establecido expresamente tal posibilidad, lo cual implicará que el recurso deducido sea declarado inadmisible, lo cual devendrá en las siguientes infracciones constitucionales:

**Infracción de la garantía de la igualdad ante la ley con la aplicación de aquella parte del precepto impugnado.**

Señala, a tal efecto que, la parte de la norma legal cuya inaplicabilidad se solicita, provoca que existan dos grupos de individuos que se encuentran en las mismas circunstancias, pero que son tratados de forma diversa. Toda vez que, si en otro procedimiento se hubiera dictado la misma resolución que en autos, el afectado por la decisión podría interponer de recurso de apelación; sin embargo, en el caso de marras, en el contexto de un procedimiento de liquidación voluntaria, pese a los severos errores denunciados, por la aplicación del artículo 4 Nº 2 de la Ley Nº 20.720, no contará con ningún medio de impugnación eficaz para ante el superior jerárquico, a fin de que revise la resolución recurrida, toda vez que la referida norma no lo contempla para este caso.

Argumenta, que no existen razones objetivas por las que, en un procedimiento de liquidación concursal, no exista la posibilidad de interponer un recurso de apelación en contra de la resolución que rechaza la solicitud de hacer uso de facultades oficiosas, de tal forma que, a su entender, la diferencia de trato resultaría, además, desproporcionada.

**Infracción de la garantía del debido proceso como consecuencia de la aplicación del precepto impugnado.**

El actor precisa que, al no existir, al tenor de la parte impugnada del artículo 4 Nº 2 de la Ley Nº 20.720, ningún otro recurso ordinario ante un Tribunal Superior que permita revisar la resolución que desechó hacer uso de facultades oficiosas y apercibirlo a cumplir con el pago de sumas de dinero por el hecho de no autorizarlo expresamente la Ley referida, se priva la posibilidad de la parte agraviada de un examen más amplio y eficaz ante un Tribunal Superior, de manera tal que la incidencia se transforma, en los hechos, en un proceso de única instancia, cuestión que, a su juicio, infringe la garantía del debido proceso, toda vez que la "celeridad del procedimiento" no es justificación suficiente para privarla del derecho al recurso.

## II. SOBRE EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL

**TERCERO.**- Que, respecto a los aspectos que serán objeto de este control de constitucionalidad, resulta oportuno precisar que la sentencia de inaplicabilidad no es la sede para verificar un control abstracto y general sobre la preceptiva impugnada. Al contrario "(…) el control de inaplicabilidad es una acción que tiene por objeto declarar que un precepto legal invocado como norma de

aplicación decisiva en un caso concreto en litis, es o no contrario a la Constitución y que, en consecuencia, no puede ser aplicado por el Juez que conoce del asunto cuando el requerimiento sea acogido" (Pica Flores, Rodrigo. (2010). Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: Los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional. Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 33). Por cuanto, el análisis en este voto se restringirá a la aplicación del precepto impugnado al caso concreto.

**CUARTO**.- Cabe tener presente que el requerimiento se deduce respecto de una regla del procedimiento concursal de liquidación voluntaria, por cuanto será adecuado comenzar señalando algunas precisiones respecto a la naturaleza jurídica de tal procedimiento, atendida la finalidad de la norma.

## III. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.

**QUINTO**.- En tal sentido, es dable precisar que dicho procedimiento se rige por las normas de la Ley Nº 20.720, de 10 de noviembre del 2014, sobre Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y también por las normas del Código de Procedimiento Civil, al constituir dicho procedimiento un instituto procesal del derecho común, por lo cual le será aplicable el artículo 1 de dicho cuerpo normativo, que establece que "las disposiciones de este Código rigen el procedimiento de las contiendas civiles entre partes y de los actos de jurisdicción no contenciosa, cuyo conocimiento corresponda a los tribunales de justicia".

**SEXTO**.- De tal modo, el sistema concursal imperante vino a reemplazar al contenido en el Libro IV sobre Quiebras, del Código de Comercio, el que desde larga data había recibido críticas por su extensión y los costos asociados al proceso "De acuerdo con la edición de 2011 de Doing Business, indicadores del Banco Mundial, el procedimiento de quiebra en Chile es más extenso y costoso que en la mayoría de los demás países de la OCDE. Se tarda 4.5 años y cuesta 15% de la propiedad cerrar un negocio, en comparación con 1.7 años y 9.1% del promedio nacional de los países de la OCDE. Los procedimientos prolongados y los altos costos de quiebra disuaden a los empresarios de correr riesgos al aumentar el costo de los fracasos" (Ver en Aguilar Gorodecki, Alejandra (2011-04-13) Mejores políticas para el desarrollo: Perspectivas OCDE [en línea]. -Consultado: 12 septiembre 2022-)

**SÉPTIMO**.- En relación con la historia del establecimiento de la ley N° 20.720, resulta útil precisar que el Mensaje, de 15 de mayo de 2012, expresa que "uno de los aspectos de mayor trascendencia que informa nuestra economía es la garantía constitucional de libertad para desarrollar actividades económicas con pleno respeto a las normas que las regulan, de conformidad a lo prevenido en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República. (…) Que el Gobierno no sólo respeta la libertad económica, sino que quiere fomentar el emprendimiento como motor de la economía nacional, y como un aporte a la mayor realización de las personas, para lo cual debe hacerse cargo de las empresas que en algún momento dejan de ser viables, (…) permitiendo a los acreedores recuperar todo o parte de sus acreencias. (…) En suma, los motores que impulsan la reforma concursal que se somete a vuestro conocimiento son permitir el pronto y oportuno salvamento de empresas viables; la ordenada y expedita liquidación de aquellas que no gocen de tal viabilidad y, finalmente, la necesidad de entregar a Chile un marco normativo concursal acorde a los tiempos de hoy, con pleno respeto a los estándares internacionales actualmente vigentes" (STC Rol 8305-2020, c. 6º).

**OCTAVO**.- El procedimiento concursal de liquidación voluntaria tiene como objeto la realización de los bienes del deudor, y su ámbito de aplicación es precisamente la liquidación y/o reorganización de bienes y los pasivos, a través de un proceso jurisdiccional que "queda

entregado a la Administración de justicia ordinaria o Poder Judicial y en tal sentido se erige supletoriamente por las normas que ordenan y organizan el actuar de los tribunales ordinarios de justicia. Es un proceso contencioso porque en él se ventilan conflictos jurídicos concretos o hipotéticos entre dos o más sujetos. La controversia en el juicio de quiebra se plantea entre el deudor y la "masa de acreedores" por un lado, y por el otro, entre los acreedores mismos, que disputarán por empequeñecer el pasivo del fallido en vistas a mejorar sus posibilidades de cobro en el activo falencial" (Juan Esteban Puga Vial, "Derecho Concursal del Procedimiento Concursal de Liquidación Ley N° 20.720", cuarta edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, 2015, pp. 196-197). Asimismo, se trata de un proceso ejecutivo "que se planifica en cumplimiento material del derecho y, en el caso particular de las ejecuciones patrimoniales, en el cumplimiento forzado o compulsivo de una obligación impaga; en estos procesos se busca la realización concreta de la manifestación de voluntad legal" (Juan Esteban Puga Vial, op. cit., p. 199).

**NOVENO**.- Que, en consecuencia es posible entonces afirmar que el régimen de procedimiento concursal de liquidación, y especialmente el de liquidación voluntaria, forma parte de un instituto procesal amparado por la Constitución en el numeral 21 de su artículo 19, que asegura a todas las personas el derecho al desarrollo de cualquier actividad económica y cuya regulación está encomendada al legislador. La principal dificultad normativa de tal procedimiento consiste en otorgar garantías efectivas que permitan materializar el contenido constitucional de ese derecho fundamental, lo cual supone que la ley concursal debe orientarse a solucionar los problemas de insolvencia de las empresas que no gocen de viabilidad económica estableciendo para ello un procedimiento expedito y eficaz que salvaguarde tanto los derechos de los acreedores como los del deudor.

## IV. ALGUNAS NOTAS SOBRE LAS GARANTÍAS PROCESALES ESENCIALES A CUALQUIER PROCEDIMIENTO Y EL DERECHO AL RECURSO.

**DÉCIMO**.- Que, el Estado de Derecho se sustenta sobre la base de la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas (en este sentido ver STC. 207. C. 67). Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el Ordenamiento Jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados y aplicándose los procedimientos previamente establecidos, salvo casos excepcionales establecidos por Ley.

**UNDÉCIMO**.- Que, en este sentido, el proceso es el medio o instrumento mediante el cual el Estado resuelve los conflictos que son sometidos al conocimiento de los Tribunales, determinando la vigencia del derecho que resultará aplicable y resolviendo en favor de una de las partes.

**DUODÉCIMO**.- Que, la Constitución de Chile no contiene una norma expresa que determine con diáfana claridad el contenido mínimo de lo que la doctrina ha denominado histórica y universalmente como debido proceso, optando por garantizar el derecho a la legalidad del juzgamiento (que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado) y, a propósito del mismo, se determina la garantía normativa del racional y justo procedimiento e investigación como contenido y vector regulatorio de la ley procesal funcional regulando, además, dos de los elementos configurativos del debido proceso: el derecho a defensa jurídica y el derecho al tribunal predeterminado por la ley.

**DECIMOTERCERO**.- Que, en este orden, una vez reconocido el derecho de acceso a la justicia, ahora en el marco del desarrollo de un proceso, será posible vislumbrar la necesidad de asegurar las demás condiciones mínimas del proceso, que serán absolutas y servirán de punto de partida para la determinación del haz de derechos que gozan las personas.

En este sentido, cabe destacar que el legislador está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad. ( STC ROL Nº 1411, C. 7.) (En el mismo sentido, STC 1429 c. 7, STC 1437 c. 7, STC 1438 c. 7, STC 1449 c. 7, STC 1473 c. 7, STC 1535 c. 18, STC 1994 c. 24, STC 2053 c. 22, STC 2166 c. 22, STC 2546 c. 7, STC 2628 c. 6, STC 2748 c. 14, STC 2757 c. 40, STC 3107 c. 9, STC 3297 c. 13, STC 3309 c. 3309, STC 3171 c. 28, STC 6399 c. 19, STC 7972 c. 56).

**DECIMOCUARTO.**- Como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar, al menos, las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores (STC ROL Nº 478, C. 14.) (En el mismo sentido, STC 576 cc. 41 a 43, STC 699 c. 9, STC 1307 cc. 20 a 22, STC 1448 c. 40, STC 1557 c. 25, STC 1718 c. 7, STC 1812 c. 46, STC 1838 c. 11, STC 1876 c. 20, STC 1968 c. 42, STC 2111 c. 22, STC 2133 c. 17, STC 2354 c. 23, STC 2381 c. 12, STC 2657 c. 11, STC 2697 c. 17, STC 2687 c. 14, STC 2799 c. 14, STC 2853 c. 16, STC 2757 c. 41, STC 2743 c. 24, STC 2791 c. 24, STC 2983 c. 4, STC 3107 c. 7, STC 3309 c. 28, STC 3119 c. 19, STC 3649 c. 7, STC 5219 c. 10, STC 5418 c. 17, STC 5419 c. 17, STC 6411 c. 11, STC 6962 c. 11, STC 4222 c. 48, STC 5121 c. 13, STC 4379 c. 5, STC 4533 c. 5, STC 4972 c. 5, STC 4988 c. 5, STC 5104 c. 5, STC 5778 c. 5, STC 5993 c. 5, STC 5613 c. 5, STC 5751 c. 5, STC 5979 c. 5, STC 5999 c. 5, STC 6108 c. 5, STC 6163 c. 5, STC 6473 c. 5, STC 6349 c. 5, STC 6353 c. 5, STC 6381 c. 5, STC 6508 c. 5, STC 6750 c. 5, STC 6941 c. 5, STC 7076 c. 5, STC 7228 c. 5, STC 7232 c. 5, STC 7233 c. 5, STC 7311 c. 5, STC 7398 c. 5, STC 7430 c. 5, STC 7606 c. 5, STC 3969 c. 8, STC 4434 c. 55, STC 7641 c. 30, STC 6611 c. 4, STC 7060 cc. 11 y 15, STC 7061 cc. 11 y 15, STC 3625 c. 30, STC 3938 c. 16, STC 3770 c. 35, STC 7203 c. 31.)

**DECIMOQUINTO.**- La importancia del derecho al debido proceso radica en la necesidad de cumplir ciertas exigencias o estándares básicos dentro del procedimiento o de la investigación, en su caso, a objeto de que el derecho a la acción no se torne ilusorio y que la persona que lo impetre no quede en un estado objetivo de indefensión. (STC Rol Nº 2371, C. 7, en el mismo sentido, STC 2372 c. 7)

**DECIMOSEXTO.**- En lo que respecta al derecho al recurso, por su parte, entendido como la facultad de solicitar a un tribunal superior que revise lo hecho por el inferior, forma parte integrante del derecho al debido proceso (STC 1443 cc. 11 y 12) (En el mismo sentido, STC 2323 c. 23, STC 2452 c. 13, STC 2743 c. 26, STC 2791 c. 26, STC 3309 c. 17, STC 3119 c. 19, STC 3338 c. 7, STC 6411 c. 11, STC 5878 c. 18). De tal forma, aunque la Constitución garantiza como contenido del debido proceso la revisión de las sentencias, ello no significa que se consagre el derecho a doble instancia. En otras palabras, el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación, pues este será una opción de política legislativa, en el marco de las reservas legales específicas de las garantías de legalidad del proceso y del racional y justo procedimiento, contenidas en el artículo 19 Nº 3 de la Carta Fundamental, que deben ser entendidas, además, limitadas por las garantías genéricas de respeto a los derechos fundamentales como límite al poder estatal.

**DECIMOSÉPTIMO.**- Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal no ha sido llamado a examinar en abstracto si el sistema de impugnación establecido en el artículo 4 Nº 2 de la Ley Nº 20.720, contraviene o no la constitución, sino que para analizar el reproche de constitucionalidad en el caso concreto.

## V. SOBRE LAS INFRACCIONES ADUCIDAS POR LA REQUIRENTE EN EL CASO CONCRETO.

### Artículo 19 Nº 2, de la Constitución Política.

**DECIMOCTAVO.**- A este respecto, la requirente sostiene que la aplicación del precepto impugnado vulnera la garantía de igualdad ante la ley al establecer una distinción de trato que, a su juicio, no es razonable. De tal forma, la infracción se verifica, toda vez que quienes están siendo juzgados conforme al procedimiento establecido en la Ley Nº 20.720, están sujetos a una privación respecto a la posibilidad de oponer recurso de apelación, que no existe en el procedimiento general aplicable al cobro ejecutivo.

**DECIMONOVENO.**- Que, esta Magistratura es conteste con su basta jurisprudencia, por cuanto reafirma que "en el marco protector de la garantía normativa de la igualdad se garantiza la protección constitucional de la igualdad en la ley, prohibiendo que el legislador, en el uso de sus facultades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias arbitrarias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que, optando por una fórmula de otro tipo, se inclinó por establecer como límite la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria" (en este sentido ver STC Rol 5225, c. 12; STC Rol 986, c. 30)

**VIGÉSIMO.**- Dicho lo anterior, es preciso señalar que si bien el legislador tiene la facultad para fijar procedimientos especiales, ello no es fundamento para realizar excepciones que priven a las partes de los derechos que ordinariamente disponen, a menos que exista alguna motivación que sostenga dicha limitación respecto a que lo decidido por un tribunal pueda ser revisado por uno superior – ya sea a través del sistema recursivo ordinario, o bien el establecimiento de recursos especiales-.

Por lo anterior, la autonomía que goza el legislador para configurar los procedimientos le autoriza a tratar en forma diversa situaciones que, objetiva y razonablemente, son disímiles, pues su propia naturaleza o el tipo de interés comprometido, exijen una tramitación rápida y eficaz, sin que ello signifique retroceder en la exigencia de un racional y justo procedimiento.

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- Pues bien, ante los cuestionamientos de la requirente referidos a que el N° 2 del artículo 4 de la ley N° 20.720 infringe el derecho a la igualdad ante la ley, cabe afirmar que existen razones objetivas y racionales para que el legislador haya establecido reglas especiales aplicables al deudor sometido a un proceso de liquidación voluntaria y que llevan a limitar la posibilidad de que interpongan recursos en él, apartándose de las normas comunes a que se sujeta el deudor en los juicios ejecutivos que regula el Código de Procedimiento Civil.

Al analizar las diferencias que llevan a distinguir en ese sentido uno y otro procedimiento, cabe notar que mientras en las ejecuciones individuales se busca proteger exclusivamente los intereses del acreedor -lo cual se traduce en el hecho de que puede embargar tal o cual bien y tramitar el procedimiento de apremio de forma más o menos rápida, según sus intereses personales-, en el procedimiento concursal está comprometido el interés del deudor, el de los acreedores -que tienen por objeto lograr un acuerdo patrimonial o liquidar en forma ordenada, respetando

la prelación de créditos- y el del Estado, a quien le interesa el adecuado uso del crédito en la actividad económica.

Dada esta fundamental diferencia, ante la insolvencia de un sujeto "debe emplearse una defensa colectiva, porque ese estado patrimonial atenta contra los intereses de la masa, de los acreedores y de la sociedad toda" y, por ello, "siendo diversos los bienes jurídicamente comprometidos en uno y otro caso, son también diferentes las defensas que el derecho ofrece para cada evento" (Sandoval, op. cit., p. 24).

A lo anterior ha de agregarse, como explica el profesor Puga Vial, que el derecho concursal tiene por finalidad abordar la insolvencia de los deudores, esto es una "iliquidez crónica e irremontable descrita como una asincronía entre las fechas de vencimiento de las obligaciones y el activo circulante del deudor". De ahí surge la protección al principio par condictio creditorum, que busca resguardar las normas de prelación de créditos siendo así "la única forma posible de resguardar las normas de la prelación de créditos ilusoria entregada a múltiples ejecuciones individuales" (op. cit., p. 56).

**VIGÉSIMO SEGUNDO.**- Teniendo presente entonces los bienes jurídicos comprometidos y las particularidades de uno y otro proceso al no encontrarse en una misma situación el insolvente que el demandado en un juicio ejecutivo, no existe, por lo tanto, una desigualdad de trato en la norma legal cuestionada que lleve a la vulneración del artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental.

Por otra parte, la igualdad ante la ley no sólo se traduce en la interdicción de la arbitrariedad (artículo 19 N° 2, inciso segundo, de la Constitución) sino que asegura también la generalidad y abstracción, características de este tipo de normas (artículo 19 N° 2, inciso primero, de la Constitución). Así "la importancia de la generalidad de una norma en materia procesal radica en el hecho de que se aplica a ambas partes del juicio, quienes se encuentran en la misma situación para interponer las impugnaciones, asegurándose de ese modo un principio primordial del procedimiento civil: la bilateralidad de la audiencia" (STC Rol N° 2034, considerando 14° del voto disidente).

**VIGÉSIMO TERCERO.**- Como ha dicho este Tribunal -en sentencia recaída también en un requerimiento de inaplicabilidad que cuestionaba algunas normas de la ley N° 20.720- si el examen de una eventual desigualdad de trato y, por ende, de un atropello al principio de igualdad ante la ley, obliga a determinar cuál es el universo de aquellos que deben ser tratados como iguales "cabe desechar la argumentación planteada por el actor, pues el trato igual debe darse entre aquellos que se encuentren regidos por leyes especiales en cuanto a la tramitación de un procedimiento y no entre estos últimos y los afectos a los procedimientos ordinarios" (STC N° 7290, c. 23°). Es decir, como la igualdad debe darse entre ambas partes en el juicio, tampoco puede concluirse que exista infracción a la igualdad ante la ley si tanto al demandante como al demandado les afecta la limitación a que se refiere la norma cuestionada en relación a la procedencia de los recursos que se señala y, en especial, al de apelación a que se refiere el N° 2 de su art. 4°.

## Artículo 19 Nº 3, de la Constitución Política.

**VIGÉSIMO CUARTO.**- Que, el requirente a fs. 14 y 15, señala que la segunda infracción que se produce de aplicar aquella parte del artículo 4 Nº 2 de la Ley Nº 20.720, dice relación con la infracción del debido proceso, en su manifestación del derecho al recurso o revisión por un Tribunal Superior.

**VIGÉSIMO QUINTO**.- Que, los recursos procesales son "(…) actos jurídicos de la parte o de quien tenga legitimación para actuar, mediante el cual se impugna una resolución judicial, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su dictación" (Mosquera Ruíz, Mario; Maturana Miquel, Cristián, Los recursos procesales, Editorial Jurídica de Chile, 3º edición, 2019, p.29). Así, el objeto del recurso no es solamente la revisión de lo resuelto por un Tribunal Superior, sino que también es "obtener en interés de las partes decisiones correctas y, por tanto, justas, mediante la revisión de las sentencias dictadas" (Núñez Ojeda, Raúl, 2008. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo. Ius et Praxis, 14(1),199-223. [fecha de Consulta 20 de Enero de 2021]. ISSN: 0717-2877. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=197/19714108).

**VIGÉSIMO SEXTO**.- Así, el derecho al recurso, como componente del procedimiento racional y justo, no significa que se consagre necesariamente el recurso de apelación. En consecuencia, cuando el diseño legislativo considere otros medios para corregir el vicio en el procedimiento, o bien exista una razón objetiva para limitar o suprimir el acceso a la recurso, como sucede en el caso concreto, no procederá la declaración de inaplicabilidad. En consecuencia, es preciso formular la siguiente pregunta: En el caso concreto ¿tienen las partes, en aplicación de las normas impugnadas, garantías recursivas efectivas de un procedimiento racional y justo que les permita enfrentar una situación de infracción a derecho, sin generar la indefensión frente al juzgador?

**VIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, en este sentido es dable precisar que el mismo artículo 4, impugnado en autos, si bien excluye la posibilidad de deducir recurso de apelación en el caso de autos, permite reponer, conforme a las reglas generales e interponer el recurso de Casación – en los casos y formas establecidos en la Ley-. Asimismo, se proveyó, en diversas etapas procesales, la posibilidad de que el actor, en la etapa de verificación de créditos, hiciera valer sus derechos, solicitando su exclusión, o bien verificar crédito de forma tal de propender a su pago al concluir el procedimiento concursal de Liquidación. Sin embargo, el actor no explicita cómo el precepto que impugna, en el caso concreto le afecta, es decir, si en el contexto de la gestión pendiente, o dentro del abanico de otras herramientas procesales que tiene o tuvo disponibles, pudo impugnar el supuesto vicio denunciado. O bien, si su alegación obedece al diseño normativo, por el cual el legislador ha optado.

**VIGÉSIMO OCTAVO**.- En este sentido, estos sentenciadores estiman que la configuración del procedimiento concursal es una decisión legislativa, por cuanto este Tribunal debe ser deferente a dicha decisión, en tanto ella no exceda los principios o valores precisados en el Ordenamiento Jurídico. De tal forma, el legislador ha configurado un procedimiento especial en materia concursal, para agilizar procedimientos de pago, reduciendo plazos, eliminando trámites propios del ordenamiento común, evitando incidencias innecesarias, así como las excepciones que puede oponer el ejecutado.

**VIGÉSIMO NOVENO**.- Se debe tener presente, además, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado con anterioridad respecto a la extensión del derecho al recurso, señalando en lo pertinente:

> *"123. Además, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de establecer normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. También ha establecido que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo, es decir que den resultados o*

*respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley. Lo anterior implica que el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente. De igual manera un recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas (…)"*( Corte IDH. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C Nº. 300. En el mismo sentido: Caso Duque Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C Nº. 322, párrs. 147-148).

**TRIGÉSIMO**.- Que, en el caso concreto, debe tenerse presente que "(…) la ausencia de recursos reconocidos en las normas generales del derecho puede ser constitucionalmente compensada por la jerarquía, integración, composición e inmediación del Tribunal que conoce del asunto. Incluso más, cuando se reconoce legalmente el derecho al recurso, en el contexto señalado, menos existiría una exigencia constitucional respecto al tipo específico de recurso, vale decir, apelación conducente a una doble instancia. Es decir, la exigencia constitucional del derecho al recurso como componente del debido proceso, depende de múltiples circunstancias sistémicas y de contexto procesal, o incluso concretas, y no configura un requisito de validez del juicio per se" (STC Rol 3867-17. C. 10º del voto en contra). Es decir, la temática del derecho al recurso no debe ser analizada en la perspectiva de sinonimia con la apelación ni en el prisma "del recurso que la parte desee" ni en la perspectiva de "tener a la vez todos los recursos que la parte quiera o que el ordenamiento jurídico contemple" sino a la luz de existir mecanismos de control y revisión de lo razonado y resuelto, por un tribunal superior igualmente independiente e imparcial.

**TRIGÉSIMO PRIMERO**.- Que, en atención a los fundamentos expresados precedentemente, estos ministros deciden rechazar el requerimiento deducido.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

**SENTENCIA ROL 13.304-2022.** *Publicada el 7 de diciembre de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 418 del Código Procesal Penal. Hugo Gutiérrez Gálvez. En el proceso Rol N° 892-2021 (Pleno), sobre solicitud de desafuero, seguido ante la Corte de Apelaciones de Arica, en actual conocimiento de la EXCMA. Corte suprema, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 14.099-2022.

**VOTO MAYORÍA**

[…]

**I. ASPECTOS RELEVANTES DEL CASO CONCRETO.**

**PRIMERO.**- Enzo Morales Norambuena, abogado, en representación de Hugo Gutiérrez Gálvez, deduce requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 418 del Código Procesal Penal, pues su aplicación devendría en la infracción del artículo 61, inciso segundo, de la Constitución Política de Chile.

Como consta a fs. 17, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica certifica que con fecha 25 de noviembre del 2021, se ingresó causa sobre desafuero, Rol Corte Nº 892-2021 Pleno, caratulada "Villanueva Vega César contra Gutiérrez Gálvez Hugo Humberto" por solicitud de desafuero en contra del señor Gutiérrez. En dicha causa se dictó sentencia definitiva el 27 de abril del 2022, en la cual se rechazó la solicitud de desafuero. En contra de dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido, habiéndose remitido los antecedentes a la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 10 de mayo de 2022. Al momento de la presentación ante este Excelentísimo Tribunal Constitucional, la gestión pendiente se encontraba siendo conocida por la Excelentísima Corte Suprema, bajo el Rol 14.099, sobre recurso de apelación deducido en contra de la sentencia definitiva que rechazó la solicitud de desafuero.

**SEGUNDO.**- La requirente precisa, respecto a la solicitud de desafuero, que con fecha 04 de febrero del 2021, se dedujo querella en procedimiento de acción penal privada por el delito de injurias en contra de Hugo Gutiérrez Gálvez, singularizada con el RIT 757-2021 del Juzgado de Garantía de Iquique. Con fecha 05 de febrero de 2021, se tuvo por deducida y se citó a audiencia de conciliación y juicio. El 02 de agosto del 2021 se decretó, a petición de la defensa del querellado, el sobreseimiento temporal fundamentado en que Hugo Gutiérrez, a la fecha de realización de la audiencia, gozaba de fuero constitucional como consecuencia del ejercicio del cargo público de elección popular de Convencional Constituyente, en conformidad a los artículos 134 y 61 de la Constitución Política de la República. La resolución referida fue apelada por el querellante, siendo revocada con fecha 10 de septiembre del 2021, dejando sin efecto el sobreseimiento temporal, ordenando, en consecuencia, continuar la tramitación de la causa. De esta resolución, la defensa del querellado recurrió de amparo constitucional preventivo, en causa Rol 468-2021, el cual fue acogido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, la que ordenó al querellante proceder previamente a la solicitud de desafuero correspondiente.

**TERCERO.**- En relación con el vicio de constitucionalidad aducido en autos, la requirente precisa que por aplicación del artículo 134, inciso primero, de la Constitución Política de la República – incorporado mediante la Ley Nº 21.200, que modificó el Capítulo XV de la Constitución- los Convencionales Constituyentes son sometidos al Estatuto parlamentario en materia de desafuero, lo cual debe ser entendido en concordancia con el artículo 61, inciso segundo de la Constitución, el cual precisa que:

"Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según sea el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a la formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema"

En tal orden, el actor señala que el artículo 418 del Código Procesal Penal, en contradicción con la Constitución, admite la posibilidad de apelar de la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de desafuero, infringiendo con su aplicación, a juicio del requirente, lo establecido en el inciso segundo del artículo 61 de la Carta Fundamental, norma con superioridad jerárquica en la cual se precisa que "solo es apelable la resolución que concede el desafuero en contra del aforado". En tal sentido, la Carta Fundamental limita a una sola hipótesis la procedencia de recurrir de apelación en contra de la sentencia definitiva que se pronuncia por la solicitud de desafuero de un parlamentario, sea este diputado o senador, extendida a los Convencionales Constituyentes por delegación del artículo 134, inciso primero, de la Constitución.

**CUARTO**.- El actor agrega que, esta hipótesis procede cuando el Pleno de una Ilustrísima Corte de Apelaciones acoge la solicitud de desafuero, apelación que es concedida y resuelta en segunda instancia por el Pleno de la Excelentísima Corte Suprema. Sostiene que, al contrario, cuando el Pleno de la Ilustrísima Corte de Apelaciones rechaza la solicitud de desafuero deducida, no procede el recurso de apelación contra la sentencia definitiva, pues dicha resolución produce efecto de cosa juzgada, en virtud del artículo 421 del Código Procesal Penal, y obliga, en el caso del procedimiento de acción penal pública, a sobreseer definitivamente al aforado, en tanto en el caso de la acción penal privada, el juez de garantía decreta no admitir a trámite la querella y ordena el archivo de los antecedentes relacionados con la querella.

Al entender del requirente, lo anterior encontraría su fundamento en la parte final del inciso segundo del artículo 61 de la Carta Fundamental "De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema", la que hace referencia únicamente a la resolución que acoge el desafuero y ordena formar causa, toda vez que la frase se ubica a continuación de la siguiente "si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a la formación de causa".

En tal sentido, sostiene que dicha interpretación ha sido la adoptada por este Tribunal Constitucional, destacando al efecto las causas Roles 2067-11, 3046-16, 3764-17, 6028-19 y 10871-21, en los cuales se habría confirmado el criterio de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 418 del Código Procesal Penal, en relación con el inciso segundo del artículo 61 de la Constitución.

## II. SOBRE EL ARTÍCULO 61 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

**QUINTO**.- Antes que todo, es dable señalar que la inmunidad parlamentaria puede entenderse en un sentido amplio y en otro restringido. En su sentido amplio, se debe entender como un derecho inherente a la condición parlamentaria en virtud del cual se le otorga a los representantes un margen de "indemnidad" respecto de las acciones judiciales que se promuevan en su contra, la cual se puede concretar en inmunidad o en forma de inviolabilidad.

En tanto en un sentido restringido, la inmunidad parlamentaria consiste en que diputados y senadores no pueden ser acusado o privado de su libertad "(…) si el tribunal de alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa" (ver artículo 61 inciso segundo de la Constitución Política) salvo cuando sean sorprendidos en flagrancia. Decisión legislativa que, como se revisará más adelante, implica

la exigencia de un requisito adicional "el levantamiento de la inmunidad" para que puedan ser procesados en el fuero común, es decir, se erige como una garantía procesal de carácter formal, con el objeto de asegurar el ejercicio de la actividad de diputados y senadores, la que puede verse alterada únicamente por causales previstas en la Ley; por cuanto, la finalidad de la inmunidad radica en proteger el ejercicio de la actividad democrática desarrollada en el congreso, de modo tal que no puede ser entendida como un derecho subjetivo, sino como una garantía para el desarrollo de la actividad democrática en el país, pues si bien protege al parlamentario de una persecución criminal infundada, que pueda inhibir o entorpecer el cumplimiento de sus funciones, posee una finalidad garantista de la función pública, la protección de la dignidad, dedicación e independencia en el ejercicio del cargo, y que posee además un fundamento asociado al resguardo de la autonomía de las Cámaras legislativas y al principio de separación de poderes, que representa valores trascendentales en un Estado de Derecho.

**SEXTO**.- Que, en tal sentido, al revisar la historia constitucional de Chile es posible constatar, como antecedente del modelo de desafuero actualmente adoptado, que la Constitución Política de 1925 despoja a las Cámaras la facultad de autorizar el juzgamiento de sus integrantes frente a acusaciones criminales, como ocurría en la mayor parte de las democracias, trasladando dicha atribución a una respectiva Corte de Apelaciones, como consta en su artículo 33, en el cual establecía:

"Ningún Diputado o Senador, desde el día de su elección, puede ser acusado, perseguido o arrestado, salvo el caso de delito flagrante, si la Corte de Apelaciones de la Jurisdicción respectiva, en Tribunal Pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar la formación de causa. De esta resolución podrá recurrirse ante la Corte Suprema".

**SÉPTIMO**.- Que, la Comisión de Estudio de la Constitución de 1980 "junto con proponer la supresión de la inmunidad parlamentaria (repuesta luego por el Consejo de Estado, aunque más limitada que en la Carta de 1925) sostuvo que <<el fuero o beneficio procesal que se concede a los parlamentarios es ampliamente suficiente para resguardar la independencia de sus funciones>> (Memorándum sobre Ideas Precisas, Revista chilena de Derecho, volumen 8, 1981, p. 261)" (ver en este sentido STC Rol 2067-11, c. 8º).

**OCTAVO**.- En tal sentido, es relevante destacar que el inciso segundo del artículo 61 de la Constitución define como mandato que "Ningún diputado o senador, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso del delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte suprema" con lo cual el constituyente, mediante una norma de carácter prohibitiva establece que "ningún diputado o senador" puede ser acusado, siempre que exista una autorización previa del pleno de la Corte de apelaciones, permitiendo la formación de una causa en contra del respectivo diputado o senador.

Del mismo modo, cuando el constituyente establece que "De esta resolución, podrá apelarse para ante la Corte Suprema" habilita la posibilidad de apelar de esta decisión en caso de que perjudique al parlamentario.

**NOVENO**.- La hipótesis que permitiría una interpretación amplia, esto es, aquella que habilita una apelación respecto de la "resolución que se pronuncia sobre la petición de desafuero" (artículo 418 del Código Procesal Penal) en términos neutros, introduce la posibilidad de apelar de aquella regla que rechaza la declaración de "haber lugar a formación de causa" (conforme con el inciso segundo del artículo 61 de la Constitución).

A reglón seguido, habrá que comprender que la expresión "formar causa" se refiere al sometimiento

del sujeto al proceso, toda vez que el litigio -la causa- se produce a partir del momento en que el inculpado adquiere la condición de parte y, con ello, adquiere las cargas propias de su intervención en juicio.

En consecuencia, el artículo 61 de la Constitución es un obstáculo a la pretensión de interposición general de la apelación respecto de la resolución de la Corte de Apelaciones sobre el desafuero, sin distinguir si ésta fue estimada o desestimada. Entonces corresponderá cuestionarse si ¿la interpretación precedente es meramente literalista o formalista en extremo sin atender los bienes jurídicos fundamentales que preserva la Constitución?

A juicio de estos Ministros, la interpretación no es reduccionista, más bien se funda en líneas interpretativas propias de un Estado Constitucional y democrático de derecho. En primer lugar, cabe destacar que el Estatuto Parlamentario exige una interpretación restrictiva de todas sus reglas, excluyendo analogías y extensiones de supuestos no previstos por el constituyente. En segundo lugar, porque la interpretación específica o centrada en el respeto estricto a la norma constitucional es aquella que rige la disciplina sobre la cual reside la imputación.

Existe desafuero frente a imputaciones penales y no frente a cualquier acusación. El mecanismo que cautela la acción del parlamentario, <<el fuero>> y por el cual se solicita su desafuero, tienen como punto de partida lógico un origen penal, rama del derecho en la cual rige el principio por el cual se prohíben las interpretaciones analógicas "in malam parte". Si bien dicha dimensión es parte del derecho sustancial, se entiende que el objetivo de la acción del Ministerio Público es situarlo en un ámbito procesal conducente a una imputación penal, según se revisará.

**DÉCIMO**.- De este modo, la concurrencia de un estatuto parlamentario de interpretación restrictiva, cuyo objeto es tener aplicación en el marco de un proceso penal, el que se gobierna también con criterios estrictos y no analógicos, suponen que los términos de la disposición del inciso segundo del artículo 61 de la Constitución identifica una regla restrictiva de apelación solo en el evento que la Corte de Apelaciones autorice la formación de una causa penal en contra del parlamentario, superando la protección parcial que otorga el fuero parlamentario.

## III. EL FUERO NO AFECTA LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO.

**UNDÉCIMO**.- Como se ha señalado anteriormente, el fuero es una limitación procesal respecto de los parlamentarios. En tal orden, resulta oportuno señalar que cuando el Estado o un querellante ponen en movimiento el aparataje jurisdiccional, mediante una acción en contra de determinada persona, se da inicio a una investigación del Ministerio Público, cuyo propósito es establecer, primeramente, si los hechos son constitutivos de delitos y, luego, si de ellos se deriva la participación punible de uno o más sujetos.

Precisado lo anterior, es imprescindible expresar que el fuero no afecta en nada la función investigativa del Ministerio Público - el artículo 416 del Código procesal Penal establece, dispone un procedimiento en el caso de que el Fiscal formulare acusación por crimen o simple delito en contra de una persona que tenga fuero- y tampoco inhibe la interposición de querellas por particulares (ni si quiera en delitos de acción privada- ni impide que exista difusión sobre estas indagaciones (artículo 19 Nº 12º de la Constitución Política).

**DUODÉCIMO**.- En consecuencia, la calificación de la procedencia de la acusación y la declaración sobre haber lugar a formación de causa, no importa una disminución de los requisitos para autorizarla.

Así, en el procedimiento penal debe distinguirse el inicio de la persecución penal, cuando el Ministerio Público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres

de delito; la formalización de la investigación, para exponer los cargos que se presentaren en contra del imputado; el cierre de la investigación, una vez practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus partícipes, y la acusación, cuando se estimare que la investigación proporciona fundamentos serios para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere efectuado la formalización. Lo anteriormente expuesto, es de relevancia en el caso concreto, pues el fuero opera como una regla que solo adquiere una función dentro de un ámbito procesal específico, esto es, antes de proceder a una acusación formal o como un requisito para solicitar a un juez de garantía la prisión preventiva u otra medida cautelar. En este último caso, como un efecto de dimanación general de la garantía constitucional que exige que "(…) las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa" (artículo 83, inciso 3º, de la Constitución Política).

De lo señalado es posible concluir que, el Ministerio Público tiene libertad para indagar a un parlamentario sin que el fuero configure un impedimento para verificar la existencia de un delito y la participación punible del imputado, con el objeto de sostener la acusación fiscal.

**DECIMOTERCERO**.- Que, cuando el Ministerio Público activa la acción penal Pública es porque tiene los antecedentes necesarios que le permiten a un juez controlar los elementos básicos de un acto u omisión que reviste con plausibilidad los caracteres de ser punible y atribuible en una o más personas la participación en el hecho reprochado. En este punto es posible vislumbrar la diferencia entre una persona indagada por un delito y, la situación de un parlamentario, o en este caso, un Convencional Constituyente, indagado por un delito. Esto es, que el Tribunal que examina la plausibilidad de la acusación es un Tribunal de Alzada integrado por el Pleno de Ministros y Ministras que integran la jurisdicción de donde principia la competencia respectiva, a diferencia de la regla general. Sin perjuicio de lo expuesto, ello no es motivo suficiente para estimar que la diferencia es arbitraria, toda vez que tanto un Juzgado de Garantía como la ilustrísima Corte de Apelaciones, en el caso concreto, deben pronunciarse sobre las condiciones básicas que habilitan al persecutor a sostener una acusación. Más aún, ambos deben cumplir con la condición exigida por el artículo 83 de la Carta Fundamental, esto es, solo previa autorización judicial se podrá privar al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura.

## IV. LA CONFIGURACIÓN PROCESAL DE LA APELACIÓN Y EL CASO CONCRETO.

**DECIMOCUARTO**.- La Constitución utiliza la voz "apelación" en cinco normas constitucionales, a saber (a) el artículo 19 Nº 7, letra e) -sobre apelación de la resolución que se pronuncia sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9-, (b) el artículo 19 Nº 16, inciso 4º - sobre la apelación de las resoluciones que emanen de colegios profesionales, relativas a la conducta ética de sus miembros-; (c) Artículo 61, inciso 2º - norma impugnada en autos-; (d) artículo 96, inciso 1º -apelación, ante el Tribunal Calificador de Elecciones, de la resolución de las reclamaciones que emanan del Tribunal Electoral Regional respectivo-; y (e) artículo 124, inciso 6º -Ningún gobernador regional, delegado presidencial regional o delegado presidencial provincial, desde el día de su elección o designación, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a la formación de causa. De esta resolución podrá apelarse ante la Corte Suprema-. Señalado lo anterior, es posible señalar que existen reglas de acción de fines. Las primeras cualifican normativamente determinada conducta. En cambio, las reglas de fin cualifican deontológicamente la obtención de un estado de cosas. De tal modo, será posible catalogar las reglas de desafuero, como reglas de fin, más no de acción-.

**DECIMOQUINTO.**- Que, en tal orden, siguiendo la línea jurisprudencial de la STC Rol 10871-21, c.14, es dable señalar que "Las reglas de acción cualifican normativamente determinada conducta. En cambio, las reglas de fin cualifican deónticamente la obtención de un estado de cosas. Las reglas del desafuero son reglas de fin y no de acción, lo que se ejemplificaría por la forma en que la Constitución regula las apelaciones (…) pues en ninguna de ellas lo hace para regular el doble efecto de la apelación, sino para identificar finalidades específicas. Por tanto, la regla interpretativa que predomina es indagar acerca de la finalidad de la norma y no poner en acción el doble efecto de la apelación"

De esta forma, ya no nos encontramos ante un examen que destaca las características literales de la disposición (artículo 61 de la CPR) sino que identifica el objetivo de la apelación en el ordenamiento constitucional, comprendiendo una fórmula integral de aplicación a todos los supuestos de uso en la Constitución. Así, el sentido técnico de su uso será específico a la finalidad de su establecimiento.

## V. SOBRE EL DESAFUERO COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN INSTITUCIONAL.

**DECIMOSEXTO.**- Que, como se ha señalado precedentemente, el fuero es una garantía procesal que intenta asegurar el desarrollo de la actividad democrática en el país, pues si bien protege al parlamentario de una persecución criminal infundada, que pueda inhibir o entorpecer el cumplimiento de sus funciones, posee una finalidad garantista de la función pública, la protección de la dignidad, dedicación e independencia en el ejercicio del cargo, y que posee además un fundamento asociado al resguardo de la autonomía de las Cámaras legislativas y al principio de separación de poderes, que representa valores trascendentales en un Estado de Derecho (En este sentido ver STC Rol 478, c. 2º).

En tal sentido, el desafuero es definido por la jurisprudencia como un "antejuicio" en el cual se determina la condición de procesabilidad de un diputado o senador, en materia de responsabilidad penal, efectuado por un Tribunal de alzada que declara ha lugar formación de causa en contra del parlamentario (Ver en Aldunate, Eduardo (2009). Constitución Política de la República. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I, Santiago, punto lex, Thomson Reuters. P. 461).

**DECIMOSÉPTIMO.**- Que, respecto a los efectos jurídicos de la resolución de desafuero, por parte de la Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva, es posible precisar dos efectos, a saber, (1) si por sentencia firme que declara no haber lugar a la formación de causa, se sobreseerá definitivamente al parlamentario. En cambio, (2) si se declara haber lugar a la formación de causa y se desafuera, dicha resolución devendrá en las siguientes consecuencias: A. El diputado o senador desaforado quedará suspendido de su cargo (conforme al inciso 4º, del artículo 61 de la Constitución Política); B. el acusado quedará sujeto al juez competente. Por tanto, se habilita para acusar penalmente, someter al desaforado a medidas cautelares y, eventualmente, condenarlo a una pena.

**DECIMOCTAVO.**- Que, el Ministerio Público, en el desarrollo de su actividad, deberá realizar todas las actuaciones con imparcialidad y objetividad, por cuanto deberá indagar los hechos constitutivos de delito y aquellos que determinen la participación punible, pero además ha de investigar los hechos que acrediten la eventual inocencia del imputado, como regla procesal fundamental, para evitar la configuración de una acusación temeraria o infundada -cuestión que en caso alguno corresponderá a esta magistratura ponderar o calificar, toda vez que la valoración de los fundamentos de la acusación es competencia del juez del fondo-.

**DECIMONOVENO.**- Que, desde esta perspectiva es posible constatar que la institución

del "fuero parlamentario" se ha extendido como herramienta protectora al estatuto de los expresidentes de la República (conforme al artículo 30 de la Constitución), así como en el de los Convencionales Constituyentes (artículo 134 de la Constitución).

En tal sentido, relevamos el hecho de que lo protegido sea la "institución", toda vez que las funciones desarrolladas por quienes ostentan el cargo referido, son caracterizadas por estar sometidas al escrutinio público -que, en una dimensión propia de las sociedades pluralistas, pueden significar desacuerdos profundos -. Si bien, dichas eventuales discrepancias son protegidas en el amparo de la reivindicación de la libertad de expresión con la impunidad por las opiniones de parlamentarios y convencionales constituyentes, exclusivamente emitidas en salas, comisiones o plenos. Esto es la inviolabilidad parlamentaria, institución que es más restrictiva que el fuero parlamentario y que solo cabe en los supuestos calificados por el constituyente, y en los espacios por este definido.

**VIGÉSIMO.**- Que, el fuero como garantía de las instituciones democráticas, es una herramienta procesal por la cual se busca impedir la afectación de la estabilidad de la integración de los órganos deliberativos indicados. Una modificación de los quórums, por la simple vía de la suspensión en el cargo, aunque sean estimadas o desestimadas posteriormente, puede incidir en la característica de una votación, por tanto, en especial atención a dicha situación, relevando el proceso democrático como bien jurídico relevante para el constituyente, éste ha precavido mediante la institución del fuero, la utilización del "proceso" como una estrategia procesal para influir en la decisión legislativa, o como pudo haber ocurrido en este caso, en la definición de la Convención Constitucional sobre alguna materia de su interés.

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- Que, desde larga data esta Magistratura constitucional ha precisado que "(…) a pesar de representar una excepción constitucional al principio de igualdad, posee una finalidad garantista de la función pública parlamentaria, en particular, la protección de la dignidad, dedicación e independencia en el ejercicio del cargo, y que posee además un fundamento claramente político, asociado al resguardo de la autonomía de las Cámaras legislativas y al principio de separación de poderes, que representa valores esenciales del Estado de Derecho, siendo su justificación mediata el pleno ejercicio de la soberanía popular" (Ver en este sentido STC Roles 533, 561, 568, 791, 806, y 2067, c.9º).

## VI. CONCLUSIONES.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.**- Que, conforme a los antecedentes que constan en el proceso constitucional de estos autos, el fuero no es un privilegio procesal para el acusado en un proceso penal, sino que es una garantía procesal para la conservación de la institucionalidad democrática en el país. En consecuencia, se ha verificado que el Ministerio Público debe asegurar un estándar de investigación sometido al mismo estándar que cualquier otro proceso, sin afectar la libertad de investigación que la Constitución asegura al Ministerio Público, pues lo que se modifica no son los principios ni reglas de investigación, sino que el Tribunal que conocerá y deberá decidir sobre la prosecución del proceso.

**VIGÉSIMO TERCERO.**- Así, la Resolución del Tribunal de Alzada cumple una función penal restrictiva, pues cautela la presunción de inocencia del Convencional Constitucional requirente; supone interpretar de un modo coherente una dimensión desestimatoria de un órgano colegiado como la perspectiva de protección del fuero de un Convencional Constituyente.

**VIGÉSIMO CUARTO.**- En consecuencia, esta Magistratura no considera que pueda estimarse como una infracción al artículo 19 Nº 3, inciso sexto de la Constitución, en relación con el debido proceso, la norma que se intenta inaplicar, toda vez que la "apelación" en la Constitución,

no se configura como la protección subjetiva de una pretensión en un proceso, sino que cautela el ejercicio de una función pública. De modo tal, el artículo 61 de la Constitución se basta a si mismo, respecto del contenido que resguarda.

**VIGÉSIMO QUINTO**.- Por otro lado, la determinación de los efectos del fuero en el tiempo, en relación a la determinación de la data de ocurrencia de los hechos que se imputan, y si ello es o no relevante para determinar si hay o no fuero, es una cuestión que no compete a esta Magistratura determinar, por ser propia de la determinación de hechos y aplicación de normas en el tiempo, materias propias de las atribuciones de los juzgadores del fondo de la gestión pendiente.

**VIGÉSIMO SEXTO**.- Finalmente, cabe estimar la infracción constitucional del artículo 61 porque el artículo 418 del Código Procesal Penal, al habilitar la apelación cuando la resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones ha desestimado la autorización para hacer lugar a la formación de causa en contra del Convencional Constituyente, requirente en autos. En dicho orden, se infringe la Constitución en el mencionado precepto, toda vez que deviene en afectación al principio de representación democrática, integración parlamentaria y protección de la función deliberativa, según ya se explicó. En consecuencia, cabe acoger el requerimiento por haber vulnerado el artículo 61 de la Constitución Política.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 418 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN EL PROCESO ROL N° 892-2021 (PLENO), SOBRE SOLICITUD DE DESAFUERO, SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE ARICA, EN ACTUAL CONOCIMIENTO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA, POR RECURSO DE APELACIÓN, BAJO EL ROL N° 14099-2022. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**SENTENCIA ROL 13.527-2022.** *Publicada el 11 de mayo de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil. Albemarle Limitada. En el proceso Rol N° 11.020-2022, sobre recurso de casación en la forma, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

**VOTO MAYORÍA**

[…]

## I. ANTECEDENTES GENERALES.

**PRIMERO**.- Carla Andrea Pizarro, abogada, en representación de Albemarle Limitada, deduce requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto de la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en aquella parte que dispone "En los negocios a que se refiere el inciso segundo del artículo 766 sólo podrá fundarse el recurso de casación en la forma en alguna de las causales indicadas en los números 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º y 8º de este artículo y también en el número 5 cuando se haya omitido en la sentencia la decisión del asunto controvertido", pues a su juicio la aplicación del precepto impugnado infringe los artículos 19 Nº 2, 3 inciso 1 y 6, y el artículo 5, todos de la Constitución Política, en relación con los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que (a) no contendría todas las fundamentaciones de hecho y de derecho que le sirven sustento y, (b) se habría dictado con omisión de los trámites esenciales establecidos en la ley, en particular, la recepción de la causa a prueba; porque se trata de causales excluidas de ser revisadas en sede de casación en un juicio especial como es aquel en el que incide la gestión pendiente.

**SEGUNDO**.- En relación con los hechos, la requirente explica que en marzo del 2020, Albemarle inició un arbitraje ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, en contra de la empresa chilena Ingeniería y Representaciones S.A., y la empresa brasilera Cipatex Impregnadora de papeis e Tecidos Ltda.

A reglón seguido, precisa que la demanda se remontaría a un contrato en virtud del cual Emaresa vendió a Albemarle Geomembranas industriales para ser utilizadas en sus operaciones en el Salar de Atacama. De tal modo, sostiene que Emaresa y Cipatex, de forma ilícita violaron sus derechos, pues habrían proporcionado información falsa o falsificada que le provocaron cuantiosos perjuicios. En virtud de lo anterior, solicita, entre otras cosas, la resolución parcial del contrato, la indemnización de perjuicios y el pago del provecho del dolo ajeno.

**TERCERO**.- Agrega, que en desarrollo del proceso arbitral, opuso una excepción dilatoria de incompetencia, argumentando no haber consentido en la cláusula arbitral. Excepción desestimada por el Juez Árbitro, declarándose competente, ante lo cual Cipatex interpuso una reclamación especial de incompetencia contemplada en el artículo 16 Nº 3 de la Ley Nº 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, ante el Presidente de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago; la que fue acogida, y en contra de la cual Albemarle dedujo recurso de casación en la forma en contra de la respectiva sentencia, la que constituye la gestión pendiente, como consta a foja 31.

**CUARTO**.- Sostiene que la Reclamación, referida precedentemente, es un juicio especial, que se resuelve en única instancia según lo consigna el artículo 16 de la LACI. En tal sentido, señala que tal procedimiento debió cumplir con los trámites esenciales que establece el legislador en el artículo 795 del Código de Procedimiento Civil y, además, en la sentencia definitiva de única instancia debió cumplir con los requisitos establecidos al efecto por el artículo 170 del Código

de Procedimiento Civil. En tal sentido, arguye que la sentencia dictada por el Señor Presidente de la Ilustrísima Corte fue pronunciada (a) con omisión del requisito Nº 4 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y, (b) habiendo faltado el trámite o diligencia esencial de recibir la causa a prueba, toda vez que no abrió un término probatorio, conforme al artículo 795 Nº 3 del Código de Procedimiento Civil.

En este sentido, refiere que la sentencia no se pronunció sobre (i) la manifestación, a lo menos tácita, de voluntad de Cipatex respecto de la cláusula arbitral; (ii) el establecimiento de que la demanda de Albemarle supuestamente persigue la responsabilidad contractual de Cipatex; y (iii) qie Cipatex estaría sujeta a la competencia del Señor Juez Árbitro, atendido que Albemarle demanda la responsabilidad conjunta, solidaria de Emaresa y de Cipatex y que, además, Cipatex tiene una relación sustancial e ineludible con la cuestión debatida.

En virtud de lo anterior, a su juicio, todo lo anterior supondría un vicio de casación en la forma por la causal del número 5 y 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 170 Nº 4 del mismo Código.

**QUINTO**.- Sin perjuicio de lo anterior, a foja 05, el requirente señala que sin perjuicio del recurso de casación interpuesto, en el caso concreto, al tratarse de una sentencia emanada de un juicio o reclamación regida por una ley especial, se le aplica el inciso segundo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil que restringe las causales en virtud de las cuales se puede interponer el referido recurso.

**SEXTO**.- A reglón seguido, el actor precisa que el precepto impugnado produce las siguientes infracciones en el caso concreto:

a. Infracción del artículo 19 Nº 2 y 3 de la Constitución Política. En este sentido, el actor señala, a foja 09, que la mera circunstancia de tratarse de sentencias emanadas de juicios o reclamaciones regidas por leyes especiales no legitima ni justifica un tratamiento diferenciado respecto de aquellas resoluciones emanadas de procedimientos no regidos por leyes especiales, toda vez que no sería racional aceptar limitaciones de la procedencia de las causales de casación en la forma referidas por el hecho de haber sido dictadas en un procedimiento especial. De tal modo, a su juicio, sería arbitraria y contrario a la igualdad de la ley procesal privar a las partes de su derecho a recurrir en contra de las sentencias emanadas de un procedimiento regido por la LACI, en relación con la sentencia dictada por el señor Presidente de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, solo por el fundamento de tratarse de un procedimiento especial, sin perjuicio de la concurrencia de los supuestos vicios.

b. Infracción del artículo 19 Nº 3 inciso 6 de la Constitución Política. En este sentido, el actor fundamenta esta supuesta infracción precisando que la doctrina y jurisprudencia han determinado los derechos que integran un justo y racional procedimiento, señalando entre otras, el derecho a la acción, al debido emplazamiento, la bilateralidad de la audiencia, el derecho a aportar prueba, a la motivación de la sentencia y el derecho a recurrir y obtener una revisión de la sentencia por el Tribunal Superior jerárquico.

   » En relación el con derecho a la motivación de la sentencia como elemento esencial del debido proceso. El actor hace referencia, a fojas 11 y 12, a sentencias de éste Excelentísimo Tribunal Constitucional y Corte Suprema, que abordan la extensión y alcance de este derecho.

   » En relación el derecho a aportar prueba como elemento esencial del debido proceso. De igual forma que en el caso anterior, expone su sentido y alcance a través de sentencias de la

Corte Suprema y éste Tribunal Constitucional, pero no efectúa análisis sobre afectación concreta.

» El debido proceso supone el derecho a reclamar en contra de las sentencias que vulneren las garantías fundamentales que lo integran, como es la falta de fundamentación de la sentencia y la falta de trámites esenciales. En ese sentido, precisa que un elemento esencial de esta garantía fundamental es el derecho de los particulares a impugnar lo resuelto, debiendo instruirse el procedimiento siempre de forma racional y justa, como lo mandata el artículo 19 Nº 3 que se señala infringido.

» A juicio del requirente, el recurso de casación en la forma es el medio idóneo para reclamar en contra de las sentencias que vulneran el debido proceso. Sin perjuicio del enunciado anterior, el requirente no señala cuál es el fundamento, en el caso concreto, que debe conducir a este Tribunal a alterar el principio de intervención mínima, así como lo establecido por el legislador en el artículo 16 Nº 3 de la LACI.

**SÉPTIMO**.- En el mismo contexto, el requirente agrega que el precepto impugnado vulnera el artículo 19 nº 2 y 3 inciso 1º de la Constitución toda vez que su aplicación implicaría que Albemarle no podría ejercer el derecho a recurrir de una sentencia, única y exclusivamente porque emana de un procedimiento regulado en una ley especial, lo que a su juicio deviene en un trato desigual por la ley, pues quedaría privada de una vía recursiva siendo forzada a tolerar los efectos de una sentencia que vulnera garantías propias de un racional y justo procedimiento.

## II. DISCUSIÓN DE FONDO. DECISIÓN LEGISLATIVA, SISTEMA RECURSIVO Y ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL DERECHO AL RECURSO.

**OCTAVO**.- Que, debe tenerse presente que el Estado de Derecho se sustenta sobre la base de la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas (en este sentido ver STC. 207. C. 67). Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el Ordenamiento Jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados y aplicándose los procedimientos previamente establecidos, salvo casos excepcionales establecidos por Ley.

**NOVENO**.- Adicionalmente, es imprescindible destacar que las resoluciones judiciales se caracterizan por tener contornos precisados por el principio de legalidad, los cuales además deben ser entendidos a la luz del principio de motivación, tendiente a resguardar la interdicción de la arbitrariedad y la razonabilidad en la decisión del Tribunal. Así, la determinación del significado y el significante que asigna el Juez a una categoría jurídica es el resultado del proceso hermenéutico, restringido por la aplicación de diversas normas del ordenamiento jurídico, concretado en la selección y aplicación de categorías o enunciados jurídicos frente a otros también potencialmente aplicables, cuestión propia de la labor de subsunción que realiza el juez del fondo al dictar sentencia definitiva.

**DÉCIMO**. - Que, sin perjuicio de lo anterior, los procedimientos judiciales configurados por el legislador a través de sus principios informadores -entre los cuales están los referidos al sistema recursivo- aseguran "(…) ámbitos para discursos jurídicos, que sólo en su resultado se convierten en el objeto del procedimiento. Pues el resultado puede ser vuelto a examinar por las sucesivas etapas superiores" (Núñez Ojeda, Raúl, 2008. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo. Ius et Praxis, 14(1),199-223. [fecha de Consulta 20 de Enero de 2021]. ISSN: 0717-2877. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=197/19714108).

**UNDÉCIMO**.- Que, en este contexto los recursos procesales son "(…) actos jurídicos de la parte o de quien tenga legitimación para actuar, mediante el cual se impugna una resolución judicial, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su dictación" (Mosquera Ruíz, Mario; Maturana Miquel, Cristián, Los recursos procesales, Editorial Jurídica de Chile, 3º edición, 2019, p.29). Así, el objeto del recurso no es solamente la revisión de lo resuelto por un Tribunal Superior, sino que también es "obtener en interés de las partes decisiones correctas y, por tanto, justas, mediante la revisión de las sentencias dictadas" (Núñez Ojeda, Raúl. 2008, op. cit.).

**DUODÉCIMO**.- Que es esencial recordar que el reconocimiento del derecho al recurso, como componente del procedimiento racional y justo, no significa que se consagre necesariamente el recurso de apelación ni tampoco es el derecho absoluto a recursos específicos deseados por la parte, como podría ser el de casación en la forma (Ver, en dichos sentidos, STC roles 1432, cc. 12° y 14°; 1443, cc. 13° y 17°; 1876, c. 24°; 1907, c. 51°; 2323, cc. 23° y 25°; 2354, cc. 23° y 25° y 2452, c. 16°). En consecuencia, cuando el diseño legislativo considere otros medios para corregir el vicio en el procedimiento, o bien exista una razón objetiva para limitar o suprimir el acceso a la casación en la forma en un procedimiento especial, no habrá inconstitucionalidad (en este sentido, ver sentencias Roles 2677-14, c. 9º y 2529-13, c. 7º). Por otra parte, si se trata de un recurso de derecho estricto, por definición obedecerá a causales restringidas y su procedencia estará sujeta a norma legal habilitante y solamente por las causales que expresamente señala la ley (artículo 764 del Código de Procedimiento Civil), sea que se trate de infracciones formales (artículo 768 del mismo Código) o de vicios sustantivos cuando una sentencia se ha pronunciado con infracción de ley, habiendo influido ésta substancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 767 del mismo Código) (en este sentido, ver STC 4397-18, c. 11º, del voto en contra). Así, debe formularse la siguiente pregunta: En el caso concreto ¿tienen las partes, en aplicación de las normas impugnadas, garantías recursivas efectivas de un procedimiento racional y justo que les permita enfrentar una situación de infracción a derecho, sin generar la indefensión frente al juzgador?

**DECIMOTERCERO**.- Que, en el caso de marras la actora ha deducido recurso de casación en el contexto de un procedimiento de arbitraje, caracterizado por el principio de mínima intervención y en el cual, adicionalmente existe norma expresa en la cual se destaca que la resolución del Presidente de la Ilustrísima Corte de Apelaciones no es recurrible.

**DECIMOCUARTO**.- Que, de esta forma, debe tenerse presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado con anterioridad respecto a la extensión del derecho al recurso, señalando en lo pertinente:

> *"123. Además, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de establecer normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. También ha establecido que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo, es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley. Lo anterior implica que el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente. De igual manera un recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas (…)"*( Corte IDH. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C Nº. 300. En el mismo sentido: Caso

Duque Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C Nº. 322, párrs. 147-148).

**DECIMOQUINTO.**- Que, en el caso concreto, debe tenerse presente que "(…) la ausencia de recursos reconocidos en las normas generales del derecho puede ser constitucionalmente compensada por la jerarquía, integración, composición e inmediación del Tribunal que conoce del asunto. Incluso más, cuando se reconoce legalmente el derecho al recurso, en el contexto señalado, menos existiría una exigencia constitucional respecto al tipo específico de recurso, vale decir, apelación conducente a una doble instancia, o casación, tendiente a revisar errores de derecho in procedendo o in iudicando. Es decir, la exigencia constitucional del derecho al recurso como componente del debido proceso, depende de múltiples circunstancias sistémicas y de contexto procesal, o incluso concretas, y no configura un requisito de validez del juicio per se" ( STC Rol 3867-17. C. 10º del voto en contra). Es decir, la temática del derecho al recurso no debe ser analizada en la perspectiva de sinonimia con la apelación ni en el prisma "del recurso que la parte desee" ni en la perspectiva de "tener a la vez todos los recursos que la parte quiera o que el ordenamiento jurídico contemple para otros casos" sino a la luz de existir mecanismos de control y revisión de lo razonado y resuelto, por un tribunal superior igualmente independiente e imparcial.

## III. EL PRECEPTO IMPUGNADO EN LA GESTIÓN PENDIENTE. ARTÍCULO 768 INCISO 2º DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

**DECIMOSEXTO.**- Que, en relación con el Recurso de Casación en la Forma es posible señalar que este ha sido conceptualizado como "(…) el acto jurídico procesal de la parte agraviada destinado a obtener del Tribunal superior jerárquico la invalidación de una sentencia, por haber sido pronunciada por el Tribunal inferior con prescindencia de los requisitos legales o emanar de un procedimiento viciado al haberse omitido las formalidades esenciales que la ley establece (…)" (Los Recursos Procesales. Mario Mosquera Ruiz y Cristián Maturana Miquel. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición, 2012, p. 245).

**DECIMOSÉPTIMO.**- Así, ya es posible desprender que el legislador ha establecido que las sentencias deben ser motivadas y no pueden omitir trámites o diligencias declaradas esenciales por la Ley. Lo anterior, es reforzado al considerar que el mismo Código de Procedimiento Civil requiere dichas razones de hecho y de derecho en las disposiciones comunes a todo procedimiento (artículo 170 Nº 4), a la vez que identifica como un trámite o diligencia esencial – incluso en los juicios especiales- la práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión (artículo 795 Nº 4).

**DECIMOCTAVO.**- Con todo, sin lugar a dudas resultará reprochable constitucionalmente de comprobarse la hipótesis de la ausencia de un recurso efectivo, toda vez que ello arriesgaría a dejar indemnes algunas de esas infracciones, con menoscabo injustificado del requirente y del interés público comprometido. Entonces, cabe preguntarse: (a) si en el caso de autos existe un recurso y, por otra parte (b) si la supuesta falta de consideración de un medio de impugnación, en el contexto del procedimiento especial -en tanto el Ordenamiento Jurídico no faculta a la requirente para fundar su impugnación sobre la base de una causal específica del recurso de casación en la forma, por tratarse de un procedimiento especial- constituye una infracción constitucional por violación del acceso al recurso contemplado en la ley, como elemento del derecho de acceso a la justicia, es decir, si las vías de impugnación existentes son efectivas, en el caso concreto.

**DECIMONOVENO.**- Así, en lo demás, en concordancia con las consideraciones precedentes, corresponderá dilucidar si el legislador, a propósito de la regla del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, por una parte, justificó su decisión legislativa y, por la otra, si quedó resguardado el derecho a reclamar del contenido de la sentencia y resoluciones por parte del requirente, es decir, si faculta a revisar y enmendar, de ser pertinente, las eventuales infracciones sobrevinientes a la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones, que fueron aducidas por el requirente y que no son reparables por la vía de la casación en la forma.

**VIGÉSIMO.**- Que, el inciso impugnado encuentra su origen en la modificación incorporada mediante la Ley Nº 3.390, del año 1918, que modifica la ley de organización de los tribunales y reforma diversos artículos del Código de Procedimiento civil. En este sentido, "(…) resulta pertinente tener presente que el texto original del Código de Procedimiento Civil, de 1902, concedía el recurso de casación "en jeneral" contra toda sentencia definitiva (artículo 939, actual 766), incluso por las causales que en el requerimiento de autos interesan (artículo 941, actual 768). Sin embargo, fue la Ley N° 3.390, del año 1918, la que incorporó aquel inciso que excluye el recurso de casación contra las sentencias que, en los negocios que se tramitan como juicios especiales, omiten sus fundamentos de hecho y de derecho, o se despachan sin cumplir con aquellos tramites o diligencias que la ley considera esenciales (artículo 941, 768 actual)" (STC ROL 3867-17, considerando decimosexto).

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- Si bien, no se observa en la historia de la ley el razonamiento del legislador al introducir la modificación señalada en el considerando precedente, no corresponde a esta Magistratura, en esta sede, evaluar de manera general y abstracta la constitucionalidad del diseño del sistema recursivo sobre la estructura procesal definida, prevista legalmente para el referido procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, lo que si incumbirá es ponderar si la revisión de los eventuales vicios invocados se encuentra dentro de aquellos que podrán ser aducidos en otras sedes, pues, de ser así, no habría vulneración del derecho a la revisión de la sentencia por un Tribunal superior. A su vez, en caso opuesto, existiría una transgresión al derecho de acceso a la justicia.

## IV. EN EL CASO CONCRETO NO EXISTE INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL.

### En el caso concreto no se ha infringido el artículo 19 Nº 2, en relación con el 19 Nº 3 de la Constitución.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.**- El requirente aduce que el precepto impugnado infringe la garantía de igualdad ante la ley, y la proscripción para el legislador de establecer diferencias arbitrarias, al restringir la procedencia del recurso de casación en la forma para los juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales. Sin embargo, como se ha reiterado, más allá del examen de la eventual aplicación del precepto cuestionado en el caso concreto, no corresponde a esta Magistratura evaluar la constitucionalidad del diseño sobre la estructura procesal específica prevista legalmente para el referido procedimiento.

**VIGÉSIMO TERCERO.**- Que, en materia procedimental "la decisión de sustituir o modificar el sistema de acciones y recursos respecto de las decisiones judiciales constituye una problemática que -en principio- deberá decidir el legislador dentro del marco de sus competencias, debiendo sostenerse que, en todo caso, una discrepancia de criterio sobre este capítulo no resulta eficaz y pertinente por sí misma para configurar la causal de inaplicabilidad, que en tal carácter establece el artículo 93, número 6º, de la Carta Fundamental" (STC 1432 c. 15), en el marco de la reserva de ley del procedimiento establecida por el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política.

**VIGÉSIMO CUARTO.**- Que, por otra parte, se ha alegado una vulneración a la garantía

constitucional de la igualdad ante la ley. Debe tenerse presente que la misma no es una garantía absoluta, en la medida que lo prohibido por la normativa constitucional son las diferencias de carácter arbitrario, quedando la posibilidad de establecer diferenciaciones razonables entre quienes no se encuentran en una misma condición o posición, si la misma es relevante. Estas distinciones no podrán ser arbitrarias ni indebidas, por lo que deben fundamentarse en presupuestos razonables y objetivos y tanto su finalidad como sus consecuencias deben ser adecuadas, necesarias, proporcionadas (en este sentido ver STC 1469 c. 12º a 15º, en el mismo sentido, STC 2841 c. 9º).

**VIGÉSIMO QUINTO**.- De tal modo, si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles solo cuando obedecen a presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables y cuyo propósito sea perseguir finalidades necesarias y tolerables. (STC 1502 c. 11º) (En el mismo sentido, STC 3121 c. 14º).

**VIGÉSIMO SEXTO**.- Es necesario señalar que el requerimiento no configura un estándar argumentativo suficiente como para generar convicción respecto de que el parámetro que determina lo razonado en los considerandos precedentes haya sido quebrantado, toda vez que si bien no es posible la casación en este procedimiento por su naturaleza, el legislador previó que ante determinadas situaciones se pudiera interponer la nulidad del laudo, de acuerdo al artículo 34 y siguientes de la Ley.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, la concepción del debido proceso como garantía constitucional judicial, tiene una vertiente formal y otra sustantiva "desde el ángulo formal, consiste en que toda decisión de un órgano jurisdiccional debe ser el resultado de un proceso previo, ante tribunal competente, realizado conforme a un procedimiento que asegure posibilidades básicas de defensa, orgánica y funcionalmente, tanto para definir derechos civiles como cuando se enfrenta una acusación de naturaleza penal. Sustantivamente, debido proceso significa que tal decisión jurisdiccional terminal debe ser racional y justa en sí, vale decir, proporcional, adecuada, fundada y motivada sustancialmente en el derecho aplicable, mas no en criterios arbitrarios". (STC Rol 3867-17. C. 4 del voto en contra).

En este sentido "el legislador está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad" (STC 1411 c. 7) (En el mismo sentido, STC 1429 c. 7, STC 1437 c. 7, STC 1438 c. 7, STC 1449 c. 7, STC 1473 c. 7, STC 1535 c. 18, STC 1994 c. 24, STC 2053 c. 22, STC 2166 c. 22, STC 2546 c. 7, STC 2628 c. 6, STC 2748 c. 14, STC 2757 c. 40, STC 3107 c. 9, STC 3297 c. 13, STC 3309 c. 3309, STC 3171 c. 28).

**VIGÉSIMO OCTAVO**.- En este orden "el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores" (STC 478 c. 14) (En el mismo sentido, STC 576

cc. 41 a 43, STC 699 c. 9, STC 1307 cc. 20 a 22, STC 1448 c. 40, STC 1557 c. 25, STC 1718 c. 7, STC 1812 c. 46, STC 1838 c. 11, STC 1876 c. 20, STC 1968 c. 42, STC 2111 c. 22, STC 2133 c. 17, STC 2354 c. 23, STC 2381 c. 12, STC 2657 c. 11, STC 2697 c. 17, STC 2687 c. 14, STC 2799 c. 14, STC 2853 c. 16, STC 2757 c. 41, STC 2743 c. 24, STC 2791 c. 24, STC 2983 c. 4, STC 3107 c. 7, STC 3309 c. 28, STC 3119 c. 19, STC 3649 c. 7).

**VIGÉSIMO NOVENO**.- Que, asimismo este Excelentísimo Tribunal Constitucional en la sentencia Rol 420-2004, correspondiente al control de constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre regulación del Arbitraje Comercial Internacional ha declarado la constitucionalidad del artículo 16 Nº 3, en el cual se establece el carácter inapelable de la Resolución pronunciada por el Presidente de la Corte de Apelaciones que resuelva la cuestión, estableciéndose como único recurso el de nulidad del laudo arbitral, conforme al artículo 34, toda vez que el artículo 5 deja a salvo la facultad que otorga el artículo 79 de la Constitución Política, de ejercer la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación.

**TRIGÉSIMO**.- Que, conforme a lo expuesto estos Ministros han decidido rechazar el requerimiento deducido en autos.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

## SENTENCIA ROL 7920-2019. *Publicada el 14 de mayo de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 32, inciso primero, de la Ley N° 18.287, Y del artículo 45, inciso tercero, de la Ley N° 20.283. Richard Daniel Burdiles Mohr. En los autos sobre infracción a la Ley N° 20.283, de recuperación del bosque nativo y fomento forestal, seguidos ante el 2° Juzgado de Policía Local de Coquimbo, bajo el Rol N° 7660-2016, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de La Serena, por recurso de hecho, bajo el Rol N° 170-2019

### VOTO DISIDENCIA

[…]

**Los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y señor RODRIGO PICA FLORES, estuvieron por rechazar** el requerimiento fundado en las siguientes consideraciones de hecho y derecho:

### I.CUESTIONES ACERCA DE LAS CUALES ESTE TRIBUNAL NO DEBE PRONUNCIARSE

**1°.-** Se ha alegado en estrados que el efecto contrario a la constitución alegado quedaría patente por cuanto la responsabilidad infraccional estaría prescrita, en el plazo especial de un año de

la Ley N° 20.283, de Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, y que el tribunal del fondo, aplicando los de prescripción del Código Civil, habría denegado la solicitud de prescripción.

**2°.-** No es parte de la competencia determinar cuál de ambos estatutos jurídicos es el que corresponde al caso concreto, en la medida que ello es una cuestión de mera legalidad, referida determinación de la lex decisoria de una incidencia, que además se plantea respecto de una multa impuesta por sentencia firme y ejecutoriada.

**3°.-** El entrar a determinar en esta sede si es aplicable el plazo especial de un año o el general del Código Civil sería una intromisión indebida en las atribuciones de conocer y juzgar la solicitud de declaración de prescripción extintiva planteada ante el tribunal del fondo, cuestión que además se refiere a la órbita de la legalidad infraccional y no a la resolución de un conflicto de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del numeral 6° del artículo 93 de la Carta Fundamental

**4°.-** Por otra parte, el presente proceso de inaplicabilidad se encuentra regido por el principio de competencia específica, que constituye un verdadero requisito de validez del proceso de inaplicabilidad, del cual la jurisprudencia de esta Magistratura ha señalado que:

> *"Se define como la facultad que tiene el tribunal para conocer de las materias que conforman un proceso determinado. Es la singularización al caso concreto. El tribunal asume competencia específica para conocer el proceso y resolver el conflicto que en él se ventila y de su ejercicio surgirá el efecto de cosa juzgada, y la ultra y extra petita cuando el tribunal la extralimite".*
>
> *Añade que la competencia específica que obliga al Tribunal a conocer lo que se le pide y resolver solamente lo debatido, constituye un principio informador básico y una garantía para los sujetos del proceso.*
>
> *Sobre esta materia el mismo autor, en su conocida obra "La Competencia" (Ed. Jurídica, 2a edición, 2004), en la que la analiza extensamente, había sintetizado el significado e importancia de precisar en cada proceso la competencia específica del tribunal, señalando que "el juez no puede andar buscando conflictos para decidir", afirmación que resulta muy exactamente aplicable a esta Magistratura Constitucional"* (sentencias roles 608 a 612, de 2 de octubre de 2007, cons. 12°).

**5°.-** En el marco de los escritos de discusión del presente proceso, no se planteó como parte de las alegaciones de inconstitucionalidad ni de efecto contrario a la constitución cuestión alguna referida a la conformidad con la carta fundamental de los plazos de prescripción ni menos de las atribuciones judiciales para su declaración.

**6°.-** Así, está vedado a este tribunal fundar la sentencia en razonamiento alguna o acerca de que estaría o no prescrita la responsabilidad infraccional en el proceso del cual emana la gestión pendiente invocada.

**7°.-** Por otra parte, no es de competencia de este tribunal determinar si el recurso de hecho que se invoca como gestión pendiente es o no procedente. En estrados se ha alegado que, respecto de la resolución recurrida de hecho, algunas Cortes de Apelaciones determinan que es apelable y otras no. En el marco del principio de legalidad procedimental, establecido en el numeral 3° del artículo 19 de la carta fundamental ("proceso previo legalmente tramitado"), el control de validez y juricidad de resoluciones judiciales no es un tema de aquellos que estén en la órbita de competencia de este tribunal en sede de inaplicabilidad, en la cual lo que se debe enjuiciar ***"no es la eventual aplicación incorrecta o abusiva de (dicho) precepto que pudiere efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento, sino la aplicación de dicho precepto que, rectamente interpretado y entendido, infringe la Carta Fundamental"*** (STC: Roles 794, c. 6° y 1344, c. 12°,ambos de la 2ª Sala). A consecuencia de ello, es menester concluir que ***"la inaplicabilidad no es vía idónea para declarar que un Tribunal***

***haya actuado ilegalmente, aunque se alegue que, con ese actuar ilegal, se haya excedido la Carta Fundamental;*** pues la acción constitucional referida sólo está llamada a pronunciarse en caso que la afectación de la Constitución Política se produzca en razón de la aplicación de lo dispuesto en un precepto legal" (STC Rol 1416, c. 20°).

**8°.-** En estrados se alegó además que la multa es demasiado cuantiosa y que el apremio de arresto es desproporcionado. Cabe señalar que en estos autos no se impugnó norma alguna referida al quantum de la sanción ni a la procedencia del apremio, el cual, además –según se señaló en estrados- ha sido ventilado en sede de amparo, al punto que la acción de amparo formulada fue acogida, lo cual desnuda la incompetencia de este tribunal para referirse a esos asuntos, todos propios de la judicatura del fondo.

**9°.-** A mayor abundamiento, de haber falta o abuso en la actividad jurisdiccional, no procediendo recursos ordinarios, el Código Orgánico de Tribunales dota a las Cortes de las potestades suficientes en sede disciplinaria para enmendar lo que corresponda.

## II.LAS NORMAS CUESTIONADAS Y EL MOMENTO JURISDICCIONAL AL CUAL SE REFIEREN

**10°.-** La primera de las normas cuya aplicación se cuestiona se refiere a los asuntos "de que *conocen* en primera instancia los Jueces de Policía Local" y la segunda se refiere a que los Tribunales de Policía Local "conocerán de las denuncias que se formularen".

**11°.-** El sistema constitucional chileno recoge el ejercicio de la jurisdicción en el artículo 76 de la Constitución Política, refiriendo a ella como la atribución de "conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", distinguiendo lo que el derecho Procesal Chileno denomina desde antaño los momentos jurisdiccionales o etapas de ejercicio de la actividad jurisdiccional o etapas del proceso:

- Conocer: referido a la etapa de conocimiento o tramitación del proceso
- Juzgar: referido al juzgamiento propiamente tal, entendido como la etapa de dictación de sentencia

Hacer ejecutar lo juzgado: referido a la etapa de ejecución o cumplimiento, que se recoge bajo la fórmula "hacer ejecutar" porque en nuestro derecho existen infinidad de casos en que no es el tribunal por sí mismo quién ejecuta (por ejemplo, en materia penal el cumplimiento de sentencias condenatorias se verifica en sede administrativa y en materia de responsabilidad civil del Estado la ejecución de sentencias condenatorias se verifica mediante decreto de pago)

**12°.-** En el caso concreto las normas cuestionadas se refieren expresamente a la etapa de conocimiento y la determinación de si se aplican o no en etapa de ejecución es una determinación del sentido y alcance de dichas normas especiales frente a las normas generales de ejecución del Código de Procedimiento Civil, es decir, una cuestión de legalidad propia de los tribunales del fondo, sobre todo si se señaló en estrados que algunas Cortes entienden que las resoluciones de etapa de ejecución son apelables y otras no.

## III. ACERCA DEL DERECHO AL RECURSO EN EL CASO CONCRETO

**13°.-** Que el art. 8° de la Convención Americana de derechos Humanos establece el denominado derecho al recurso al disponer que toda persona sometida a juicio tiene el "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior", lo cual se predica no solamente en el orden penal.

**14°.-** Es así que el estándar mínimo del derecho al recurso se refiere al "fallo", es decir, a la sentencia, que en este caso impone la condena, de multa. Es así que la norma de la Convención Americana de derechos Humanos en el sistema jurídico chileno se refiere a la sentencia definitiva si de sanciones se habla.

**15°.-** Que, además, se encuentra establecido que el derecho al recurso no es necesariamente el derecho al recurso de apelación (ver sentencias Roles 986 Y 1252, entre otras) y que la configuración del recurso es un tema propio de la órbita de decisión legislativa, debiendo agregarse que el límite de atribuciones del legislador es que el recurso debe contemplar la posibilidad de revisión completa (el derecho y el establecimiento de los hechos) y eficaz (debe permitir dejar sin efecto lo resuelto en la resolución recurrida).

**16°.-** Que, sin perjuicio de lo señalado sobre el derecho al recurso, respecto de actos de instrucción, providencias de mero trámite, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas referidas a cuestiones de menor relevancia jurídica, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que el legislador puede establecer el principio de única instancia.

**17°.-** En el caso concreto, consta de autos que la multa impuesta al requirente lo fue en el marco de un proceso, en el cual se dictó sentencia definitiva, la cual fue conocida y confirmada en segunda instancia por la Corte de Apelaciones de La Serena. Es decir, no se está en presencia de una verdadera cuestión de derecho al recurso respecto de una sentencia condenatoria, pues el recurso existió y se ejerció jurisdicción de 2ª instancia, tras lo cual la condena a la multa por la infracción quedó firme, en un proceso en el cual el requirente tuvo derecho a defensa y al recurso.

**18°.-** Se está así en presencia de una cuestión de cumplimiento de las sanciones y obligaciones impuestas por la Ley de N° 20.283, de Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, en lo relativo a tala y reforestación, en etapa de ejecución, buscando dejar sin efecto el requirente lo resuelto con efecto de cosa juzgada. Así, queda claro que las alegaciones, excepciones y cuestiones derivadas de la ejecución de la sentencia no son de competencia de este tribunal, sino del de ejecución.

**19°.-** Que, de esa forma, lo que podría verse como una cuestión propia de la necesidad de tutela recursiva es el eventual hecho de decretarse apremios privativos de libertad personal en única instancia, mas no se ha impugnado en estos autos la normativa habilitante para ello. A mayor abundamiento, según se señaló en estrados, se ha requerido a la Corte competente la tutela de amparo constitucional, de manera efectiva, lo cual confirma que tampoco es un asunto propio de esta sede.

**20°.-** Queda claro así que en cuanto al derecho al recurso el requerimiento debe ser rechazado por inoportuna, porque el requirente tuvo recurso en contra de la sanción impuesta y fue ejercido, encontrándose en etapa de ejecución.

**21°.-** Por otra parte, la alegación de desigualdad ante la ley deriva de la existencia de recurso en el procedimiento de ejecución ordinario usado como *"tertium comparationis"* respecto de la preceptiva cuestionada.

**22°.-** A este respecto, ya se vio que ello es una cuestión de determinación del sentido de normas especiales en relación a normas generales, lo cual escapa a la órbita de atribuciones de esta Magistratura.

## IV. CONCLUSIONES

**23°.-** Queda claro entonces que se someten a conocimiento de este Tribunal cuestiones propias de los jueces del fondo, que no se vislumbra una verdadera cuestión de derecho al recurso y que la pretendida procedencia o improcedencia de la apelación que se denuncia como resultado inconstitucional no es una cuestión suficientemente clara, correspondiendo su resolución a los tribunales del fondo.

**24°.-** Es por lo expuesto que el requerimiento debe ser rechazado.

[…]

**SENTENCIA ROL 8105-2020.** *Publicada el 18 de junio de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 139, inciso primero, y 140, del Código Tributario, y, 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil. Cristián Hernández Toro. En el proceso sobre reclamo tributario RUC 17-9-0001423-6, RIT GR-14-00134-2017, seguido ante el Tribunal Tributario y Aduanero de Valparaíso.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO y NELSON POZO SILVA, de la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por rechazar** el requerimiento, por las siguientes razones:

## I. ANTECEDENTES GENERALES

**1°.-** Que, a propósito de la gestión pendiente, la actora indica que, ante el Tribunal Tributario y Aduanero de Valparaíso, se lleva adelante proceso por reclamo general tributario interpuesto en contra de liquidaciones emitidas por el Servicio de Impuestos Internos.

Indica que se dedujo reclamo tributario, con el objeto de que se declarara la prescripción de la acción fiscalizadora del Servicio de Impuestos Internos, y se dejaran sin efecto las liquidaciones reclamadas. Alega que no se cumplen los presupuestos legales de la prescripción extraordinaria, que contempla el artículo 200, inciso segundo, del Código Tributario, invocados por el Servicio, considerando que el contribuyente habría efectuado declaraciones de impuestos maliciosamente falsas. Se controvierte, así, la existencia de falsedad y malicia en las declaraciones, por lo que la actuación del Servicio para fiscalizar y liquidar impuestos debidos más allá del plazo de 3 años de la prescripción ordinaria es contraria a derecho.

Luego de la etapa probatoria, agrega, se dictó sentencia definitiva, rechazando los reclamos tributarios. A lo anterior interpuso un recurso de casación en la forma y apelación, en conjunto, en contra de la sentencia definitiva.

**2°.-** Que, el requirente en estos autos impugna los artículos 139 inciso primero, artículo 140 inciso primero, ambos del Código Tributario y el artículo 768 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil en el proceso sobre reclamo tributario RUC 17-9-0001423-6, RIT GR-14-00134-2017, seguido ante el Tribunal Tributario y Aduanero de Valparaíso.

**3°.-** Que, el fundamento del recurso de inaplicabilidad interpuesto se sustenta sobre la base de la supuesta restricción para el litigante tributario de impetrar todos los recursos procesales que la ley franquea para solicitar la revisión de una sentencia dictada por un Tribunal de primera instancia, vulnerando, a su juicio, los principios de igualdad ante la ley y el debido proceso.

**4°.-** Que, en este sentido desde ya resulta oportuno precisar que la sentencia de inaplicabilidad no es la sede para verificar un control abstracto y general sobre la preceptiva impugnada ni las limitaciones que establece el legislador acerca del recurso de Casación en la forma. Al contrario, *"(…) el control de inaplicabilidad es una acción que tiene por objeto declarar que un precepto legal invocado como norma de aplicación decisiva en un caso concreto en litis, es o no contrario a la Constitución y que, en consecuencia, no puede ser aplicado por el Juez que conoce del asunto cuando el requerimiento sea acogido"* (PICA FLORES, Rodrigo. (2010). Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: Los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional. Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 33).

## II. DISCUSIÓN DE FONDO. DECISIÓN LEGISLATIVA, SISTEMA RECURSIVO Y ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN AL DERECHO AL RECURSO.

**5°.-** Que, si bien mediante la Ley Nº 21.210, de fecha 24 de febrero del año 2020, que moderniza legislación Tributaria, en lo pertinente se ha modificado estatuto recursivo respecto a sentencias interlocutorias y la sentencia de primera instancia en el proceso de reclamación general Tributario. Debe tenerse presente que el Estado de Derecho se sustenta sobre la base de la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas (en este sentido ver STC. 207. C. 67). Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el Ordenamiento Jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados y aplicándose los procedimientos previamente establecidos, salvo casos excepcionales establecidos por Ley.

**6°.-** Que, en este orden el artículo 139 y 140 del Código Tributario, impugnados en el caso de marras, son normas propias de la tramitación y fallo de la gestión pendiente, en un proceso iniciado previamente a la entrada en vigencia de la Ley Nº 21.210, ya singularizada, por cuanto dichas normas corresponden al estatuto al que el Juez de Fondo debía someterse al momento de iniciarse el proceso para conocer y resolver el conflicto dentro de su competencia, ello en concordancia a lo dispuesto en el artículo cuarto transitorio de dicha ley, en tanto *"Las modificaciones incorporadas por el artículo primero de esta ley a lo dispuesto en los artículos 26 bis, 111 bis, 120, 133, 139, 140, 143, 145 y 161, todos del Código Tributario, solo serán aplicables a las solicitudes o juicios, según corresponda, que se presenten o inicien con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley"*. Por cuanto, las modificaciones mencionadas no resultan aplicables a la gestión pendiente en que inciden estos autos.

**7°.-** Ahora bien, previo a entrar al análisis del fondo del requerimiento, es pertinente revisar las características de la apelación dentro del proceso de reclamación general tributario y si ella satisface el estándar constitucional en relación al derecho al recurso, bajo el prisma de las normas impugnadas.

**8°.-** Que, es imprescindible destacar que las resoluciones judiciales se caracterizan por tener contornos precisados por el principio de legalidad, los cuales además deben ser entendidos a la luz del principio de motivación, tendiente a resguardar la interdicción de la arbitrariedad y la razonabilidad en la decisión del Tribunal. Así, la determinación del significado y el significante que asigna el Juez a una determinada categoría jurídica es el resultado del proceso hermenéutico, restringido por la aplicación de diversas normas del ordenamiento jurídico, concretado en la selección y aplicación de categorías o enunciados jurídicos frente a otros también potencialmente aplicables, cuestión propia de la labor de subsunción que realiza el juez del fondo al dictar sentencia definitiva.

**9°.-** Que, sin perjuicio de lo anterior, los procedimientos judiciales, configurados por el legislador a través de sus principios informadores -entre los cuales están los referidos al sistema recursivo- aseguran *"ámbitos para discursos jurídicos, que sólo en su resultado se convierten en el objeto del procedimiento. Pues el resultado puede ser vuelto a examinar por las sucesivas etapas superiores"* (Núñez Ojeda, Raúl, 2008. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo. Ius et Praxis, 14(1),199-223.[fecha de Consulta 20 de Mayo de 2020]. ISSN: 0717-2877. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=197/19714108).

**10°.-** Que, en este contexto los recursos procesales son *"(…) actos jurídicos de la parte o de quien tenga legitimación para actuar, mediante el cual se impugna una resolución judicial, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado*

*con su dictación"* (Mosquera Ruíz, Mario; Maturana Miquel, Cristián, Los recursos procesales, Editorial Jurídica de Chile, 3º edición, 2019, p.29). Así, el objeto del recurso es "obtener en interés de las partes decisiones correctas y, por tanto, justas, mediante la revisión de las sentencias dictadas" (Núñez Ojeda, Raúl. 2008, op. cit).

**11°.-** Que, es esencial recordar que el reconocimiento del derecho al recurso, como componente del procedimiento racional y justo, no significa que se consagre el derecho absoluto a recursos específicos como podría ser el de casación en la forma (STC roles N°s 576, cc. 43° y 44°; 1432, cc. 12° y 14°; 1443, cc. 13° y 17°; 1876, c. 24°; 1907, c. 51°; 2323, cc. 23° y 25°; 2354, cc. 23° y 25° y 2452, c. 16°). En consecuencia, cuando el diseño legislativo considere otros medios para corregir el vicio en el procedimiento, o bien exista una razón objetiva para limitar o suprimir el acceso a la casación en la forma en un procedimiento especial, no habrá inconstitucionalidad (en este sentido, ver sentencias Roles 2677-14, c. 9º y 2529-13, c. 7º). Por otra parte, si se trata de un recurso de derecho estricto, por definición obedecerá a causales restringidas y su procedencia estará sujeta a norma legal expresamente habilitante y solamente por las causales que expresamente señala la ley (artículo 764 del Código de Procedimiento Civil), sea que se trate de infracciones formales (artículo 768 del mismo Código) o de vicios sustantivos cuando una sentencia se ha pronunciado con infracción de ley habiendo influido ésta substancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 767 del mismo Código) (en este sentido ver STC 4397-18, c. 11º, del voto en contra). Así, debe formularse la siguiente pregunta: ¿tienen las partes, en aplicación de las normas impugnadas, garantías recursivas efectivas de un procedimiento racional y justo que les permita enfrentar una situación de infracción a derecho, sin generar la indefensión frente al juzgador?

**12°.-** Que, en el caso de marras, a propósito de la sentencia definitiva de primera instancia en el procedimiento de reclamación tributaria, el artículo 139 del Código Tributario, establece que sólo podrá interponerse recurso de apelación, dentro del plazo de 15 días contados desde su notificación, lo que debe ser comprendido conforme al artículo 140 del mismo Código, en su texto anterior a la Ley N° 21.210, también impugnado en estos autos. En este sentido, lo que se cuestiona es la limitación al recurso de casación en la forma, mas dicha limitación no deja a la parte en la indefensión y no impide la revisión ni del procedimiento ni de la sentencia, pues el aludido artículo 140, además de la limitación al recurso de casación, dispone como contrapartida que *"Los vicios en que se hubiere incurrido deberán ser corregidos por el Tribunal de Apelaciones que corresponda"*, incluyendo a los de procedimiento y a los que se hubiere incurrido en la dictación de la sentencia.

**13°.-** Que, sin perjuicio de lo anterior el requirente con fecha 31 de diciembre del año 2019 interpuso, en lo principal, para ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso recurso de Casación en la Forma en contra de la sentencia definitiva de fecha 28 de noviembre del año 2019, que rechazó reclamo tributario en contra de las liquidaciones Nº 400, 401, 402 y 403, fundando su presentación en el vicio de falta de fundamentación de hecho y de derecho de la sentencia recurrida, establecida en el artículo 768 número 5, en relación con el artículo 170 número 4 del Código de Procedimiento Civil, el cual se configuraría, según argumenta el requirente, cuando el Tribunal Tributario y Aduanero de Valparaíso no emite un pronunciamiento razonado en base a todos los medios de prueba allegados al proceso para verificar la concurrencia de los presupuestos de la prescripción extraordinaria del artículo 200 inciso 2º del Código Tributario. A este respecto, es menester diferenciar dos figuras distintas: 1) la falta de fundamentación, entendida como inexistencia de la misma, y 2) la fundamentación insuficiente. A su vez, ambas figuras deben ser distinguida de la mera discrepancia o insatisfacción de la parte con lo razonado en la sentencia, que no configura vicio alguno.

**14°.-** Que, conjuntamente a la presentación casacional del requirente, de fecha 31 de diciembre de 2019, recién referido, éste interpuso recurso de apelación, conforme a lo establecido en los artículos 139 y 140 del Código Tributario, respecto de la sentencia definitiva de fecha 28 de noviembre del año 2019, que rechazó reclamo tributario en contra de las liquidaciones Nº 400, 401, 402 y 403. En la oportunidad, el requirente plantea que los errores de la sentencia recurrida serían: (a) establecer los hechos señalados en el considerando 3º, como asuntos no controvertidos; (b) las operaciones cuestionadas de ECMETAL en que se fundó la fiscalización y las liquidaciones impugnadas fueron reales, lo que daría cuenta, según indica, que el TTA de Valparaíso no habría valorado el mérito probatorio del informe pericial preparado por el Perito Judicial don Mario Cayupán Epul y doña Katia Villalobos Valenzuela, de fecha 25 de agosto del año 2015; (c) las declaraciones de impuesto no son maliciosas. A juicio del recurrente, en la sentencia no se logra acreditar más allá de toda duda razonable la responsabilidad que se le imputa, pues no bastaría la observancia del proceso penal sin una sentencia firme y ejecutoriada para calificarla de esa forma. Por tanto, solicita que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso enmiende los errores de la sentencia recurrida, y, en definitiva, la revoque y acoja el reclamo tributario deducido, declarando la prescripción de la acción fiscalizadora del Servicio de Impuestos Internos, dejando sin efecto las Liquidaciones reclamadas.

**15°.-** Que, de todo lo expuesto, tanto en general como en particular, se observa que el legislador, en materia tributaria, se apartó de las normas generales establecidas en el Código de Procedimiento Civil, restringiendo la interposición de los recursos en contra de la sentencia de primera instancia sólo al recurso de apelación, pero dándole un objeto más amplio, con deberes reforzados de corrección de vicios para el tribunal de alzada, que incluyen no solo a la sentencia sino también al procedimiento.

**16°.-** Que, dicha particularidad del procedimiento de reclamo determinado por el legislador no obsta a que la Ilustrísima Corte de Apelaciones, de ser preciso, corrija los errores que detecte en la sentencia del tribunal a quo, para lo cual ha ampliado el grado de competencia del Tribunal *ad quem*, respecto de los recursos de apelación que conocerá como consecuencia de sentencias de primera instancia que tengan su origen en un reclamo tributario, dado que deberá (i) Pronunciarse sobre las cuestiones de hecho y de derecho discutidas en primera instancia, que han sido resueltas en la respectiva sentencia, y respecto de las cuales se han formulado peticiones concretas al momento de deducir el recurso de apelación; y (ii) corregir los vicios de forma, en que se hubiera incurrido en la dictación del fallo dictado por el tribunal de primera instancia, lo cual además, al ser contrapeso de la limitación del recurso de casación en la forma, debe forzosamente conectarse con lo dispuesto por el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, en lo relativo a las atribuciones y deberes de la judicatura tendientes a velar por la corrección y validez de la tramitación del proceso.

**17°.-** Que, de esta forma, debe tenerse además presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado con anterioridad respecto a la extensión del derecho al recurso, señalando en lo pertinente:

> *"123. Además, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de establecer normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. También ha establecido que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo, es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley. Lo anterior implica que el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea*

*efectiva su aplicación por la autoridad competente. De igual manera un recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas"*( Corte IDH. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300. En el mismo sentido: Caso Duque Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C No. 322, parís. 147-148).

**18°.-** Que, en el caso concreto, debe tenerse presente que *"(…) la ausencia de recursos reconocidos en las normas generales del derecho puede ser constitucionalmente compensada por la jerarquía, integración, composición e inmediación del Tribunal que conoce del asunto. Incluso más, cuando se reconoce legalmente el derecho al recurso, en el contexto señalado, menos existiría una exigencia constitucional respecto al tipo específico de recurso, vale decir, apelación conducente a una doble instancia, o casación, tendiente a revisar errores de derecho in procediendo o in indicando. Es decir, la exigencia constitucional del derecho al recurso como componente del debido proceso, depende de múltiples circunstancias sistémicas y de contexto procesal, o incluso concretas, y no configura un requisito de validez del juicio per se"* ( STC Rol 3867-17. C. 10º del voto en contra).

## III. LA APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS EN LA GESTIÓN PENDIENTE.

### Artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil.

**19°.-** Que, en relación al Recurso de Casación en la Forma podemos señalar que este ha sido conceptualizado como *"el acto jurídico procesal de la parte agraviada destinado a obtener del Tribunal superior jerárquico la invalidación de una sentencia, por haber sido pronunciada por el Tribunal inferior con prescindencia de los requisitos legales o emanar de un procedimiento viciado al haberse omitido las formalidades esenciales que la ley establece"* (Los Recursos Procesales. Mario Mosquera Ruiz y Cristian Maturana Miquel. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición, 2012, p. 245).

**20°.-** Que, en este sentido es dable comprender que el legislador ha establecido que las sentencias deben ser motivadas y no pueden omitir tramites o diligencias declaradas esenciales por la ley.

Lo anterior, queda reforzado al considerar que el mismo Código de Procedimiento Civil requiere dichas razones de hecho y de derecho en las disposiciones comunes a todo procedimiento (artículo 170, Ni 4), a la vez que identifica como un trámite o diligencia esencial —incluso en los juicios especiales— la práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión (artículo 795, N° 4).

Con todo, sin lugar a dudas resultará reprochable constitucionalmente de comprobarse la hipótesis de la ausencia de un recurso efectivo, toda vez que ello arriesgaría a dejar indemnes algunas de esas infracciones, con menoscabo injustificado de los contribuyentes y del interés público comprometido, consistente en la igual defensa legal de los derechos e intereses de las partes respecto a la liquidación emitida por el Servicio de Impuestos Internos. Entonces, cabe preguntarse: **(a)** si en el caso de autos existe un recurso y, por otra parte **(b)** si la supuesta falta de consideraciones en la sentencia de primera instancia, en tanto el Ordenamiento Jurídico no faculta a la requirente para fundar su impugnación sobre la base de una causal específica del recurso de Casación en la forma, por tratarse de un procedimiento especial, constituye una infracción constitucional por violación del acceso al recurso contemplado en la ley, como elemento del derecho de acceso a la justicia, es decir, si el recurso existente es efectivo.

**La reclamación General Tributaria. Procedimiento de impugnación en el caso concreto. Artículos 139 inciso primero, y 140, del Código Tributario.**

**21°.-** Que, desde la perspectiva procesal especial establecida para la reclamación general tributaria, conforme al artículo 139, inciso primero, del Código Tributario, en contra de la sentencia de primera instancia se podrá interponer recurso de apelación. Sin perjuicio de lo anterior, no procederá en su contra recurso de casación ni su anulación de oficio; los vicios en que se hubiere incurrido deberán ser corregidos por la Corte de Apelaciones que corresponda (artículo 140 del Código Tributario, en su texto anterior a la reforma de la Ley Nº 21.210).

**22°.-** Que, como consta en autos en contra de la sentencia de primera instancia el requirente opuso recurso de Casación en la forma y en primer otrosí, dedujo de forma conjunta, apelación, reiterando los fundamentos expresados en la primera – lo que da cuenta de que el asunto controvertido habría sido sujeto a revisión por un recurso idóneo, en sede de apelación-.

**23°.-** Que, sobre el particular cabe enfatizar y reiterar lo ya señalado: si bien el artículo 140 del Código Tributario prohíbe al tribunal de alzada competente conocer del recurso de casación en la forma, la misma norma le impone coetáneamente el deber de corregir de oficio los vicios en que hubiere incurrido el tribunal a quo. Adicionalmente, si el proceso posteriormente llega a devenir en un asunto de competencia de la Corte Suprema por la vía de la casación de fondo, el máximo tribunal se encuentra expresamente habilitado para invalidar de oficio el fallo recurrido si este adoleciere de vicios que den lugar a la casación de forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa, ello en virtud del artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, lo cual puede ser expuesto por las partes mediante escritos, solicitando que se ejerzan dichas atribuciones. Sostener, por ende, que el requirente ha visto conculcadas las garantías constitucionales que pretende infringidas, resulta improcedente, en la medida que, además del recurso ordinario de apelación, puede disponer posteriormente del recurso extraordinario de la casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia y también de la posibilidad de corregir los defectos formales que reclama respecto del fallo de primera instancia.

**24°.-** Que, a mayor abundamiento, se puede señalar que de verificarse la falta de motivación del fallo en que incide la acción de autos y que el requirente plantea como una cuestión de forma, también podría ser planteada como una cuestión propia de la revisión del fondo de la sentencia recurrida, toda vez que la misma habría sido pronunciada con infracción o en falta de aplicación de ley, lo cual perfectamente puede ser parte de la fundamentación de derecho de un recurso de apelación, además de lo cual, si dicha infracción se reitera en segunda instancia influyendo sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, habilitaría a continuar litigando en sede casacional de fondo, de manera tal que, en concreto, la alegada restricción al recurso de casación formal estaría plenamente compensada por la existencia de otros recurso y deberes del tribunal que cubren el examen de lo que la requirente alega, en términos tales que en este caso tampoco habría, de no mediar los fundamentos ya expresados, una afectación a las garantías constitucionales invocadas.

**IV. DE LA SUPUESTA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL PRODUCTO DE LA APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS.**

**25°.-** Que, el requirente precisa en su libelo que la aplicación de las normas impugnadas infringiría el artículo 19 números 2, inciso primero y segundo; 3, inciso sexto; 26 de la Constitución Política de Chile.

## De la Igualdad ante la Ley en el caso concreto.

**26°.-** Que, el requirente en su alegación arguye que la prohibición consagrada por el legislador para casar en la forma la sentencia definitiva de primera instancia pronunciada por el Tribunal Tributario y Aduanero de Valparaíso, infringe la garantía de igualdad ante la ley procesal, pues impide al litigante procurarse los medios recursivos que cualquier litigante en otra sede podría acceder.

**27°.-** Que, como se ha reiterado no corresponde a esta Magistratura evaluar la constitucionalidad del diseño sobre la estructura procesal especifica prevista legalmente para el referido procedimiento general de las reclamaciones tributarias.

**28°.-** Que, *"la decisión de sustituir o modificar el sistema de acciones y recursos respecto de las decisiones judiciales constituye una problemática que –en principio– deberá decidir el legislador dentro del marco de sus competencias, debiendo sostenerse que, en todo caso, una discrepancia de criterio sobre este capítulo no resulta eficaz y pertinente por sí misma para configurar la causal de inaplicabilidad, que en tal carácter establece el artículo 93, número 6º, de la Carta Fundamental"* (STC 1432 c. 15).

**29°.-** Que, la igualdad ante la ley no es una garantía absoluta, en la medida que lo prohibido por la normativa constitucional son las diferencias de carácter arbitrario, quedando la posibilidad de establecer diferenciaciones razonables entre quienes no se encuentran en una misma condición o posición, si la misma es relevante. Estas distinciones no podrán ser arbitrarias ni indebidas, por lo que deben fundamentarse en presupuestos razonables y objetivos y su finalidad como sus consecuencias deben ser adecuadas, necesarias, proporcionadas. (en este sentido ver STC 1469 c. 12º a 15º) (En el mismo sentido, STC 2841 c. 9º)

**30°.-** Que, así, si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables y cuyo propósito sea perseguir finalidades necesarias y tolerables. (STC 1502 c. 11) (En el mismo sentido, STC 3121 c. 14)

**31°.-** Que, como hemos dicho el estándar de razonabilidad y proporcionalidad está dado por el deber coetáneo de corregir de oficio los vicios en que hubiere incurrido el tribunal a quo. Adicionalmente, una vez que el asunto se encuentra radicado en la Corte Suprema por la vía de la casación de fondo, el máximo tribunal se encuentra expresamente habilitado para invalidar de oficio el fallo recurrido si este adoleciere de vicios que den lugar a la casación de forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa (artículo 775 del Código de Procedimiento Civil). Sostener, por ende, que el requirente ha visto conculcadas las garantías constitucionales que pretende infringidas, resulta improcedente, en la medida que, como ya se dijo, además del recurso ordinario de apelación, ha dispuesto del recurso extraordinario de la casación en el fondo y también de la posibilidad de corregir los defectos formales que reclama, tanto ante el tribunal especial, de alzada, cuanto ante el máximo tribunal del fuero ordinario, para el caso de tener los vicios aducidos el suficiente mérito invalidatorio.

**32°.-** Es necesario señalar que el requerimiento no configura un parámetro argumentativo suficiente como para generar convicción respecto de que el estándar que determina lo razonado en los considerandos precedentes haya sido quebrantado.

**33°.-** En el caso concreto, debe tenerse presente que el legislador tiene una amplia capacidad regulatoria del procedimiento, dentro del marco de las garantías del debido proceso. Es así que no se observa infracción a los estándares antes señalados respecto de las normas cuestionadas, pues si bien limitan el derecho al recurso, ello no resulta desproporcionado y cercenador del derecho

al recurso en la medida que, como ya se viera, todo lo reclamado por la requirente respecto de la sentencia del grado tiene tutela jurídica y recurso idóneo para ser amparado y revisado. Ello no obsta a que dentro de dicho marco el legislador modifique y perfeccione el procedimiento de los juicios tributarios, como eficazmente lo hizo mediante la Ley N° 21.210.

## Debido proceso y derecho constitucional de acceso al recurso previsto en la Ley.

**34°.-** Que, la concepción del debido proceso como garantía constitucional judicial, tiene una vertiente formal y otra sustantiva *"desde el ángulo formal, consiste en que toda decisión de un órgano jurisdiccional debe ser el resultado de un proceso previo, ante tribunal competente, realizado conforme a un procedimiento que asegure posibilidades básicas de defensa, orgánica y funcionalmente, tanto para definir derechos civiles como cuando se enfrenta una acusación de naturaleza penal. Sustantivamente, debido proceso significa que tal decisión jurisdiccional terminal debe ser racional y justa en sí, vale decir, proporcional, adecuada, fundada y motivada sustancialmente en el derecho aplicable, mas no en criterios arbitrarios"* (STC Rol 3867-17. C. 4 del voto en contra).

**35°.-** Que, en este sentido *"el legislador está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad"* (STC 1411 c. 7) (En el mismo sentido, STC 1429 c. 7, STC 1437 c. 7, STC 1438 c. 7, STC 1449 c. 7, STC 1473 c. 7, STC 1535 c. 18, STC 1994 c. 24, STC 2053 c. 22, STC 2166 c. 22, STC 2546 c. 7, STC 2628 c. 6, STC 2748 c. 14, STC 2757 c. 40, STC 3107 c. 9, STC 3297 c. 13, STC 3309 c. 3309, STC 3171 c. 28).

**36°.-** Que, *"el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores"* (STC 478 c. 14) (En el mismo sentido, STC 576 cc. 41 a 43, STC 699 c. 9, STC 1307 cc. 20 a 22, STC 1448 c. 40, STC 1557 c. 25, STC 1718 c. 7, STC 1812 c. 46, STC 1838 c. 11, STC 1876 c. 20, STC 1968 c. 42, STC 2111 c. 22, STC 2133 c. 17, STC 2354 c. 23, STC 2381 c. 12, STC 2657 c. 11, STC 2697 c. 17, STC 2687 c. 14, STC 2799 c. 14, STC 2853 c. 16, STC 2757 c. 41, STC 2743 c. 24, STC 2791 c. 24, STC 2983 c. 4, STC 3107 c. 7, STC 3309 c. 28, STC 3119 c. 19, STC 3649 c. 7).

**37°.-** Que, en consecuencia, la cuestión sub lite se resuelve al definir si el "derecho al recurso" es o no un requisito constitucional del debido proceso y, si ello fuere así, en qué sentido integra tal garantía. Luego, será pertinente resolver si, en el caso concreto, la norma legal aplicable, que restringe la aplicación de la Casación formal en el procedimiento de reclamación Tributaria, satisface tales exigencias constitucionales.

**38°.-** Que, como ya ha resuelto esta Magistratura en casos anteriores *"la norma constitucional en materia de derecho al recurso en asuntos civiles puede enunciarse así: la Constitución no asegura el derecho al recurso per se, remitiendo su regulación al legislador, quien, soberanamente, podrá establecerlos como ordinarios o extraordinarios, quedando solo desde entonces integrados al debido proceso, con sus excepciones. Pero las mismas solo serán constitucionales cuando impidan o restrinjan el acceso al recurso legalmente existente sobre la base de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, es decir, para perseguir un fin constitucionalmente legitimo (protección de otros derechos o valores), con mínima intervención o afectación del derecho a defensa (esto es, sin suprimir la defensa, sino compensándola con otros derechos, recursos o medidas o, incluso, con la sola jerarquía e integración del tribunal, dentro de un diseño*

*procesal específico, concentrado e inmediato. Ello, sin perjuicio de las facultades de superintendencia disciplinaria que corresponden, en los casos procedentes, a la Corte Suprema, emanadas del artículo 82 de la Constitución o a sus facultades anulatorias de oficio. Conforme a tales criterios debe realizarse el test de constitucionalidad de aplicación de la norma, que es, por lo demás, lo que ha hecho esta Magistratura Constitucional en la materia en múltiples ocasiones sobradamente conocidas"* ( STC Rol 3867-17. C. 16º del voto en contra).

**39°.-** Que, Se resguardan los principios fundamentales mínimos que deben informar un proceso justo y racional, en los términos que ordena el artículo 19, Nº 3, de la Constitución, previéndose mecanismos eficaces y eficientes que permiten que tribunales superiores revisen lo obrado y resuelto en primera instancia por el órgano jurisdiccional respectivo, encontrándose este último sujeto en todo evento a la superintendencia disciplinaria de la Corte Suprema de Justicia. (STC 616 c. 40º) (En el mismo sentido, STC 2.111 cc. 23º y 24º).

**40°.-** Que, de tal forma, no se infringe la garantía del racional y justo procedimiento, al haber recursos idóneos y al incluir en su objeto los vicios reclamados por la requirente.

[…]

**SENTENCIA ROL 8360-2020.** *Publicada el 25 de junio de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil. Dupret y Cía. Limitada. En el proceso Rol C-11852-2017, seguido ante el Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Cantiago, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de casación en la forma y apelación, bajo el Rol N° 1444-2020 (Civil).

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA, Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por rechazar** el requerimiento, por las siguientes razones:

**I. ANTECEDENTES GENERALES**

**1°.-** Que, la requirente, ha deducido requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, invocando como gestión pendiente el recurso de Casación en la forma y apelación, en conocimiento de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol 1.444-2020; en el contexto del proceso de competencia desleal, caratulado "Natural Oils SpA., con Biotecnología e innovación Limitada y otra", Rol C-11.852-2017, radicado en el Primer Juzgado Civil de Santiago, en el que fue condenada, conforme a sentencia definitiva de fecha 27 de diciembre del 2019.

**2°.-** Que, la actora sostiene que el fallo adolece de errores y vicios que motivaron la interposición del recurso de casación en la forma y apelación, interpuesto en enero del 2020. Al respecto, afirma que la solicitud de casación formal, denunciada respecto de la sentencia, se funda en:

a. haber sido dada con omisión de los requisitos contemplados en el artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, omisión que configuraría la causal de casación contemplada en el número 5º del artículo 768 del mismo código y;

b. en adolecer de ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, lo que configuraría la causal de casación contemplada en el número 4º del artículo 768 del código de enjuiciamiento.

**3°.-** Que, sin perjuicio de lo anterior, la requirente indica que, en juicios regidos por leyes especiales, como es el caso de autos, no resulta admisible deducir recurso de casación en la forma invocando la causal contenida en el número 5 del artículo 768 en relación con el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, cuando el vicio invocado es uno diferente al de la falta de decisión del asunto controvertido.

**4°.-** De esta forma, el requirente sostiene que la restricción en las causales establecidas en el artículo 768, inciso segundo, del Código de Enjuiciamiento Civil, no se advierte razonabilidad de restringir la causal de casación en la forma contenida en el numeral 5 de dicho artículo solo a los casos en que se ha omitido la decisión del asunto controvertido cuando estamos en presencia de una cuestión regida por leyes especiales, con lo cual se transgrediría el artículo 19 Nº 2 de la Constitución Política de la República.

**5°.-** Que, asimismo advierte que se infringiría la garantía del debido proceso (artículo 19 Nº 3 de la Constitución), pues al limitar la causal de casación, establecida en el artículo 768, Nº 5, permitiría la existencia de sentencias que carecerían de fundamentación.

**6°.-** Que, con todo expresa que el precepto impugnado afecta los derechos de igualdad ante la ley y debido proceso en su esencia.

## II. DISCUSIÓN DE FONDO. DECISIÓN LEGISLATIVA, SISTEMA RECURSIVO Y ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL DERECHO AL RECURSO.

**7°.-** Que, el caso de autos se desarrolla en el marco del procedimiento establecido en la Ley Nº 20.169, de 2007, que regula la competencia desleal, norma que, si bien regla escuetamente el ámbito recursivo, al señalar únicamente, en su artículo 9, que *"(…) Contra la sentencia procederán todos los recursos que franquea la ley, de acuerdo con las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil (...)"*, ella nos remite a preceptos de aplicación general en materia Civil.

**8°.-** Debe tenerse presente que el Estado de Derecho se sustenta sobre la base de la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas (en este sentido ver STC. 207. C. 67). Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el Ordenamiento Jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados y aplicándose los procedimientos previamente establecidos, salvo casos excepcionales establecidos por Ley.

**9°.-** Que, en este sentido desde ya resulta oportuno precisar que la sentencia de inaplicabilidad no es la sede para verificar un control abstracto y general sobre la preceptiva impugnada ni las limitaciones que establece el legislador acerca del recurso de Casación en la forma. Al contrario, *"(…) el control de inaplicabilidad es una acción que tiene por objeto declarar que un precepto legal invocado como norma de aplicación decisiva en un caso concreto en litis, es o no contrario a la Constitución y que, en consecuencia, no puede ser aplicado por el Juez que conoce del asunto cuando el requerimiento sea acogido"* (PICA FLORES, Rodrigo. (2010). Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: Los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

de competencia del Tribunal Constitucional. Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 33). Por cuanto, el análisis de este sentenciador se restringirá a la aplicación del precepto impugnado al caso concreto, precisando determinar si en la aplicación de las normas que se intentan inaplicar, se satisface el estándar constitucional en relación con el derecho al recurso e igualdad ante la ley, normas y principios que el actor arguye serán vulneradas de ser aplicadas en el caso que motiva estos autos.

**10°.-** Que, es imprescindible destacar que las resoluciones judiciales se caracterizan por tener contornos precisados por el principio de legalidad, los cuales además deben ser entendidos a la luz del principio de motivación, tendiente a resguardar la interdicción de la arbitrariedad y la razonabilidad en la decisión del Tribunal. Así, la determinación del significado y el significante que asigna el Juez a una categoría jurídica es el resultado del proceso hermenéutico, restringido por la aplicación de diversas normas del ordenamiento jurídico, concretado en la selección y aplicación de categorías o enunciados jurídicos frente a otros también potencialmente aplicables, cuestión propia de la labor de subsunción que realiza el juez del fondo al dictar sentencia definitiva.

**11°.-** Que, sin perjuicio de lo anterior, los procedimientos judiciales, configurados por el legislador a través de sus principios informadores -entre los cuales están los referidos al sistema recursivo- aseguran *"(…) ámbitos para discursos jurídicos, que sólo en su resultado se convierten en el objeto del procedimiento. Pues el resultado puede ser vuelto a examinar por las sucesivas etapas superiores"* (Núñez Ojeda, Raúl, 2008. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo. Ius et Praxis, 14(1),199-223. [fecha de Consulta 20 de Mayo de 2020]. ISSN: 0717-2877. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=197/19714108).

**12°.-** Que, en este contexto los recursos procesales son *"(…) actos jurídicos de la parte o de quien tenga legitimación para actuar, mediante el cual se impugna una resolución judicial, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su dictación*" (Mosquera Ruíz, Mario; Maturana Miquel, Cristián, Los recursos procesales, Editorial Jurídica de Chile, 3º edición, 2019, p.29). Así, el objeto del recurso no es solamente la revisión de lo resuelto por un tribunal superior, sino que también es "obtener en interés de las partes decisiones correctas y, por tanto, justas, mediante la revisión de las sentencias dictadas" (Núñez Ojeda, Raúl. 2008, op. cit.).

**13°.-** Que, es esencial recordar que el reconocimiento del derecho al recurso, como componente del procedimiento racional y justo, no significa que se consagre necesariamente el recurso de apelación ni tampoco es el derecho absoluto a recursos específicos deseados por la parte, como podría ser el de casación en la forma (Ver, en dichos sentidos, STC roles 1432, cc. 12° y 14°; 1443, cc. 13° y 17°; 1876, c. 24°; 1907, c. 51°; 2323, cc. 23° y 25°; 2354, cc. 23° y 25° y 2452, c. 16°). En consecuencia, cuando el diseño legislativo considere otros medios para corregir el vicio en el procedimiento, o bien exista una razón objetiva para limitar o suprimir el acceso a la casación en la forma en un procedimiento especial, no habrá inconstitucionalidad (en este sentido, ver sentencias Roles 2677-14, c. 9º y 2529-13, c. 7º). Por otra parte, si se trata de un recurso de derecho estricto, por definición obedecerá a causales restringidas y su procedencia estará sujeta a norma legal habilitante y solamente por las causales que expresamente señala la ley (artículo 764 del Código de Procedimiento Civil), sea que se trate de infracciones formales (artículo 768 del mismo Código) o de vicios sustantivos cuando una sentencia se ha pronunciado con infracción de ley, habiendo influido ésta substancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 767 del mismo Código) (en este sentido ver STC 4397-18, c. 11º, del voto en contra). Así, debe formularse la siguiente pregunta: ¿tienen las partes, en aplicación de las normas impugnadas, garantías recursivas efectivas de un procedimiento racional y justo que les permita enfrentar una situación de infracción a derecho, sin generar la indefensión frente al juzgador?

**14°.-** Que, en el caso de marras la actora ha deducido recurso de casación en la forma y recurso de apelación. Así, en tanto funda el recurso de casación sobre la base de los fundamentos expresados en la primera parte de esta sentencia, en el recurso de apelación deducido da cuenta de supuestos vicios referentes a: 1. la valoración de la prueba o la falta de ella en el asentamiento de los hechos; 2. a la aplicación e interpretación del derecho, pues a su juicio no concurrirían los elementos del ilícito genérico del artículo 3 de la Ley Nº 20.169 y; 3. Infracción a las reglas procesales sobre los efectos de una sentencia en su etapa de impugnación, en la parte resolutiva del fallo (según consta a fojas 50 y 51).

**15.-** Ahora bien, cabe precisar que el recurso de casación deducido por la parte requirente, en su desarrollo, controvierte los mismos asuntos vertidos en su apelación, respecto de la sentencia, precisando para ello que ésta:

a. Se desentiende deliberadamente de los hechos controvertidos fijados por la interlocutoria de prueba;
b. tiene considerandos contradictorios, pues la sentencia recurrida argumenta respecto de los tipos infraccionales específicos, luego termina condenando por el tipo genérico;
c. carece de un análisis pormenorizado respecto a la concurrencia de los elementos del tipo infraccional por el cual se condena y;
d. en haber sido dada en ultra petita, dado que en la parte resolutiva de la sentencia se distinguen dos efectos, a saber: 1. Se ordena a Dupret y CÍA., Limitada., y a Biotecnología e Innovación Limitada, cesar la comercialización y exportación del producto con el cual compiten deslealmente y que transan como "aceite de mosqueta", a contar de la notificación del fallo y; 2. Ejecutoriada la sentencia, publíquese un extracto de la misma en diario "el Mercurio" a costa de las demandadas, y remítase todos los antecedentes del juicio al Fiscal Nacional Económico para los efectos contemplados en el artículo 10 de la Ley Nº 20.169 – Lo cual, según expresa, además de constituir una infracción a las reglas procesales sobre los efectos de una sentencia definitiva en su etapa de impugnación, según se denuncia en el recurso de apelación deducido, constituye el vicio de ultra petita, toda vez que la demanda de autos no solicita una declaración de tal naturaleza, que pretenda alterar los efectos de la interposición del recurso en contra de la sentencia, a propósito de la prohibición de comercialización y la publicación respectiva-, cuestión que no habría sido solicitada por las partes.

**16°.-** Que, de esta forma, debe tenerse además presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado con anterioridad respecto a la extensión del derecho al recurso, señalando en lo pertinente:

*"123. Además, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de establecer normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. También ha establecido que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo, es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley. Lo anterior implica que el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente. De igual manera un recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas"*( Corte IDH. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C Nº. 300. En el mismo sentido: Caso Duque Vs.

Colombia. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C Nº. 322, párrs. 147-148).

**17°.-** Que, en el caso concreto, debe tenerse presente que *"(…) la ausencia de recursos reconocidos en las normas generales del derecho puede ser constitucionalmente compensada por la jerarquía, integración, composición e inmediación del Tribunal que conoce del asunto. Incluso más, cuando se reconoce legalmente el derecho al recurso, en el contexto señalado, menos existiría una exigencia constitucional respecto al tipo específico de recurso, vale decir, apelación conducente a una doble instancia, o casación, tendiente a revisar errores de derecho in procedendo o in iudicando. Es decir, la exigencia constitucional del derecho al recurso como componente del debido proceso, depende de múltiples circunstancias sistémicas y de contexto procesal, o incluso concretas, y no configura un requisito de validez del juicio per se"* (STC Rol 3867-17. C. 10º del voto en contra).

Es decir, la temática del derecho al recurso no debe ser analizada en la perspectiva de sinonimia con la apelación ni en el prisma "del recurso que la parte desee", ni en la perspectiva de "tener a la vez todos los recursos que el ordenamiento jurídico contemple", sino a la luz de existir mecanismos de control y revisión de lo razonado y resuelto, por un tribunal superior igualmente independiente e imparcial.

## III. EL PRECEPTO IMPUGNADO EN LA GESTIÓN PENDIENTE. ARTÍCULO 768 INCISO 2º DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

**18°.-** Que, en relación con el Recurso de Casación en la Forma podemos señalar que este ha sido conceptualizado como *"el acto jurídico procesal de la parte agraviada destinado a obtener del Tribunal superior jerárquico la invalidación de una sentencia, por haber sido pronunciada por el Tribunal inferior con prescindencia de los requisitos legales o emanar de un procedimiento viciado al haberse omitido las formalidades esenciales que la ley establece"* (Los Recursos Procesales. Mario Mosquera Ruiz y Cristián Maturana Miquel. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición, 2012, p. 245).

**19°.-** Que, en este sentido es dable comprender que el legislador ha establecido que las sentencias deben ser motivadas y no pueden omitir trámites o diligencias declaradas esenciales por la ley.

Lo anterior, queda reforzado al considerar que el mismo Código de Procedimiento Civil requiere dichas razones de hecho y de derecho en las disposiciones comunes a todo procedimiento (artículo 170, N° 4), a la vez que identifica como un trámite o diligencia esencial —incluso en los juicios especiales— la práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión (artículo 795, N° 4).

Con todo, sin lugar a dudas resultará reprochable constitucionalmente de comprobarse la hipótesis de la ausencia de un recurso efectivo, toda vez que ello arriesgaría a dejar indemnes algunas de esas infracciones, con menoscabo injustificado del requirente y del interés público comprometido, a propósito del bien jurídico que se intenta resguardar al prohibir la competencia desleal en las relaciones jurídicas comerciales. Entonces, cabe preguntarse: (a) si en el caso de autos existe un recurso y, por otra parte (b) si la supuesta falta de consideraciones en la sentencia de primera instancia, en tanto el Ordenamiento Jurídico no faculta a la requirente para fundar su impugnación sobre la base de una causal específica del recurso de Casación en la forma, por tratarse de un procedimiento especial, constituye una infracción constitucional por violación del acceso al recurso contemplado en la ley, como elemento del derecho de acceso a la justicia, es decir, si el recurso existente es efectivo.

**20°.-** Ahora bien, es del caso recordar que la gestión pendiente de autos es el recurso de casación en la forma y la apelación, deducidas por la requirente, de la cual conoce actualmente la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en el contexto del proceso de competencia desleal tramitado ante el Primer Juzgado Civil de Santiago, regulado por la Ley Nº 20.169.

**21°.-** Que, en este sentido, como se ha adelantado el artículo 9, inciso segundo, de la Ley Nº 20.169, precisa que *"(…) Contra la sentencia procederán todos los recursos que franquea la ley, de acuerdo con las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil (…)"*. Así, a reglón seguido, y en concordancia con las consideraciones precedentes, corresponderá dilucidar si el legislador, a propósito de la regla del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, por una parte, justificó su decisión legislativa y, por la otra, si dentro de la gama de recursos aplicables, el recurso de apelación invocado -permitido por el Ordenamiento Jurídico para impugnar esta resolución-, faculta a revisar y enmendar, de ser pertinente, las eventuales infracciones sobrevinientes a la sentencia de primera instancia, que fueron aducidas por el requirente y que no son reparables por la vía de la casación en la forma.

**22°.-** Que, el inciso impugnado encuentra su origen en la modificación incorporada mediante la Ley Nº 3.390, del año 1918, que modifica la ley de organización de los tribunales y reforma diversos artículos del Código de Procedimiento civil. En este sentido, *"(…) resulta pertinente tener presente que el texto original del Código de Procedimiento Civil, de 1902, concedía el recurso de casación "en jeneral" contra toda sentencia definitiva (artículo 939, actual 766), incluso por las causales que en el requerimiento de autos interesan (artículo 941, actual 768). Sin embargo, fue la Ley N° 3.390, del año 1918, la que incorporó aquel inciso que excluye el recurso de casación contra las sentencias que, en los negocios que se tramitan como juicios especiales, omiten sus fundamentos de hecho y de derecho, o se despachan sin cumplir con aquellos tramites o diligencias que la ley considera esenciales (artículo 941, 768 actual)"* (STC ROL 3867-17, considerando decimosexto).

**23°.-** Que, si bien no se observa en la historia de la ley el razonamiento del legislador al introducir la modificación señalada en el considerando precedente, no corresponde a esta Magistratura, en esta sede, evaluar de manera general y abstracta la constitucionalidad del diseño del sistema recursivo sobre la estructura procesal definida, prevista legalmente para el referido procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, lo que si incumbirá es ponderar si la revisión de los eventuales vicios invocados se encuentra dentro de aquellos que serán revisados en sede de apelación, pues, de ser así, no hay vulneración del derecho a la revisión de la sentencia por un tribunal superior. A su vez, en caso opuesto, existiría una transgresión al derecho de acceso a la justicia.

**24°.-** Que, en tanto los recursos ordinarios permiten obtener la modificación o el reemplazo de una resolución judicial por cualquier vicio de que ella adolezca, los recursos extraordinarios solo lo permiten cuando se basan en alguno o algunos de los defectos o vicios prescritos expresamente en la ley. Así, el recurso de apelación, establecido en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, entendido como acto jurídico procesal de la parte agraviada, surge como un medio ordinario de impugnación de una resolución judicial, a través del cual solicita al Tribunal que la dictó que eleve el conocimiento del asunto al Tribunal superior jerárquico, para que éste enmiende, conforme a derecho, aquellas omisiones o errores que le produzcan agravio.

**25°.-** Que, no está en duda que la aplicación del recurso de apelación es pertinente en atención al estadio procesal de la causa, sin perjuicio del mérito, oportunidad y fundamentación, que serán aspectos a evaluar por el Juez de Fondo, en la oportunidad procesal que corresponda.

**26°.-** En este orden, el recurso de apelación es un medio de impugnación y control amplio por parte del tribunal ad quem, el que eventualmente conocerá de las mismas alegaciones y fundamentos que fueron esgrimidos por el requirente en la casación deducida, la cual se refiere a vicios in iudicando, y no a vicios in procedendo, motivo por el cual el objeto de ambos recursos es el mismo: la sentencia definitiva, siendo más amplio el de apelación, al punto que incluye dentro de su formulación a todas las alegaciones formuladas en el recurso de casación en la forma.

## IV. DE LA SUPUESTA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL PRODUCTO DE LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO IMPUGNADO.

### De la igualdad ante la Ley en el caso concreto

**27°.-** Que, el requirente argumenta que en el caso del inciso segundo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, no se advierte razonabilidad de restringir la causal de casación en la forma contenida en el numeral 5° de dicho artículo solo a los casos en que se ha omitido la decisión del asunto controvertido cuando se está en presencia de una cuestión regida por leyes especiales. Así, de aplicarse la norma impugnada, se vería impedida de alegar la causal de nulidad, a diferencia de otros actores en juicios ordinarios diversos, elemento con el cual, según indica, se incurre en una discriminación arbitraria.

**28°.-** Que, como se ha reiterado, más allá del examen de la eventual aplicación del precepto cuestionado en el caso concreto, no corresponde a esta Magistratura evaluar la constitucionalidad del diseño sobre la estructura procesal específica prevista legalmente para el referido procedimiento.

**29°.-** Que, en materia procedimental *"la decisión de sustituir o modificar el sistema de acciones y recursos respecto de las decisiones judiciales constituye una problemática que –en principio– deberá decidir el legislador dentro del marco de sus competencias, debiendo sostenerse que, en todo caso, una discrepancia de criterio sobre este capítulo no resulta eficaz y pertinente por sí misma para configurar la causal de inaplicabilidad, que en tal carácter establece el artículo 93, número 6º, de la Carta Fundamental"* (STC 1432 c. 15), en el marco de la reserva de ley del procedimiento establecida por el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política..

**30°.-** Que, por otra parte, se ha alegado una vulneración a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley. Debe tenerse presente que la misma no es una garantía absoluta, en la medida que lo prohibido por la normativa constitucional son las diferencias de carácter arbitrario, quedando la posibilidad de establecer diferenciaciones razonables entre quienes no se encuentran en una misma condición o posición, si la misma es relevante. Estas distinciones no podrán ser arbitrarias ni indebidas, por lo que deben fundamentarse en presupuestos razonables y objetivos y tanto su finalidad como sus consecuencias deben ser adecuadas, necesarias, proporcionadas. (en este sentido ver STC 1469 c. 12º a 15º, en el mismo sentido, STC 2841 c. 9º)

**31°.-** Que, así, si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables y cuyo propósito sea perseguir finalidades necesarias y tolerables. (STC 1502 c. 11) (En el mismo sentido, STC 3121 c. 14).

**32°.-** Que, el estándar de razonabilidad y proporcionalidad está satisfecho por el deber coetáneo de corregir de oficio los vicios en que hubiere incurrido el tribunal a quo. Adicionalmente, una vez que el asunto se encuentra radicado en la Corte Suprema por la vía de la casación de fondo, el máximo tribunal se encuentra expresamente habilitado para invalidar de oficio el fallo recurrido si este adoleciere de vicios que den lugar a la casación de forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa (artículo 775 del Código de Procedimiento Civil). Sostener, por ende, que el requirente ha visto conculcadas las garantías constitucionales que pretende infringidas, resulta improcedente, en la medida que, como ya se dijo, además del recurso ordinario de apelación, dispone del recurso extraordinario de la casación en el fondo y también de la posibilidad de corregir los defectos formales que reclama, tanto ante el Tribunal de alzada, cuanto ante el máximo tribunal del fuero ordinario, para el caso de tener los vicios aducidos el suficiente mérito invalidatorio.

**33°.-** Que, es necesario señalar que el requerimiento no configura un estándar argumentativo suficiente como para generar convicción respecto de que el parámetro que determina lo razonado en los considerandos precedentes haya sido quebrantado.

**34°.-** Que, en el caso concreto, debe tenerse presente que el legislador tiene una amplia capacidad regulatoria del procedimiento, dentro del marco de las garantías del debido proceso, que son sus límites, entre ellas es el derecho al recurso, que en el caso concreto se ve satisfecho por vía de apelación. Es así, que no se observa infracción a los estándares antes señalados respecto de las normas cuestionadas, pues si bien limitan el derecho al recurso, ello no resulta desproporcionado y cercenador del mismo, en la medida que, como ya se viera, todo lo reclamado por la requirente respecto de la sentencia del grado tiene tutela jurídica y recurso idóneo para ser amparado y revisado por la vía de la segunda instancia.

## Debido proceso y derecho constitucional de acceso al recurso previsto en la Ley.

**35°.-** Que, la concepción del debido proceso como garantía constitucional judicial, tiene una vertiente formal y otra sustantiva *"desde el ángulo formal, consiste en que toda decisión de un órgano jurisdiccional debe ser el resultado de un proceso previo, ante tribunal competente, realizado conforme a un procedimiento que asegure posibilidades básicas de defensa, orgánica y funcionalmente, tanto para definir derechos civiles como cuando se enfrenta una acusación de naturaleza penal. Sustantivamente, debido proceso significa que tal decisión jurisdiccional terminal debe ser racional y justa en sí, vale decir, proporcional, adecuada, fundada y motivada sustancialmente en el derecho aplicable, mas no en criterios arbitrarios".* (STC Rol 3867-17. C. 4 del voto en contra)

**36°.-** Que, en este sentido *"el legislador está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad"* (STC 1411 c. 7) (En el mismo sentido, STC 1429 c. 7, STC 1437 c. 7, STC 1438 c. 7, STC 1449 c. 7, STC 1473 c. 7, STC 1535 c. 18, STC 1994 c. 24, STC 2053 c. 22, STC 2166 c. 22, STC 2546 c. 7, STC 2628 c. 6, STC 2748 c. 14, STC 2757 c. 40, STC 3107 c. 9, STC 3297 c. 13, STC 3309 c. 3309, STC 3171 c. 28).

**37°.-** Que, *"el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores"* (STC 478 c. 14) (En el mismo sentido, STC 576 cc. 41 a 43, STC 699 c. 9, STC 1307 cc. 20 a 22, STC 1448 c. 40, STC 1557 c. 25, STC 1718 c. 7, STC 1812 c. 46, STC 1838 c. 11, STC 1876 c. 20, STC 1968 c. 42, STC 2111 c. 22, STC 2133 c. 17, STC 2354 c. 23, STC 2381 c. 12, STC 2657 c. 11, STC 2697 c. 17, STC 2687 c. 14, STC 2799 c. 14, STC 2853 c. 16, STC 2757 c. 41, STC 2743 c. 24, STC 2791 c. 24, STC 2983 c. 4, STC 3107 c. 7, STC 3309 c. 28, STC 3119 c. 19, STC 3649 c. 7).

**38°.-** Que, en consecuencia, como se ha dicho anteriormente la cuestión sublite se resuelve al definir si, en el caso concreto, la norma legal aplicable, que restringe la aplicación de la Casación formal, se subsana con el recurso de apelación deducido por el requirente, que se plantea sobre la misma materia, empleando iguales fundamentos, así como los demás que pudieran hacerse valer.

**39°.-** Que, se resguardan los principios fundamentales mínimos que deben informar un proceso justo y racional, en los términos que ordena el artículo 19, Nº 3, de la Constitución, previéndose mecanismos eficaces y eficientes que permiten que tribunales superiores revisen lo obrado y resuelto en primera instancia por el órgano jurisdiccional respectivo, encontrándose este último, sujeto en todo evento, a la superintendencia disciplinaria de la Corte Suprema de Justicia. (STC 616 c. 40º) (En el mismo sentido, STC 2.111 cc. 23º y 24º).

**40°.-** Que, de tal forma no se infringe la garantía del racional y justo procedimiento, ni el contenido esencial de aquellas normas.

**SENTENCIA ROL 8761-2020.** *Publicada el 27 de octubre de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 518 del Código de Procedimiento Civil. Héctor Alburquenque Muñoz. En proceso Rol C-3733-2017, seguido ante el Segundo Juzgado Civil de Santiago.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

Los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES estuvieron por acoger el requerimiento de fojas 1 por las consideraciones siguientes:

**I. GESTIÓN PENDIENTE Y CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD SOMETIDA AL CONOCIMIENTO DE ESTA MAGISTRATURA.**

**1°.-** El requirente, don Héctor Albuquerque Muñoz, dedujo requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, en el contexto del juicio ejecutivo que se sigue ante el Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago en contra de la Inmobiliaria Alburquenque Muñoz Limitada.

**2°.-** En el mismo sentido, el actor expresa que la estructura social de la inmobiliaria actualmente se compone de dos socios y administradores, de forma conjunta, correspondiendo aquellos a Daniela Alejandra Alburquenque Muñoz y a Héctor Daniel Alburquenque Muñoz, requirente de autos, con un 50% de los derechos sociales cada uno.

**3°.-** El actor señala que don Héctor Daniel Alburquenque Arraño, padre del requirente, demandó a la inmobiliaria, buscando el cobro de un pagaré, que denuncia como falso, por el cual se pretende el cobro de $3.700.000.000 aproximadamente.

**4°.-** Asimismo, da cuenta que al tratarse de una sociedad cuya administración es conjunta no pudo oponerse a nombre de la sociedad ante la demanda presentada, allanándose su hermana al pago de lo adeudado. Por lo anterior, solicitó ser tenido como tercero en aquella en resguardo del patrimonio social, resolviéndose en la gestión pendiente su improcedencia de conformidad al artículo 518 del Código de Procedimiento Civil.

Así, expresa que no se le ha permitido comparecer como representante de la sociedad, toda vez que solo tiene el 50% de los derechos sociales, y doña Daniela Alburquenque Muñoz, quien es dueña del otro 50%, se habría, extrañamente a su juicio, allanado al pago del pagaré. Refiere que de hecho contestó la demanda y opuso excepciones, pero que su hermana se negó a ratificar la actuación, lo que era necesario al ser una administración conjunta.

**5°.-** Rechazada dicha petición presentó recurso de reposición, y apeló, siendo ambos recursos desestimados. Por lo anterior, dedujo Recurso de Hecho ante la Corte de Apelaciones de Santiago, encontrándose ello pendiente de resolución.

**6°.-** En este sentido, el requirente expresa los siguientes argumentos para fundar su requerimiento:

a. La exclusión de un tercero, como en el caso de autos, significaría una infracción al debido proceso, tanto desde la perspectiva del derecho a la acción, la bilateralidad del proceso y en la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Particularmente, en lo referido al derecho a defensa, señala que la aplicación del precepto impugnado limitaría la participación de un tercero en el juicio ejecutivo cuyo derecho ha sido garantizado por las normas generales contempladas en los artículos 22 al 24 del Código de Procedimiento Civil, atentando contra la garantía de un procedimiento racional y justo.

b. En relación a la igualdad ante la Ley, sostiene que la regla general es que en distintos juicios y procedimientos se admita la intervención de terceros sin limitación alguna, estableciendo la norma impugnada diferencias arbitrarias, infringiendo cualquier test de racionalidad. Un mismo precepto legal debe ser aplicado a todas las partes del juicio en igualdad de condiciones.

**7°.-** Con todo, el actor señala la existencia de contravenciones a los artículos 5° y 19 N°s 2, 22, 26 de la Constitución. Al impedir que el requirente comparezca en el juicio ejecutivo en calidad de tercero conforme a las reglas generales, pues infringiría las garantías de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria y, el debido proceso, específicamente su derecho a defensa.

**8°.-** Que esta Magistratura disidente no se pronunciará sobre el supuesto fraude procesal señalado por el requirente a fojas 32, toda vez que dicha materia será de conocimiento y resolución del Juez de fondo.

## II. EL PROCESO. LEGITIMACIÓN E INTERVENCIÓN DE TERCEROS.

### Del proceso en General.

**9°.-** El proceso se caracteriza como una relación jurídica entre sujetos específicos y de efectos particulares, diseñado para resolver controversias de relevancia jurídica, mediante el empleo de una secuencia de actos relacionados entre sí, con un orden lógico dirigidos a *"acordar la tutela jurídica de una de las dos partes"* (en este sentido ver a Chiovenda, José, "La acción en el sistema de los derechos", ensayos de derecho procesal Civil, Buenos Aires, 1949, p. 39, not. 2), garantizando así el derecho de las partes, quienes tendrán un interés legítimo en la discusión. De esta forma, surge el concepto de partes como los sujetos del proceso, y aparece la relevancia de la legitimación.

Es a las partes a quienes "afectará" el proceso, pues es a ellas a quienes los efectos jurídicos del mismo empecerán. Sin embargo, el resultado e incluso el desarrollo del proceso puede incidir en la entidad, limitaciones, alcance y efectos de derechos, intereses legítimos u obligaciones de terceros, en el sentido de ser sujetos diferentes de las partes, que además a partir de ese derecho, interés legítimo u obligación configurarán un verdadero interés procesal que también es diferente de aquel que reclaman las partes (entendidas ellas en sentido estricto, como demandante y demandado, ya que en nuestros días no es infrecuente que a los terceros se les denomine "partes anómalas"). En ese sentido, surge la problemática de los terceros en el proceso, denominándose "tercería" a su comparecencia en el proceso en defensa de ese interés.

**10°.-** Que, en este orden el proceso se configura como un instrumento orientado a solucionar controversias de relevancia jurídica, por cuanto el aspecto teleológico del proceso toma más relevancia, con el objeto de impedir la realización de actuaciones que se encuentren al margen del propósito esencial del proceso, delimitando su alcance.

De esta forma, siguiendo al profesor Miguel Rojas, es posible destacar que *"En la dinámica del proceso judicial se identifican claramente tres funciones: dos de interés individual y una de interés público. La primera consiste en la satisfacción del interés individual comprometido en la cuestión problemática concreta; la segunda, en la garantía de defensa adecuada de los intereses en juego; y la tercera alude a la vigencia práctica del orden jurídico (…)"* (Rojas, M. (2004) Teoría del Proceso. Universidad Externado, Colombia. P. 124), así el sujeto cuyos intereses legítimos son conculcados, lesionados o amenazados puede hacerlos justiciables.

## El interés jurídico como criterio de legitimación en el proceso civil.

**11°.-** Que, la legitimación se construye sobre las normas procesales que establecen las diversas reglas de legitimación, sin embargo para la determinación de aquellas reglas "el legislador tiene presente un elemento previo a las mismas cuál es el interés jurídico, de modo que no cabe confundirlo con las propias reglas de legitimación, pues aquel no es sino la realidad jurídica a la que atienden estas" (ver en este sentido Juan Sánchez, R. (2020). EL INTERÉS JURÍDICO COMO CRITERIO DE LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. Teoría Y Derecho, (10), 215-248. Recuperado a partir de https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/207).

**12°.-** De esta forma, si bien todo sujeto se encuentra facultado para accionar, es decir, para poner en movimiento el aparataje jurisdiccional del Estado, el contar con legitimación será la consecuencia del interés del sujeto en el contexto de una relación jurídica y elementos fácticos que lo vinculen.

**13°.-** Que, la Excelentísima Corte Suprema ha resuelto a propósito de la legitimación procesal que "(…) para poder actuar y figurar eficazmente como parte, en un proceso determinado y específico, no basta con disponer de la aptitud general de la capacidad o legitimatio ad processum, sino que es necesario poseer además una condición más precisa y referida en forma particularizada al proceso individual de que se trate. Tal condición que se denomina legitimatio ad causam o legitimación procesal afecta al proceso no en su dimensión común, sino en lo que tiene de individual y determinado. La legitimación procesal es la consideración especial, que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto litigioso, y en virtud del cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como parte en el proceso. La sola capacidad procesal no basta para formular una pretensión y para oponerse a ella en un juicio, sino que es necesaria una condición más precisa y específica referida al litigio mismo específico. La legitimatio ad causam, entonces, es la consideración legal, respecto de un proceso en particular, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y en virtud del cual se exige, para que la pretensión de fondo pueda ser examinada, que dichas personas figuren como tales en el proceso" (Excelentísima Corte Suprema, Rol 9996-2011, 16 de mayo del 2012, considerando quinto).

**14°.-** Que, en el caso de marras el asunto constitucional controvertido dice relación con el derecho que le empece a un socio de la compañía para comparecer como tercero interesado en un proceso. A este respecto, cabe hacer presente que cuando la persona jurídica actúa, no lo hace en consideración de cada uno de los intereses individualmente considerados, sino que lo realiza en razón de ser quien detenta la representación de la empresa, resguardando sus derechos propios, en razón del interés colectivo, firmando a su nombre. Sin embargo, como es posible verificar en autos, el Ordenamiento Jurídico no considera la hipótesis de que el Socio de una compañía pueda actuar como tercero, sin perjuicio que no pretenda hacerse titular de un derecho material

ni de un derecho sustancial nuevo, es decir, no pretende pedir respecto de si, sino que en favor de su titular, con el objeto de proteger el patrimonio social. Esto es, el requirente pretende ejercer un derecho procesal propio, respecto de un derecho material ajeno, el cual, eventualmente, podrá ser ejercitado igualmente por su titular, situación que no puede ser indiferente a esta Magistratura disidente.

**15°.-** Que, la situación precedente se encuentra dentro de la esfera de "intereses jurídicos compartidos" individuales o colectivos, caracterizados por la presencia de un elemento de ajenidad existente entre quien formula la pretensión y el derecho que se hace valer en juicio. De esta forma, si bien es dable distinguir entre el interés litigioso y el interés legitimante del tercero, en tanto para los que acrediten el primero solo bastará encontrarse en dicha condición, mientras que en el caso de los terceros será necesario constatar una hipotética afectación de los efectos del proceso, de esta forma el fundamento de la legitimación procesal es la afectación, como una posición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito, estableciendo que existe una determinada vinculación de los sujetos con el objeto procesal, o visto desde otra perspectiva cuando existe "ausencia de neutralidad" (STC español 218/2009, de 21 de diciembre), como en el caso sublite (en este sentido ver a Juan Sánchez, R. (2020). EL INTERÉS JURÍDICO COMO CRITERIO DE LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO CIVIL. Teoría Y Derecho, (10), p. 225 y 226. Recuperado a partir de https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/207).

**16°.-** Siguiendo a Ricardo Juan Sánchez, en el caso de un interés legitimante propio e indirecto, como de un interés legitimante compartido, la estimación de la pretensión procesal no está condicionada porque la parte procesal sea titular de la situación jurídico material deducida ni, en consecuencia, por su participación en los hechos constitutivos de aquella pretensión; de lo que cabe concluir que la admisibilidad de un pronunciamiento de fondo sobre esa pretensión, amén de otras condiciones sobre la válida constitución de la relación jurídico-procesal, dependerá de la existencia de un interés jurídico en aquella conducción, necesariamente vinculado con los hechos constitutivos.

**17°.-** Que, en este sentido la interpretación de esta Magistratura resulta esencial, toda vez que el Ordenamiento Jurídico no ha reconocido expresamente el derecho impetrado por la requirente, en este caso, ello significa que corresponderá al tribunal de fondo analizar la existencia en abstracto del interés, a partir de la afirmación de su titularidad integrada, con los hechos constitutivos de la pretensión procesal, en ponderación de la prueba que sea ofrecida en la oportunidad procesal correspondiente, de esta forma se podrá arribar a la determinación de la existencia o no del interés legitimante.

## De la intervención de terceros en el proceso.

**18°.-** Conforme a lo establecido en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, tercero es todo aquel que sin ser parte directa en el juicio, tiene un interés actual comprometido en el resultado. De esta forma, el carácter "actual" de su interés es relevante pues existirá en tanto haya un interés comprometido y no una mera expectativa (en este sentido ver a Valdés Aldunate (1995) Tercería en la Ejecución. En Juicio Ejecutivo; Panorama Actual, p. 95. Editorial Jurídica Cono Sur Limitada)

**19°.-** Que, el artículo 518 del Código de Procedimiento Civil, reconoce que sólo en el juicio ejecutivo son admisibles las tercerías, con un catálogo estrícto de causales, reconociéndose que ellas por regla general serán procedentes en el contexto del juicio ejecutivo -salvo que la ley expresamente, y por excepción, así lo disponga-, serán excepcionales – por cuanto aparentemente,

no habrá otra forma de participación de terceros en los procesos ejecutivos o en los casos especiales que contempla el artículo 520-.

**20°.-** En efecto, esta cuestión que será problemáticamente abordada por la doctrina procesal clásica, es de fácil lectura en óptica y perspectiva de derechos humanos: el artículo 8.1 de la Convención Americana de derechos Humanos dispone que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.". este derecho empalma con el derecho a la acción y el derecho a la defensa, entendidos ambos en la jurisprudencia de este tribunal en torno a la tutela judicial efectiva "El derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el Nº 3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente. (STC 792 c. 8)" (En el mismo sentido, STC 815 c. 10, STC 946 cc. 28 a 33, STC 1046 c. 20, STC 1061 c. 15, STC 1332 c. 9, STC 1356 c. 9, STC 1382 c. 9, STC 1391 c. 9, STC 1418 c. 9, STC 1470 c. 9, STC 2042 c. 29, STC 2438 c. 11, STC 2688 c. 5, STC 2701 c. 10, STC 2697 c. 17, STC 376 cc. 29 y 30, STC 389 cc. 28 y 29, STC 2895 c. 7, STC 5962 c. 13, STC 4018 c. 9, STC 5674 c. 9).

**21°.-** Así, la comparecencia del tercerista es en sí misma una manifestación del derecho a la acción y/o del derecho a defensa jurídica respecto de sus derechos, intereses legítimos u obligaciones. En ciencia procesal se denomina tercerista "al llamado en garantía (real o personal), al denunciado por el ficto poseedor y a todo aquel que por su interés propio directo o por defender un interés ajeno a fin de defender el propio, sea ese interés originario o por cesión, sucesión o substitución, interviene en un proceso pendiente, sea como litisconsorte de los sujetos originales, en lugar de uno de ellos o en forma excluyente" (J. RAMIRO PODETTI, DERECHO PROCESAL CIVIL COMERCIAL Y LABORAL, TRATADO DE LA TERCERIA. EDIAR, Buenos Aires, 1949 p. 32-33).

**22°.-** En este sentido, el estatuto de las tercerías en el Código de Procedimiento Civil se encuentra en aquella parte denominada "DISPOSICIONES COMUNES A TODO PROCEDIMIENTO", es decir, de general aplicación, salvo norma especial en contrario. En este sentido, el Código dispone que *"Los que, sin ser partes directas en el juicio, tengan interés actual en sus resultados, podrán en cualquier estado de él intervenir como coadyuvantes, y tendrán en tal caso los mismos derechos que concede el artículo 16 a cada una de las partes representadas por un procurador común, continuando el juicio en el estado en que se encuentre.*

*Se entenderá que hay interés actual siempre que exista comprometido un derecho y no una mera expectativa, salvo que la ley autorice especialmente la intervención fuera de estos casos (…)"* (Artículo 23, Código de Procedimiento Civil).

Sin embargo, en el juicio ejecutivo, la comparecencia y tutela de derechos e intereses de terceros se ve limitada, y las flexibles y abiertas normas de las tercerías se ven limitadas y restringidas en un modelo diferente, taxativo, excepcional y cerrado: no hay más tercerías que las de posesión, dominio, prelación y pago (art. 518 CPC). Ello significa que en un juicio ejecutivo todo derecho

o interés de terceros que no esté cubierto por esas cuatro tercerías queda excluido de tutela y no puede ser conocido por el tribunal, dejando a su titular en la indefensión frente a la ejecución. Si ello se contrasta con el estatuto general de las tercerías en las disposiciones comunes a todo procedimiento, se observa que ese tercerista excluido del juicio ejecutivo, sin las normas especiales del mismo, sí podría comparecer como tercero interesado, coadyuvante o quizás excluyente.

**23°.-** Que, en este sentido si bien el tercero es ajeno al proceso, no lo es respecto a la relación sustancial, como ya se ha visto a propósito de la legitimación, toda vez que el interés directo o indirecto del tercero, lo legitimará para ingresar en el proceso.

## III. ANÁLISIS DEL FONDO RESPECTO AL CASO CONCRETO.

**24°.-** Que, en el caso concreto la ejecutada es una sociedad, definida en el Código Civil como "(…) un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan.

La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados" (artículo 2053 del Código Civil). Cabe señalar que en nuestra napoleónica y clásica legislación civil la sociedad aparece como un contrato, en el que la personalidad jurídica es concebida como una ficción y como un verdadero fin. En este sentido, el derecho societario bastante ha evolucionado desde dicha decimonónica concepción, al punto que hoy las sociedades no son un contrato, existiendo por ejemplo las SpA o sociedades por acciones en las cuales una sola persona es la dueña del total de las acciones, sin que la sociedad se extinga por dejar de haber pluralidad de socios, lo cual estuvo precedido pocos años antes por la creación de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, que fueron una respuesta al mismo fenómeno, disminuyendo la práctica de crear "sociedades" con un aporte social que muchas veces es calificable como "ficto y simbólico" de un segundo socio ,por cifras que en ocasiones eran incluso de $1, pues la pluralidad de partes era requisito de esencia para constituir una sociedad y, a la vez, la legislación chilena no exige pago efectivo del capital ni aporte mínimo como requisito de esencia para el tipo de sociedades en comento. El cambio de comprensión del fenómeno societario significa que, recién iniciado el siglo XXI, el derecho privado chileno comprendió y asimiló que la sociedad no era un contrato bilateral -como lo señalaba la tipología clásica del derecho Civil- y que, a su vez, la personalidad jurídica deja de ser un fin en sí mismo, decayendo así la ficción de la asimilación absoluta de la sociedad a la personalidad natural, quedando claro que las sociedades son en realidad una parte del conjunto de medios al servicio de actividades económicas, y que emergerán generalmente como una forma organizativa para la gestión de un determinado patrimonio, cuestión que puede ser a nivel individual o a nivel pluri personal, que puede o no implicar el desarrollo activo de un giro empresarial y que puede o no implicar también el desarrollo de inversiones pasivas.

**25°.-** En el marco del carácter concreto de la acción de inaplicabilidad, el artículo 80 de la ley orgánica de este Tribunal exige que el requerimiento formulado enuncie los antecedentes de hecho referidos al caso concreto, cuestión que después es parte del objeto de traba de litis con el requerido, a efectos de examinar las consecuencias de aplicación del precepto en el caso concreto. En ese sentido, de lo aportado por las partes en este proceso es claro que la gestión pendiente es una ejecución en la que el sujeto pasivo es una sociedad utilizada como forma organizativa de un patrimonio familiar.

**26°.-** En ese sentido, la teoría clásica y contractualista de la sociedad entiende que los derechos societarios de los dueños son un título abstracto, un haber que no recae en bien determinado del patrimonio social, lo cual es indisociable de la comprensión de ficción y fin de la personalidad

jurídica, pues tal ficción no puede ser partida en trozos y concretizada en fracciones materiales que devengan en una entidad tangible. En cambio, si la sociedad es solo una forma organizativa del patrimonio familiar, que además se sustenta en bienes inmuebles, la sociedad pasa a ser en los hechos un patrimonio de afectación, comprendido como una universalidad jurídica, fácilmente avaluable y dotado de reglas de administración especiales en la sociedad. Así, en una sociedad de ese tipo, es fácil observar cuál es el patrimonio y cuantificar el derecho de los socios en el mismo traduciéndolo en un valor monetario, a lo cuál se agrega que la sociedad no es más que el conjunto de bienes, sus instrumentos constitutivos y sus reglas de administración.

Sin embargo, como nuestra legislación procedimental del juicio ejecutivo nunca conoció las sociedades como forma organizativa, y como nuestra legislación civil resulta en que el dueño de derechos societarios no es dueño ni titular de derecho alguno sobre los bienes sociales, las tercerías del juicio ejecutivo lo excluyen totalmente de comparecer, pues no es ni dueño ni poseedor de los bienes ejecutados y las tercerías de prelación y pago nada tienen que ver con sus derechos sociales.

**27°.-** Que, por otra parte, no resulta armónico con el derecho a la tutela judicial efectiva que un tribunal no pueda conocer de alegaciones de eventual fraude o simulación en una ejecución, sobe todo teniendo presente que esa privación de acceso al conocimiento del órgano jurisdiccional es uno de los efectos que se producen por aplicación del precepto impugnado al no poder formular una tercería el requirente, ya que ello no está cubierto por los intereses a que se refiere la legitimación de las tercerías del juicio ejecutivo contenida excluyentemente en la noma del artículo 518. En ese sentido, aparece que la aplicación del precepto impugnado genera una denegación del derecho a defensa, pues el valor de los derechos sociales está íntimamente ligado al valor del patrimonio de la sociedad, en cuya defensa el requirente no puede comparecer.

**28°.-** Que, en este sentido, nuestra decimonónica legislación civil, al no entregar a los socios de estas posmodernas realidades jurídicas - las sociedades como forma organizativa de un patrimonio de afectación- el derecho de impetrar medidas conservativas, genera una paradójica desigualdad ante la ley: si en lugar de ser una sociedad (formada para una administración más eficiente en una sociedad de mercado que repudia las comunidades) este patrimonio familiar fuese una comunidad, el requirente sí podría haber comparecido invocando su interés de impetrar medidas conservativas y además hubiera podido comparecer reclamando su parte del precio de los bienes ejecutados, mediante una tercería de pago y quizás mediante una de prelación. Así, la visión ficta y clásica de la sociedad se transforma en una realidad paradójica: el socio, al no ser considerado dueñode los bienes sociales, debe observar como el patrimonio de su sociedad desaparece sin amparo de su interés por el derecho dentro del juicio ejecutivo, pues para dicha concepción no tiene derecho alguno respecto de los bienes ejecutados, lo cual ve su cierre en la regulación de las tercerías en un Código próximo a cumplir 120 años de edad, concebido sin conocer fenómenos jurídicos contemporáneos como lo es una sociedad usada como forma organizativa de un patrimonio familiar, excluyéndolo de toda tercería eficaz al respecto.

**29°.-** Que, cabe señalar que solo el ejecutado puede oponer excepciones y nadie más. Pues es él el sujeto pasivo de la acción. Ejecutado y tercerista por definición son sujetos diferentes, y no puede confundirse la legitimidad pasiva de la acción en la titularidad de las excepciones, que de ser opuestas por el tercerista es evidente que habrían sido rechazadas por falta de titularidad. Es un error garrafal sostener que en el caso concreto el requirente pudo excepcionar acerca de la validez de la deuda ejecutada, que además en nuestra legislación es un pasivo social y no de la persona natural que es el tercerista, pues él no es el ejecutado.

Por otra parte, para incidentar se requiere ser parte o tercerista, y si las tercerías están restringidas,

el requirente no pudo incidentar al no ser reconocida su comparecencia, lo que se traduce en que la limitación a las tercerías genera entonces una incapacidad especial para comparecer en juicio. Por ello es un error garrafal sostener que pudo "incidentar" en defensa de sus intereses, ya que para ello debía ser parte o ser admitido en el marco de una tercería.

**30°.-** Que, así, la normativa de tercerías del juicio ejecutivo, en el caso concreto, al impedir la comparecencia del requirente en resguardo de la integridad de su cuota del patrimonio familiar, plasmado indirectamente en sus derechos sociales, vulnera el derecho a la acción, el derecho a defensa y el derecho a ser oído.

[…]

**SENTENCIA ROL 11.363-21.** *Publicada el 17 de marzo de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la expresión "solo", contenida el artículo 32, inciso primero, de la Ley N° 18.287. Alo Vental Limitada. En el proceso Rol N° 157.656-6, seguido ante el Juzgado de Policía Local de Quilicura, en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N° 1298-2021-Policía Local.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por rechazar** el requerimiento, por las siguientes razones:

**1°.-** Que el art. 8° de la Convención Americana de derechos Humanos establece el denominado derecho al recurso al disponer que toda persona sometida a juicio tiene el "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior", lo cual se predica no solamente en el orden penal.

**2°.-** Es así que el estándar mínimo del derecho al recurso se refiere al "fallo", es decir, a la sentencia, que en este caso impone la condena, de multa. Es así que la norma de la Convención Americana de derechos Humanos en el sistema jurídico chileno se refiere a la sentencia definitiva si de sanciones se habla.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado expresamente que *"Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos", agregando que "a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal"* (Ver sentencia de Caso del Tribunal Constitucional, fondo, reparaciones y costas, de 31 de enero de 2001, párrafos 69 y 70, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf, citando en tal sentencia como precedentes al efecto Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, sobre Garantías judiciales en Estados de Emergencia, Serie A No. 9, párr. 27, y Sentencia del Caso Paniagua Morales y otros, de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 149).

**3°.-** Que, además, se encuentra establecido que el derecho al recurso no es necesariamente el derecho al recurso de apelación (ver sentencias Roles 986 Y 1252, entre otras) y que la configuración del recurso es un tema propio de la órbita de decisión legislativa, debiendo agregarse que el límite de atribuciones del legislador es que el recurso debe contemplar la posibilidad de revisión completa (el derecho y el establecimiento de los hechos) y eficaz (debe permitir dejar sin efecto lo resuelto en la resolución recurrida).

**4°.-** Que, sin perjuicio de lo señalado sobre el derecho al recurso, respecto de actos de instrucción, providencias de mero trámite, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas referidas a cuestiones de menor relevancia jurídica, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que el legislador puede establecer el principio de única instancia.

**5°.-** En efecto, si bien el derecho al recurso entendido como la revisión de las decisiones judiciales por un tribunal superior, ello no significa que se asegure universalmente y respecto de toda resolución el derecho a la doble instancia, esto es, a la apelación, para cualquier clase de procedimientos, convocando al legislador a otorgarlo a todo sujeto que tenga alguna clase de interés en él. Por lo mismo, el Tribunal Constitucional no ha sido llamado a examinar, mediante razonamientos de constitucionalidad en abstracto, si el sistema de impugnación que establece un precepto legal contraviene o no la Constitución, sino que para analizar el reproche de constitucionalidad en el caso concreto, debe considerar siempre la naturaleza jurídica del proceso. En otras palabras, una discrepancia de criterio sobre la decisión adoptada por el legislador en materia de recursos o mecanismos impugnatorios no resulta eficaz y pertinente por sí misma para configurar la causal de inaplicabilidad, que en tal carácter establece el art. 93, Nº 6, CPR. (Ver STC 1448 c. 43; 1838 c. 19; 2853 c. 21; 6411 c. 12; 6972 c. 12, entre otras)

**6°.-** En efecto, el derecho a revisión por un tribunal superior corresponde a aquel derecho que tiene todo interviniente en un proceso a que la sentencia sea susceptible de revisión por un tribunal superior, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes dentro del plazo legal. Este derecho no implica poder recurrir respecto de todas y cada una de las resoluciones, si no que corresponde al legislador determinar las actuaciones jurisdiccionales que sean susceptibles de ser revisadas. De esta forma, la decisión de la estructura y los medios para hacer efectiva la revisión de sentencias, como expresión del justo y racional proceso, le corresponde a él (Ver STC Roles N°s 1838 c. 15; 1876 c. 26; 2452 c. 18; 2723 c. 26; 7652 c. 21).

**7°.-** Así, también debe tenerse presente que el reconocimiento legal del derecho al recurso no implica una exigencia constitucional respecto al tipo específico de recurso, vale decir, apelación conducente a una doble instancia o casación tendiente a revisar los errores de derecho. En otras palabras, la exigencia constitucional del derecho al recurso como componente del debido proceso depende de múltiples circunstancias sistémicas y de contexto procesal, o incluso concretas, y no configura un requisito de validez del juicio per se (ver STC Roles 2723 c. 11, y 3297 c. 15)

**8°.-** Por otra parte, la alegación de desigualdad ante la ley deriva de la existencia de recurso en el procedimiento ordinario usado como *"tertium comparationis"* respecto de la preceptiva cuestionada, cuestión que constituye un error al asimilar la jurisdicción civil de lato conocimiento a la de policía local, que ha de estar dotada de mayor celeridad y menos formalidad en el conocimiento de sus causas.

**9°.-** Por otra parte, no puede dejar de observarse que el artículo 35 de la misma Ley N° 19.287 sobre procedimiento ante tribunales de policía local dispone que "El Tribunal de alzada podrá pronunciarse sobre cualquier decisión de la sentencia de primera instancia, aunque en el recurso no se hubiere solicitado su revisión" y que su artículo 34 permite rendir prueba en segunda instancia, a lo que se suma el deber de todo tribunal de velar por la ritualidad procesal y validez de cada acto del proceso establecido para todo tribunal en los artículos 83 y ss. del Código de Procedimiento Civil, sin que se vea privado entonces el requirente de vías para ejercer sus garantías del debido proceso.

**10°.-** Que, de tal forma, el requerimiento entonces debió ser rechazado

[…]

**SENTENCIA ROL 8006-2019.** *Publicada el 9 de julio de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil. Inversiones Galleano Limitada y Compañía en comandita por acciones. En los autos caratulados "Inversiones Galleano LTDA. Y en comandita por acciones. Con servicio de impuestos internos dirección regional Metropolitana Santiago Centro", de que conoce la Corte Suprema, por recursos de casación en la forma y en el fondo, bajo el Rol N° 36.679-2019.

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**La Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y el Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurren a la presente sentencia acogiendo el requerimiento deducido, teniendo presente solamente las consideraciones 1° a 11°, 18° y 23° de la presente sentencia y, además, las siguientes consideraciones:**

**1°.-** Que la requirente de estos autos impugnan la aplicación del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, que señala *"En los negocios a que se refiere el inciso segundo del artículo 766 sólo podrá fundarse el recurso de casación en la forma en alguna de las causales indicadas en los números 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, 7° y 8° de este artículo y también en el número 5° cuando se haya omitido en la sentencia la decisión del asunto controvertido"*. Lo anterior, en autos sobre recursos de casación en la forma y en el fondo que sustancia la Corte Suprema, respecto de la sentencia definitiva de un reclamo tributario.

**2°.-** Que no es la sentencia de inaplicabilidad la sede idónea para verificar un control abstracto y general sobre la preceptiva impugnada y las limitaciones que establece acerca del recurso de casación en la forma. Al contrario, el control de inaplicabilidad es un control de aplicación de preceptos legales a un caso concreto por generar efectos contrarios a la Constitución, lo cual hace extremadamente relevante los caracteres y elementos del caso concreto.

**3°.-** Que, en este sentido es dable comprender que el legislador ha establecido que las sentencias deben ser motivadas y no pueden omitir trámites o diligencias declaradas esenciales por la ley.

**4°.-** Lo anterior, queda reforzado al considerar que el mismo Código de Procedimiento Civil requiere dichas razones de hecho y de derecho en las disposiciones comunes a todo procedimiento (artículo 170, N° 4), a la vez que identifica como un trámite o diligencia esencial —incluso en los juicios especiales— la práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión (artículo 795, N° 4).

**5°.-** Con todo, sin lugar a dudas resultará reprochable constitucionalmente de comprobarse la hipótesis de la ausencia de un recurso efectivo, toda vez que ello arriesgaría a dejar indemnes algunas de esas infracciones, con menoscabo injustificado de los derechos del requirente. Entonces, cabe preguntarse: (a) si en el caso de autos existe un recurso y, por otra parte (b) si la supuesta falta de consideraciones en la sentencia de primera instancia, en tanto el Ordenamiento Jurídico no faculta a la requirente para fundar su impugnación sobre la base de una causal específica del recurso de Casación en la forma, por tratarse de un procedimiento especial, constituye una infracción constitucional por violación del acceso al recurso contemplado en la ley, como elemento del derecho de acceso a la justicia, es decir, si el recurso existente es efectivo.

**6°.-** Que, en este sentido desde ya resulta oportuno precisar que la sentencia de inaplicabilidad no es la sede para verificar un control abstracto y general sobre la preceptiva impugnada ni las

limitaciones que establece el legislador acerca del recurso de Casación en la forma. Al contrario, *"(…) el control de inaplicabilidad es una acción que tiene por objeto declarar que un precepto legal invocado como norma de aplicación decisiva en un caso concreto en litis, es o no contrario a la Constitución y que, en consecuencia, no puede ser aplicado por el Juez que conoce del asunto cuando el requerimiento sea acogido"* (PICA FLORES, Rodrigo. (2010). Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: Los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional. Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 33).

**7°.-** Así, siendo la inaplicabilidad un control de tipo concreto, cabe ponderar si la revisión de los eventuales vicios invocados se encuentra dentro de aquello que será revisado en sede de casación en el fondo, pues, de ser así, no hay vulneración del derecho a la revisión de la sentencia por un tribunal superior. A su vez, en caso opuesto, existiría una transgresión al derecho de acceso a la justicia.

**8°.-** Que un aspecto que no ha suscitado debate y sobre el cual la jurisprudencia de este Tribunal es uniforme se refiere a que nuestra Constitución no consigna expresamente el deber de los jueces de fundamentar sus sentencias. Con todo, ese principio puede ser inferido de la aplicación conjunta y sistemática de diversos preceptos constitucionales como los contenidos en los artículos 6°, 7°, 8°, 19 N° 3°, inciso sexto, y 76. Estos preceptos constitucionales son, a su vez, desarrollados por nuestra legislación procesal en los más variados ámbitos (STC Rol N° 1373, cc. 8° y 9° y voto disidente de los Ministros Peña, Fernández y Carmona, c. 5°). Uno de ellos es, precisamente, la exigencia contenida en el artículo 170 N° 4° del Código de Procedimiento Civil, norma que no ha sido impugnada en estos autos;

**9°.-** Que es menester destacar, tal como lo ha reconocido esta Magistratura, que "la motivación de la sentencia es connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio. Constituye, a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de un procedimiento racional y justo (…)." (STC Rol N° 1373, c. 15°);

**10°.-** Que, por lo tanto, no es parte de esta controversia que las sentencias deban motivarse, como garantía de interdicción de arbitrariedad, permitiendo además el control de sus contenidos a través de los recursos que franquea la ley.

**11°.-** Sin embargo, la relevancia del examen de los elementos y caracteres de la gestión pendiente lleva a constatar que la requirente alega falta de fundamentación de la sentencia de un reclamo tributario, habiendo recurrido en contra de la misma en sede de casación en la forma y en el fondo, alegando en esta sede que la limitación al recurso de casación en la forma por esa causal vulneraría la Constitución en su caso concreto al impedirles una revisión de lo razonado y resuelto en función de prueba que no fue ponderada.

**12°.-** El recurso de casación en la forma intentado reconoce entre sus fundamentos el no haberse ponderado toda la prueba rendida. En ese orden, la infracción a derecho alegada configuraría una afectación del derecho a defensa, en referencia a los requisitos y contenido de la sentencia, que no se encuentra contenida en el recurso de casación en el fondo.

**13°.-** A su vez, el recurso de casación en el fondo, referido a la lex decisoria litis, su interpretación y su aplicación, no subsume cuestiones procedimentales ni tampoco de otras contenidas en la sentencia, como es la ponderación específica y motivada de toda la prueba rendida.

**14°.-** Al examinar las limitaciones al recurso de casación debe destacarse el equilibrio necesario que debe existir entre el carácter especializado y complejo de los asuntos sometidos al conocimiento de la Excelentísima Corte Suprema y, por otra parte, el carácter acotado de los

recursos casacionales, tanto en los medios de impugnación como en las resoluciones recurribles en dicha sede, no obstante la amplitud en la esfera del conocimiento que, para resolverlos, se le reconoce a dicha Corte, cuando los antecedentes sometidos a su competencia satisfagan el estándar previsto en la ley para ello.

**15°.-** Que, en efecto, una cosa es la "falta de fundamentación" o ausencia de la misma y otra cosa es la fundamentación que la parte considere errada o insuficiente. Lo segundo presupone la existencia de fundamentación –aun cuando se considere errada o insuficiente por la parte recurrente- y lo segundo la ausencia de la misma. Esta diferencia es esencial a la hora de determinar una decisión de tipo recursivo para sede casacional, pues la configuración del vicio que se invoque determinará la interposición correcta o incorrecta de un recurso, sea de forma o de fondo. En este sentido, se observa que la requirente interpuso un recurso de casación en la forma y alega la inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el caso concreto señalando que no tiene recurso para remediar el vicio invocado.

**16°.-** En tal sentido, ese esencial recordar que el reconocimiento del derecho al recurso, como componente del procedimiento racional y justo, no significa que se consagre el derecho absoluto a recursos específicos como podría ser el de casación en la forma (STC roles N°s 576, cc. 43° y 44°; 1432, cc. 12° y 14°; 1443, cc. 13° y 17°; 1876, c. 24°; 1907, c. 51°; 2323, cc. 23° y 25°; 2354, cc. 23° y 25° y 2452, c. 16°). A contrario sensu, si se trata de un recurso de derecho estricto, por definición obedecerá a causales restringidas y su procedencia estará sujeta a norma legal expresamente habilitante y por las causales que expresamente señala la ley (artículo 764 del Código de Procedimiento Civil), sea que se trate de infracciones formales (artículo 768 del mismo Código) o de vicios sustantivos cuando una sentencia se ha pronunciado con infracción de ley habiendo influido ésta substancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 767 del mismo Código). Así, debe formularse la siguiente pregunta: ¿tienen las partes garantías recursivas efectivas de un procedimiento racional y justo que les permita enfrentar una situación de infracción a derecho, sin generar de indefensión frente al juzgador?

**17°.-** La respuesta es que la omisión de la ponderación específica y motivada de la prueba rendida constituiría un directo y genuino caso de falta de fundamentación en sentido estricto y que ello no puede ser completa ni idóneamente cubierto por el recurso de casación en el fondo, que se refiere a la sentencia y a la aplicación o no aplicación que en ella se haga de la lex decisoria litis y no necesariamente a todas las cuestiones probatorias que la sentencia finalmente no aborde.

**18°.-** Cabe mencionar que tanto el Código Tributario como el Código de Procedimiento Civil habilitan la interposición del recurso de casación en contra de las sentencias que resuelvan juicios especiales de forma tal que el recurso de casación en el fondo deviene en una vía amplia de impugnación que permite llegar a litigar y ventilar todos los aspectos revisables de las cuestiones de fondo del mismo, mas ciertas cuestiones procedimentales y algunas otras de la sentencia del juicio no se encuentran cubiertas en la órbita de la casación en el fondo.

**19°.-** Que, por otra parte, será la competente Sala de Corte Suprema el órgano que deberá determinar si se cumplen o no los presupuestos de establecidos para darles curso a los recursos de casación, en función del mérito y contenido de los mismos, tornándose inaplicable una norma de excepción a las reglas generales que limita la competencia casacional de la Corte Suprema. De igual forma, será la misma Sala la que deberá determinar si era o no pertinente la ponderación de la prueba cuya omisión motiva el recurso de casación en la forma, en especial respecto a su relación con otras normas del Código Tributario, referidas a la etapa administrativa.

[…]

**SENTENCIA ROL 8695-202.** *Publicada el 3 de septiembre de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto de la parte final del inciso cuarto del artículo 482 del Código del Trabajo. Patricia Soto García. En el proceso caratulado "Soto con Servicio de Salud Chiloé", de que conoce actualmente la Corte de Apelaciones de PuertoMmontt, por recurso de apelación (Rol Laboral cobranza N° 87-2020)

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurre a lo resuelto en la sentencia, teniendo además presentes las siguientes consideraciones:**

**1°.-** Que el derecho a la revisión de lo resuelto, por un tribunal superior, en el marco de un recurso eficaz, que permita evaluar las cuestiones de hecho y derecho, es una de las garantías del racional y justo procedimiento a que alude el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, contemplado también en el artículo 8° de la Convención Americana de derechos Humanos.

**2°.-** El régimen del recurso de nulidad en materia laboral, en un procedimiento regido por oralidad, inmediación y única instancia, determina que el arbitrio recursivo puede dirigirse respecto de la sentencia o también respecto del juicio. En el caso sub lite el recurso fue acogido y se ordenó retrotraer la causa al estado de verificarse la audiencia preparatoria.

**3°.-** En este sentido, la nulidad del juicio anteriormente realizado determina que la actividad procesal en él desarrollada no produce efectos, y por ende no puede significar la preclusión de los recursos respecto del nuevo juicio y su sentencia que le suceden, pues se determinaría el nacimiento de un proceso sin recursos y sería dar efectos preclusivos a un juicio nulo. En este sentido, resulta imposible y sin sentido justificar tal situación en nombre de la celeridad procesal y del principio pro operario (referido al derecho laboral sustantivo, y que no significa alterar la igualdad de armas y el derecho a defensa propio del estándar mínimo y común del debido proceso). En efecto, la exclusión de recursos nada tiene que ver con la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad, pues todos esos principios están presentes tanto en el primer como en el segundo juicio, sin que se vean alterados en ninguno de ellos a causa del establecimiento de un recurso. Más aún, si la exclusión del recurso se basara en esos principios, se llegaría a la exótica conclusión que el primer juicio no podría tener recursos, pues en él rigen dichos principios. Por otra parte, en el caso sub lite la vulneración del derecho al recurso, entendido como elemento de la tutela judicial efectiva, resulta aún más evidente en la medida en que es el trabajador demandante de tutela de derechos fundamentales el afectado por la improcedencia de ejercer su derecho fundamental a interponer recursos, recordando que el trabajador es la parte débil en la relación laboral.

**4°.-** A su vez, para calificar si un recurso es o no dilatorio, ha de ser necesario que el tribunal pueda conocer del mismo y lo examine, motivo por el cuál es un error apriorístico y generalizante justificar la exclusión de recursos en una pretendida intención de evitar dilaciones, calificando como mal intencionado todo recurso antes siquiera de ser interpuesto y confiando en la inefabilidad de lo resuelto en una resolución irrecurrible. Por definición, el recurso no es una dilación de mala fe, sino un medio de impugnación de una sentencia, determinado como un derecho y estándar mínimo, integrante del derecho fundamental al debido proceso.

**5°.-** Por otra parte, no es cierto que esté en riesgo el instituto de la cosa juzgada y el término del proceso producto de la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnada, pues de recurrirse

respecto del segundo juicio o su sentencia, basta que no tenga vicios y que los recursos interpuestos sean rechazados para que se produzca el efecto de cosa juzgada y el proceso concluya.

**6°.-** De esa forma, teniendo el primer y el segundo juicio los mismos caracteres, conflicto sometido a decisión, partes, procedimiento y principios informadores, es evidente la desigualdad de trato, consistente en cercenar el derecho al recurso, paradójicamente, respecto del segundo juicio, que es el que será tenido por válido después de anular el primero. Así, es claro que remediar por vía de inaplicabilidad esa diferencia de trato y de acceso al debido proceso, declarando inaplicable la norma que impide interponer un recurso existente y de tipo extraordinario, no es control de mérito ni nada que se parezca.

**7°.-** Por otra parte, el proceso laboral ha sido configurado como jurisdicción de única instancia, lo cual exige un sistema recursivo que cuente con medios de control horizontal para paliar el déficit de escrutinio derivado de la inexistencia de apelación, entendida como pleno control vertical de actividad jurisdiccional. En este sentido, oralidad e inmediación , de la mano de la única instancia, no pueden ser comprendidos sin un contrapeso a la eliminación del recurso de apelación, cuestión que en nuestro medio, a propósito del proceso penal, ha sido entendida como satisfecha en el marco del establecimiento de un tribunal colegiado de primera instancia señalando que los Tribunales de Juicios Orales en lo Penal, al ser colegiados, tienen un control de pares por vía deliberativa, de tipo horizontal y que supliría el control de tipo vertical que es la apelación, cuestión que no puede predicarse respecto de los tribunales laborales, en los cuales el juez conoce como tribunal unipersonal, deviniendo sus resoluciones en inapelables, siendo la sentencia y el juicio recurribles solo por vía extraordinaria mediante el recurso de nulidad, que en este caso también se ve vedado, impidiendo así la revisión del eventual error, de la ponderación de los elementos de la sana crítica y de la aplicación del derecho en el segundo juicio, al no haber control vertical ni horizontal respecto del mismo.

[…]

**SENTENCIA 12.165-2021.** *Publicada el 4 de agosto de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 162, incisos quinto, parte final, sexto y séptimo; y 472 del Código del Trabajo. Ferrovial Construcción Chile S.A. En el proceso RIT C-4870-2017, RUC 17-4-0008453-K, seguido ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de hecho, bajo el Rol N° 3303-2021 (Laboral Cobranza).

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene** que concurre a la presente sentencia, sin compartir sus considerandos 6° a 9°, teniendo además presente las siguientes consideraciones:

## El derecho al recurso en el caso concreto.

**1°.-** Que, resulta oportuno precisar que la sentencia de inaplicabilidad no es la sede para verificar un control abstracto y general sobre la preceptiva impugnada ni las limitaciones que establece el legislador acerca del recurso de apelación. Al contrario *"(…) el control de inaplicabilidad es una acción que tiene por objeto declarar que un precepto legal invocado como norma de aplicación decisiva en un caso concreto en litis, es o no contrario a la Constitución y que, en consecuencia, no puede ser aplicado por el Juez que conoce del asunto cuando el requerimiento sea acogido"* (PICA FLORES,

Rodrigo. (2010). Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: Los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional. Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 33). Por cuanto, el análisis en este voto particular se restringirá a la aplicación del precepto impugnado al caso concreto, a fin de determinar si, en la aplicación de las normas que se intentan inaplicar, se satisface el estándar constitucional en relación con el derecho al recurso.

**2°.-** En este sentido, es imprescindible destacar que las resoluciones judiciales se caracterizan por tener contornos precisados por el principio de legalidad, los cuales además deben ser entendidos a la luz del principio de motivación, tendiente a resguardar la interdicción de la arbitrariedad y la razonabilidad en la decisión del Tribunal. Así, la determinación del significado y el significante que asigna el Juez a una categoría jurídica es el resultado del proceso hermenéutico, restringido por la aplicación de diversas normas del ordenamiento jurídico, concretado en la selección y aplicación de categorías o enunciados jurídicos frente a otros también potencialmente aplicables, cuestión propia de la labor de subsunción que realiza el juez del fondo al dictar sentencia definitiva.

**3°.-** Que, sin perjuicio de lo anterior, los procedimientos judiciales configurados por el legislador a través de sus principios informadores -entre los cuales están los referidos al sistema recursivo- aseguran *"(…) ámbitos para discursos jurídicos, que sólo en su resultado se convierten en el objeto del procedimiento. Pues el resultado puede ser vuelto a examinar por las sucesivas etapas superiores"* (Núñez Ojeda, Raúl, 2008. El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo. Ius et Praxis, 14(1),199-223. [fecha de Consulta 20 de Enero de 2021]. ISSN: 0717-2877. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=197/19714108).

**4°.-** De tal modo, los recursos procesales son *"(…) actos jurídicos de la parte o de quien tenga legitimación para actuar, mediante el cual se impugna una resolución judicial, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su dictación"* (Mosquera Ruíz, Mario; Maturana Miquel, Cristián, Los recursos procesales, Editorial Jurídica de Chile, 3º edición, 2019, p.29). Así, el objeto del recurso no es solamente la revisión de lo resuelto por un Tribunal Superior, sino que también es *"obtener en interés de las partes decisiones correctas y, por tanto, justas, mediante la revisión de las sentencias dictadas"* (Núñez Ojeda, Raúl. 2008, op. cit.).

**5°.-** Así, el derecho al recurso, como componente del procedimiento racional y justo, no significa que se consagre necesariamente el recurso de apelación. En consecuencia, cuando el diseño legislativo considere otros medios para corregir el vicio en el procedimiento, o bien exista una razón objetiva para limitar o suprimir el acceso a la recurso, como sucede en el caso concreto, no procederá la declaración de inaplicabilidad. En consecuencia, es preciso formular la siguiente pregunta: En el caso concreto ¿tienen las partes, en aplicación de las normas impugnadas, garantías recursivas efectivas de un procedimiento racional y justo que les permita enfrentar una situación de infracción a derecho, sin generar la indefensión frente al juzgador?

**6°.-** Que, en el caso de marras, como consta a foja 07, el requirente señala que *"(…) la posibilidad de revisión se torna particularmente imperativa, por cuanto resulta evidente la limitación arbitraria que impone el artículo 472 del Código del Trabajo a la posibilidad de recurrir ante un Tribunal Superior, para la revisión de una resolución que aplica una norma de derecho sustantivo cuya aplicación implica el incremento permanente y exponencial del monto ordenado pagar en la sentencia declarativa"*. Sin embargo, el actor no explicita cómo el precepto que impugna, en el caso concreto, le afecta; es decir, si en el contexto del recurso de hecho deducido, que sirve como gestión pendiente a la acción impetrada, o dentro del abanico de otras herramientas procesales que tiene disponibles, puede impugnar el supuesto vicio denunciado. O bien, si su alegación obedece solo al diseño

normativo, por el cual el legislador ha optado.

**7°.-** Que, en este sentido, la posición de este sentenciador es coincidente con la expresada por la mayoría de los ministros concurrentes, toda vez que en atención al título que motiva la gestión, corresponde a una decisión de política legislativa la configuración de procedimientos diversos según el tipo de crédito de que se trate, por cuanto este Tribunal debe ser deferente a dicha decisión, en tanto ella no exceda los principios o valores precisados en el Ordenamiento Jurídico. De tal forma, el legislador ha configurado un procedimiento especial en materia laboral, para "agilizar procedimientos de cobro, reduciendo plazos, eliminando trámites propios del ordenamiento común, evitando incidencias innecesarias, así como las excepciones que puede oponer el ejecutado" (ver en este sentido STC Rol 3005, c. 8º, del voto disidente).

**8°.-** Se debe tener presente, además, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado con anterioridad respecto a la extensión del derecho al recurso, señalando en lo pertinente:

> *"123. Además, la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de establecer normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. También ha establecido que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo, es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley. Lo anterior implica que el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente. De igual manera un recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas (…)"*( Corte IDH. Caso Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C Nº. 300. En el mismo sentido: Caso Duque Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C Nº. 322, párrs. 147-148).

**9°.-** Que, en el caso concreto, debe tenerse presente que "(…) la ausencia de recursos reconocidos en las normas generales del derecho puede ser constitucionalmente compensada por la jerarquía, integración, composición e inmediación del Tribunal que conoce del asunto. Incluso más, cuando se reconoce legalmente el derecho al recurso, en el contexto señalado, menos existiría una exigencia constitucional respecto al tipo específico de recurso, vale decir, apelación conducente a una doble instancia. Es decir, la exigencia constitucional del derecho al recurso como componente del debido proceso, depende de múltiples circunstancias sistémicas y de contexto procesal, o incluso concretas, y no configura un requisito de validez del juicio per se" ( STC Rol 3867-17. C. 10º del voto en contra). Es decir, la temática del derecho al recurso no debe ser analizada en la perspectiva de sinonimia con la apelación ni en el prisma "del recurso que la parte desee" ni en la perspectiva de "tener a la vez todos los recursos que la parte quiera o que el ordenamiento jurídico contemple" sino a la luz de existir mecanismos de control y revisión de lo razonado y resuelto, por un tribunal superior igualmente independiente e imparcial.

**10°.-** Que, todo lo expuesto lleva a este sentenciador a rechazar el requerimiento deducido en autos.

[…]

## 5.e. Igualdad de acceso a la justicia.

**SENTENCIA ROL 8322-2020.** *Publicado el 2 de junio de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 227, inciso final, del Código Orgánico de Tribunales. Sonia María Baraquett Jorratt. En el proceso Rol N° C-1393-2019, RUC N° 19-2-1453499-4, seguido ante el Juzgado de Familia de Iquique.

**VOTO MAYORÍA**

[…]

### I. CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO

**PRIMERO**.- Se ha requerido la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 227, inciso final, del Código Orgánico de Tribunales. Dicha norma, en relación a que la liquidación de la sociedad conyugal es una materia de arbitraje forzoso, dispone:

> Artículo 227.- "Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes:
>
> *[…]Los interesados, de común acuerdo, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre la separación judicial, la declaración de nulidad del matrimonio o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges.".*

**SEGUNDO**.- Se señala a fojas 3 que la aplicación del precepto cuestionado en el proceso Rol C-1393-2019, sobre separación judicial y liquidación de la sociedad conyugal, seguido ante el Juzgado de Familia de Iquique vulneraría lo dispuesto por los artículos 1° y 19, numeral 2°, de la Carta Fundamental. Posteriormente, en lo que podría leerse como el intento de explicitar cómo se produce la infracción denunciada en el caso concreto y cuál sería el resultado contrario a la Constitución, se señala sucintamente que *"… al exigir "común acuerdo" de los interesados para que el juez de familia liquide la sociedad conyugal infringe las normas de igualdad ante la ley ya que permite al marido evitar la entrega de los gananciales a la cónyuge mujer afectando su dignidad y burlando sus derechos en los gananciales produciendo un perjuicio ya que la cónyuge mujer no tendrá recursos para iniciar el procedimiento de liquidación de la comunidad quedada al término de la sociedad conyugal ante la justicia arbitral la que, como es conocida por todos, requiere de recursos para su inicio" (foja 5), agregando que "corresponde proceder a la liquidación de la sociedad conyugal sin embargo esto no será posible atendido que no existe común acuerdo dejando a la cónyuge mujer en una desigualdad frente al marido ya que no tendrá los recursos necesarios para enfrentar el procedimiento de liquidación de la comunidad quedada al término de la sociedad conyugal ante un Juez Arbitro, especialmente teniendo presente la desigualdad patrimonial entre ambas partes"* (foja 6).

**TERCERO**.- Puede observarse que no se desarrolla en ninguna parte del requerimiento el estándar de contenido que la requirente atribuye a las normas sobre protección constitucional de la familia e igualdad ante la ley que invoca, lo cual, en primer término, impide determinar con claridad alguna eventual infracción a la Constitución, sobre todo si la requirente no ha señalado qué es lo que entiende por el significado y contenido de la misma respecto del caso concreto.

**CUARTO**.- Por otra parte, de lo señalado en el requerimiento se puede colegir que lo pretendido por la requirente sería acceder, sin necesidad de acuerdo con su contraparte, a la liquidación de la sociedad conyugal ante el tribunal de familia y no ante un juez árbitro, considerando inconstitucional que tal materia sea propia de un arbitraje forzoso.

**QUINTO**.- En ese sentido, otro defecto de formulación del conflicto que salta a la vista es el hecho de impugnarse la totalidad del inciso final del artículo 227, del Código Orgánico de

Tribunales, que es justamente la norma que establece la excepcional posibilidad de que el juez de familia liquide la sociedad conyugal. Sin perjuicio de lo expuesto y sin que este Tribunal pueda enderezar ni corregir el requerimiento, parece ser que lo denunciado como inconstitucional derivaría de la exigencia de común acuerdo para acceder a esa excepcional liquidación en sede de tribunal de familia.

**SEXTO.**- Todo lo expuesto podría constituir mérito suficiente para rechazar por motivos de forma el requerimiento deducido, al no exponer ni con claridad ni suficientemente cuál sería el conflicto que busca someter a conocimiento del tribunal. Mas, habiendo sido declarado admisible el requerimiento y contestado el traslado conferido sobre el fondo del asunto, esta Magistratura no dejará de razonar acerca del cuestionamiento de constitucionalidad del inciso final del artículo 227.

## II. CUESTIONES ACERCA DE LAS CUALES ESTA SENTENCIA NO SE PRONUNCIARÁ.

**SÉPTIMO.**- Que el presente proceso de inaplicabilidad, en mérito de la litis formulada en el requerimiento, no versa sobre la constitucionalidad del régimen de sociedad conyugal, ni de su administración ni su composición, pues no hay normas que se refieran a su régimen sustantivo impugnadas.

**OCTAVO.**- Que tampoco se refiere el presente proceso al estatuto o régimen de los gananciales, su repartición, renuncia y entrega, pues la norma cuestionada no se refiere a esa materia, sino solamente a competencia del tribunal.

**NOVENO.**- Que esta Magistratura no resolverá acerca de los bienes involucrados ni tampoco del alcance y efectos particulares de una declaración de comunidad en el caso concreto, pues todo ello es tema de legalidad ordinaria, en relación a los efectos patrimoniales de la relación habida entre las partes, lo cual deberá ser resuelto y conocido por los tribunales del fondo que correspondan.

**DÉCIMO.**- Así, se constata que no se ha formulado conflicto alguno de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de preceptos legales que regulan a la administración de la sociedad conyugal ni menos sobre aquellos referidos al reparto de gananciales, cuestiones que entonces no serán abordadas en esta sentencia, pues quedan fuera de la competencia específica que este tribunal tiene en el presente proceso, atribuida y a la vez delimitada por las cuestiones formuladas en el requerimiento.

## III. ACERCA DEL PRECEPTO IMPUGNADO.

**UNDÉCIMO.**- El precepto impugnado, en lo relativo a la posibilidad de que el tribunal de familia practique la liquidación de la sociedad conyugal, fue introducido por el artículo 8°, numeral 2°, de la Ley N° 19.947, conocida como Nueva ley de matrimonio civil, publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2004, y viene a ser una excepción a lo dispuesto por el mismo artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, al disponer en su numeral 1° que es materia de arbitraje forzoso "*La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva, y de las comunidades;*"

**DUODÉCIMO.**- Cabe mencionar que el precepto impugnado fue sometido a control preventivo y obligatorio de constitucionalidad mediante sentencia Rol N° 408, de 20 de abril de 2004, siendo declarado ajustado a la Constitución, mas sin razonar sobre vicios específicos al no haberse formulado ninguna alegación, reserva ni petición al respecto.

**DECIMOTERCERO.**- Que, mediante el artículo octavo número 2) de la Ley Nº 19.947, se

agrega al artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales el inciso final, que el requirente intenta declarar inaplicable, a saber:

*"(…) Los interesados, de común acuerdo, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre la separación judicial, la declaración de nulidad del matrimonio o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges."*

**DECIMOCUARTO**.- Que, es posible verificar en la Historia de la Ley Nº 19.947, que esta norma fue objeto de discusión, a propósito de la eliminación de entre los asuntos que deben resolver los árbitros, la liquidación de una sociedad conyugal. Sin embargo *"La Comisión prefirió no innovar, en el sentido de mantener la resolución de esa materia por un juez árbitro, en general, pero facultar a las partes para someterlo al pronunciamiento del tribunal. Para ese efecto, agregó al artículo 227 un inciso final, en virtud del cual los interesados, además de poder resolver por sí mismos este asunto, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre la separación judicial, la declaración de nulidad del matrimonio o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges"* (Historia de la Ley Nº 19.947. Primer Informe de Comisión de Constitución Senado. Fecha 09 de julio, 2003. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 11. Legislatura 349).

**DECIMOQUINTO**.- Que, en el mismo sentido, en la tramitación legislativa del mismo proyecto de Ley, mediante la indicación Nº 313, de los Honorables Senadores señores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín, se discutió acerca de *"la posibilidad de recurrir al juez para hacer la liquidación de la sociedad conyugal, al hecho de que la suma de las gananciales no supere las 500 unidades tributarias mensuales. En este punto, cabe destacar que la indicación fue retirada por el Honorable Senador Chadwick (…).*

Sin perjuicio de lo anterior, el *"Honorable Senador señor Espina planteó la posibilidad de aclarar que los interesados deben solicitar la partición de común acuerdo, a fin de evitar que sea uno solo quien recurra a la justicia"*. La Comisión acordó incorporar esta circunstancia en forma expresa. Así lo resolvió, por la unanimidad de los Honorables Senadores señores Chadwick, Espina, Silva, Romero y Viera-Gallo. Se acordó *"Intercalar en el inciso que se incorpora al artículo 227, entre las palabras "interesados" y "pueden", la frase "de común acuerdo", entre comas. Con todo, quedando la redacción de la siguiente forma: "2) Agrégase al artículo 227, el siguiente inciso final: "Los interesados, de común acuerdo, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre la separación judicial, la declaración de nulidad del matrimonio o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges"* (Historia de la Ley 19.947. Segundo Informe de Comisión de Constitución. Senado. Fecha 15 de diciembre, 2003. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 19. Legislatura 350).

**DECIMOSEXTO**.- Que, en el mismo sentido la Excelentísima Corte Suprema pronunciándose sobre el proyecto y sus modificaciones, expresó que "*En relación con la norma sobre determinación del régimen de bienes del matrimonio, contenida en el artículo 91 del proyecto, se observó que más bien pareciera referirse a Ia liquidación de la sociedad conyugal cuando Ia hubiere. Siendo así, 10 de los presentes (señores Libedinsky, Gálvez, Rodríguez, Pérez, Marín, Yurac, Espejo, Medina, srta. Morales y señor Oyarzún) son de opinión de confiar esa materia al conocimiento de un juez árbitro. Los 8 ministros restantes (señores Garrido, Álvarez García, Ortiz, Benquis, Tapia, Cury, Álvarez Hernández y Juica) se pronunciaron por aprobar Ia proposición tal como viene"* (Historia de la Ley 19.947. Oficio de la Corte Suprema a Comisión de Constitución. Fecha 14 de julio, 2003).

**DECIMOSÉPTIMO**.- Consta además que, en segundo trámite constitucional, se discutieron indicaciones del Poder Ejecutivo, que eliminaban la liquidación de la sociedad conyugal de las materias propias de arbitraje forzoso:

» *"El artículo 9º de la indicación de S.E. el Presidente de la República, por su parte, sustituye el numeral 1° del artículo 227 del mismo Código, para eliminar, de entre los asuntos que deben*

*resolverse por árbitros, la liquidación de una sociedad conyugal. La Comisión prefirió no innovar, en el sentido de mantener la resolución de esa materia por un juez árbitro, en general, pero facultar a las partes para someterlo al pronunciamiento del tribunal. Para ese efecto, agregó al artículo 227 un inciso final, en virtud del cual los interesados, además de poder resolver por sí mismos este asunto, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre la separación judicial, la declaración de nulidad del matrimonio o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges"* (ver primer Informe de Comisión de Constitución del Senado en la historia de la Ley N° 19.947).

» Consta del mismo informe la indicación Nº 313, de los Honorables Senadores señores Bombal, Chadwick, Coloma y Larraín, que buscaba limitar la posibilidad de recurrir al juez para hacer la liquidación de la sociedad conyugal, al hecho de que la suma de las gananciales no supere las 500 unidades tributarias mensuales, a cuyo respecto uno de sus autores manifestó que *"estiman que no es conveniente imponer a la justicia ordinaria, que es gratuita, la función de dividir y asignar patrimonios cuantiosos. Si los cónyuges tienen recursos y no se ponen de acuerdo en la división, deberían costear un arbitraje"*. Finalmente dicha indicación fue retirada tras discutirse la prudencia de la cuantía, planteándose la posibilidad de aclarar que los interesados deben solicitar la partición de común acuerdo, a fin de evitar que sea uno solo quien recurra a la justicia, cuestión que termina siendo recogida.

**DECIMOCTAVO.**- Resulta así que, al constatar el origen de la norma impugnada, se colige que se buscó entonces una fórmula intermedia, sujeta al acuerdo de las partes, como una alternativa al arbitraje forzoso que subsiste en nuestro derecho procesal.

**DECIMONOVENO.**- Que puede sostenerse con toda razón que el precepto cuestionado introduce lo que podría caracterizarse como verdadera renuncia al arbitraje forzoso que la legislación chilena establece para la liquidación de la sociedad conyugal, que es una cuestión de orden patrimonial derivada de los efectos del matrimonio, y que tendrá relevantes consecuencias en los bienes y obligaciones para quienes fueron parte de ella y sus herederos.

**VIGÉSIMO.**- Es por ello que esta verdadera renuncia al arbitraje forzoso requiere de acuerdo de los involucrados, pues altera las reglas de liquidación y adjudicación del resultado patrimonial de la sociedad conyugal.

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- Que, en este sentido, la doctrina autorizada ha señalado que esta norma *"Se trata de una excepción al régimen forzoso general, pues se permite que la liquidación de una sociedad conyugal o la participación en los gananciales sea realizada por el juez de familia que conoce de la separación judicial, de nulidad del matrimonio o el divorcio y no por un árbitro. No obstante, si las partes no pretenden un juicio sobre la separación judicial, de nulidad de matrimonio o divorcio, jamás podrán someter la liquidación de sociedad conyugal o del régimen patrimonial en comento a dichos tribunales y la única vía que les quedará será la arbitral. En otras palabras, en la medida que estas materias sean conexas a las anteriores las partes pueden renunciar a la esfera arbitral, de lo contrario continúan siendo de arbitraje forzoso a menos que logren un acuerdo enteramente voluntario para finalizar la comunidad, lo que puede convertirse en una verdadera odisea si se considera la naturaleza de este conflicto y la dificultad que conlleva esta medida en la práctica"* (María Fernanda Vásquez Palma, Sobre la renuncia del arbitraje forzoso en la liquidación de la sociedad conyugal, REVISTA IUS ET PRAXIS - AÑO 14 - N° 2, p. 642,).

## IV. LA SOCIEDAD CONYUGAL

**VIGÉSIMO SEGUNDO.**- Que, suele definirse la sociedad conyugal a partir del artículo 135 del Código Civil como *"La sociedad de bienes entre los cónyuges que se adopta por el solo hecho del*

*matrimonio"*, definición del todo imprecisa e imperfecta, pues claramente no es una sociedad al no tener personalidad jurídica ni ser elemento de su esencia el aporte patrimonial (Ver en este sentido, Aedo Barrena, Cristián. (2011). ALGUNOS PROBLEMAS RELATIVOS A LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: UNA ESPECIAL REFERENCIA AL PACTO DE SUSTITUCIÓN DE RÉGIMEN. Revista de Derecho (Coquimbo), 18(2), 21-50. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000200002). Queda claro que al tener reglas especiales tampoco es una comunidad de aquellas a que se refieren otras normas del mismo Código, al punto que la comunidad surgirá solamente cuando sea disuelta, siempre y cuando la mujer no haya renunciado a los gananciales.

**VIGÉSIMO TERCERO**.- Que, la Sociedad Conyugal es una institución sui generis, de naturaleza patrimonial, pero derivada de relaciones de familia, al ser la regla general del estatuto existente en las relaciones patrimoniales entre cónyuges, salvo medie pacto de sustitución del régimen, conforme al artículo 1723 del Código Civil. Cabe mencionar que está dotada de reglas especiales de composición, administración, división y disolución.

Una vez que termina el matrimonio y es disuelta la Sociedad Conyugal, de acuerdo al artículo 1764 del Código Civil, surge una comunidad entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido o desaparecido, respecto del resultado de la sociedad conyugal. Dicha comunidad será entendida en esencia como un estado transitorio y tendrá por destino ser liquidada (ver, en este sentido, sentencia de la Corte Suprema, de 23 de marzo de 2009, Rol N° 6890-2007), en conformidad con las reglas de la partición de bienes, por efecto de los artículos 1774 y 1776 del Código Civil, debiendo agregarse que el artículo 1317 dispone que *"Ninguno de los coasignatarios de una cosa singular o universal será obligado a permanecer en la indivisión"*. Así, la liquidación de esa comunidad especial será una materia que puede ser abordada convencionalmente o por vía jurisdiccional.

**VIGÉSIMO CUARTO**.- Cabe señalar que, al término de la sociedad conyugal, si bien se forma una comunidad, la determinación de la cuota de ella que corresponde a cada cónyuge tiene reglas especiales para su determinación, no resultando de manera automática un 50% de la universalidad jurídica ni de la individualidad de los bienes de pleno derecho.

En efecto, como cuestión previa, y para poder determinar el contenido patrimonial de la sociedad conyugal, deben establecerse previamente patrimonios propios de cada cónyuge y los patrimonios especiales de los artículos 150, 166 y 167 del Código Civil, pues deben ser excluidos, para posteriormente determinarse los haberes relativos y absolutos de la sociedad conyugal, los gananciales y qué se hará con ellos, además de precisar también las deudas sociales y como serán soportadas.

En este sentido, la Excelentísima Corte Suprema ha resuelto que *"la liquidación de una comunidad habida luego de la terminación de una sociedad conyugal, obliga a entender que en ella han de aplicarse las reglas propias de la sociedad conyugal, para los efectos de cumplir con cada una de las etapas que el Código exige en la liquidación de una comunidad de este tipo, y que la doctrina ha sintetizado en: a) formación del inventario; b) tasación de los bienes; c) formación de la masa partible, mediante las acumulaciones y deducciones que ordena la ley; d) división del pasivo común, y el reparto de los gananciales"* (Sentencia Corte Suprema, Rol 493-12. Considerando quinto).

**VIGÉSIMO QUINTO**.- Cabe mencionar que, entre los activos de la sociedad conyugal al momento de su disolución, se incluyen todos los denominados bienes sociales, además de los frutos, tanto de los bienes sociales como de los bienes reservados y los provenientes de los bienes que la mujer haya administrado con independencia de su marido. Debe precisarse que, en virtud de lo dispuesto por los artículos Art. 166 y 167 del mismo Código, estos bienes no ingresan a la

sociedad conyugal, pero sí lo hacen los frutos que de ellos se obtengan.

**VIGÉSIMO SEXTO**.- Que, en este sentido, la liquidación debe ser entendida como el conjunto de operaciones destinadas a separar los bienes de los cónyuges, de los de la sociedad, dividir las utilidades -gananciales- y reglamentar el pago de las deudas.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, además debe tenerse presente las reglas sobre formación del activo y su valoración. En este sentido, es clave la norma contenida en el artículo 1765 del Código Civil, que ordena formar un inventario y luego proceder a la tasación de todos los bienes que la sociedad usufructuaba o de que era responsable. Paralelamente debe tenerse presente lo que dispone el artículo 1739 del Código Civil, que presume como sociales a *"toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges durante la sociedad o al tiempo de su disolución"*. Así, dentro del conjunto de bienes sociales habrá que distinguir dos ítems: (a) un haber absoluto y (b)un haber relativo.

De conformidad con el artículo 1725 del Código Civil, en tanto el haber absoluto corresponde al conjunto de bienes o activos que ingresan a la Sociedad de manera irrevocable -artículo 1725 Nº 1, 2 y 5 del Código Civil-, el haber relativo lo integran todos aquellos bienes que, aun cuando entran al patrimonio social, sólo lo hacen de manera temporal, con cargo de restituir su valor al cónyuge que lo aportó o adquirió, al momento de su disolución -artículo 1725 Nº 3 y 4 del Código Civil-.

**VIGÉSIMO OCTAVO**.- Que, asimismo corresponderá tener presente que *"nuestro régimen de comunidad no es de comunidad universal, sino restringida. De ahí entonces que los cónyuges tengan también su patrimonio independiente del haber social formado por los bienes que no han entrado a este haber"* (Ver Somarriva Undurraga, Manuel. Derecho de Familia. Santiago, Editorial Nascimiento, 1963. P. 220).

**VIGÉSIMO NOVENO**.- Cabe ag regar que, al momento de su disolución, el activo de la sociedad conyugal mantendrá su composición de acuerdo a lo expuesto siempre y cuando ni la mujer, ni sus herederos, renuncien a la obtención de su parte de los gananciales. En efecto, de mediar enuncia a los gananciales el activo se compondrá solamente de los bienes sociales y de sus frutos, quedando entonces excluidos del activo los llamados bienes reservados, sus frutos, además de los bienes a que aluden los Art. 166 y 167, conjuntamente con sus frutos, que corresponderán entonces a la mujer.

**TRIGÉSIMO**.- Por otra parte, debe señalarse además que los bienes propios de cada cónyuge no se computan como parte de la sociedad conyugal, sino que permanecen fuera de ella dentro del patrimonio del marido o de la mujer. En cuanto a los frutos que se obtengan de dichos bienes, desde que se disuelve la sociedad conyugal dejarán de acrecentar al haber absoluto de la sociedad, para integrar desde ese momento el patrimonio de cada cónyuge.

**TRIGÉSIMO PRIMERO**.- A su vez, el pasivo de la sociedad conyugal, al momento de su disolución, estará compuesto por las deudas sociales, incluyéndose en ellas las que hayan sido contraídas en la administración de los patrimonios reservados, en virtud de los artículos 150, 166 y 167. Por otra parte, si mediare renuncia a los gananciales, dichas reglas cambian, pues las deudas derivadas de administración de los patrimonios reservados pasan a ser de cargo de la mujer.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO**.- Por otro lado, cabe mencionar que lamentablemente no es usual que después de disuelta la sociedad conyugal (usualmente por divorcio o muerte de uno de ellos cónyuges) se proceda a liquidar la comunidad resultante, y cuando ello se hace es usual que medie un largo tiempo entre ambas cuestiones, a veces años o décadas. En ese sentido,

debe determinarse qué ocurre con los bienes que se adquieren en el tiempo que media entre la disolución y la liquidación de la sociedad conyugal, estableciéndose que ingresan al patrimonio de quien lo adquiere, pero se presumirá legalmente que han sido adquiridos con bienes sociales, motivo por el que el cónyuge adeudará a la sociedad una recompensa, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1739 del Código Civil.

**TRIGÉSIMO TERCERO**.- Cabe agregar que, al no ser una persona jurídica ni tampoco un sujeto tributario específico, la sociedad conyugal no lleva registros de contabilidad, por lo cual todo lo expresado acerca de su composición llega a carecer de determinación, especificidad y certeza jurídica hasta el momento de la liquidación, más todavía en casos de relaciones de larga data y más allá de que respecto de algún inmueble específico pueda ser fácil observar si parece ser parte o no de la sociedad conyugal.

**TRIGÉSIMO CUARTO**.- Que, de todo lo expuesto deriva que la determinación del contenido de la sociedad conyugal y el ejercicio del derecho de pedir su liquidación es una cuestión de claras connotaciones patrimoniales, numéricas, de avaluación de bienes, de cuantificación de deudas e incluso de ejercicio matemático, todo lo cual está en la órbita del derecho patrimonial y de la administración de bienes, requiriendo declaraciones de certeza jurídica acerca del estatuto de cada bien dentro de lo que es la composición del activo y del pasivo social, además del que corresponda a cada cónyuge y eventualmente a sus herederos.

**TRIGÉSIMO QUINTO**.- Que, además del arbitraje forzoso y la vía establecida por el precepto impugnado, la sociedad conyugal puede ser liquidada de común acuerdo por las partes al amparo de lo dispuesto en otras normas del mismo artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, en tanto dispone, en referencia a las materias de arbitraje forzoso, que *"Pueden, sin embargo, los interesados resolver por sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 645 del Código de Procedimiento Civil"*.

**TRIGÉSIMO SEXTO**.- Finalmente, cabe señalar que la parte requirente tiene a salvo su derecho de pedir la designación de un árbitro ante la justicia civil para la liquidación de la sociedad conyugal, sin que se requiera el consentimiento de su contraparte.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Cabe señalar que en el Mensaje de la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, se indica dentro de sus objetivos *"Que exista una jurisdicción especializada en asuntos de familia. Para ello se crean tribunales dotados de competencia para conocer de todas las materias que puedan afectar a las familias, de manera que aquellas que se encuentran en conflicto no deban iniciar varios procedimientos distintos –incluso ante tribunales diversos– para resolver los asuntos que los involucran. Dichos tribunales conocerán exclusivamente materias de familia, lográndose así la necesaria especialización de esta instancia jurisdiccional. Que un sólo órgano –el tribunal de familia– resuelva el conjunto de problemas que poseen a fin de cuentas, un mismo origen, es el principal objetivo específico del proyecto."*.

**TRIGÉSIMO OCTAVO**.- Es decir, se buscó crear un tribunal especializado para concentrar las competencias en las principales materias de derecho de familia, para poner término a la dispersión de las mismas hasta la dictación de dicha ley, época en la cual las causas de nulidad de matrimonio, divorcio alimentos mayores y violencia intrafamiliar eran conocidas y resueltas por los tibunales civiles, mientras que las de cuidado personal, relación directa y regular y alimentos menores eran resueltas por los Tribunales de Menores, todo ello con una serie de problemas, incongruencias y déficit de tutela y acceso a la justicia derivados de tal atomización competencial, agravado por el hecho de que cada materia daba lugar a un proceso distinto, incluso dentro del mismo tribunal. Cabe observar que la liquidación de la sociedad conyugal siempre fue una materia que no era considerada dentro de este conjunto, pues nunca fue de competencia de los tribunales civiles ni de los de menores, que eran los llamados a conocer de estos conflictos

de familia. Así, no resulta insensato que se les mantuviera en la órbita arbitral, innovándose solamente con el precepto impugnado.

**TRIGÉSIMO NOVENO.**- Que, en este sentido, algunos autores han llegado a señalar que *"el arbitraje forzoso constituye la única vía que la ley consagra para resolver conflictos cuya naturaleza particular requiere de una justicia amigable y eficiente, liberando con ello, al mismo tiempo, a los tribunales ordinarios de pleitos cargados de detalles minuciosos (…)"* ( Elina Ereminskaya, Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía, en Juan Enrique Vargas Viancos & Francisco Javier Gorjón Gómez, coords., Arbitraje y mediación en las Américas: teoría y práctica, 98, Centro de Estudios de Justicia de las Américas - Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Santiago de Chile (2006)).

## V. EL DERECHO AL JUEZ NATURAL E IGUALDAD DE ACCESO AL TRIBUNAL.

**CUADRAGÉSIMO.**- El inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política dispone que *"Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho"*. Al mismo tiempo, el artículo 8.1 de la Convención Americana de derechos Humanos dispone que *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*.

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO.**- Cabe señalar que la liquidación de la sociedad conyugal se encuentra establecida como materia de juicio por la ley chilena desde 1876 (en este sentido ver a Eduardo Jequier Lehuedé, Chile, en Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota, dirs.; El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica: Regulación, presente y tendencias del futuro, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 211-253,2010), como se viera, y adicionalmente lo ha sido mediante normas de carácter general, considerándose que la materia es propia de jueces árbitros.

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.**- Que, de tal forma, se constata que el acceso a la justicia en dicha materia se encuentra contenido en una norma respecto de la cual se reconocen sus caracteres de generalidad y abstracción, estableciendo un régimen que es además igualitario, sin perjuicio de la norma de excepción que se establece en el precepto impugnado, la que a su vez también está dotada de caracteres de generalidad y abstracción, refiriéndose además la preceptiva impugnada a tribunales de carácter permanente.

**CUADRAGÉSIMO TERCERO.**- Que, en cuanto al acceso al tribunal, el mismo puede ser entendido en el marco del numeral 3° de la Carta Fundamental, en lo relativo al derecho a la tutela judicial efectiva, pues este derecho, que incluye entre sus elementos esenciales el acceso a la jurisdicción, es definido por los especialistas como *"aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión"* (Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, Derecho Constitucional, tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 2005). Es así que emerge la igualdad de acceso al tribunal como un derecho.

**CUADRAGÉSIMO CUARTO.**- Sin embargo, no se observa desigualdad ni discriminación en el acceso, ni al tribunal de familia ni al tribunal arbitral. En efecto, ambas partes pueden requerir a la justicia ordinaria el nombramiento de un juez árbitro y ninguna puede pedir la liquidación al juez de familia sin el consentimiento de la otra. Corolario de ello es que ambas partes deben concurrir además a los gastos o costas del proceso, salvo condena respecto de alguno.

**CUADRAGÉSIMO QUINTO**.- Que, finalmente, debe tenerse presente que, si bien los tribunales arbitrales son una excepción al principio de gratuidad de las actuaciones judiciales, valga la pena señalar que habiendo bienes y patrimonio que liquidar en una sociedad conyugal que requiere la intervención arbitral, no puede considerarse que exista vulneración de acceso al tribunal por falta de medios para pagar gastos u honorarios del árbitro. En consecuencia, valga la pena recordar que la Constitución Política de 1980 no consagró el principio de gratuidad de las actuaciones judiciales, debiendo indicar que a la fecha de su dictación la litigación en Chile debía realizarse en papel sellado, lo cual será modificado con posterioridad a su entrada en vigencia, a pesar de lo cual siguen formalmente vigentes a la fecha algunas antiguas normas que constituían excepción (por ejemplo el artículo 34 de la Ley Orgánica Constitucional de este propio Tribunal, que dictado el año 1981 señala que las actuaciones serán en papel simple). A la vez, se mantienen vigentes en Chile diversas normas que establecen cargas pecuniarias, pagos de derechos e incluso impuestos para actuaciones procesales, bastando citar los pagos de notificaciones y los tributos por recusaciones o suspensiones de vistas de causas, a lo que cabe agregar que incluso se regula el régimen de condena en costas.

Así, resulta imposible de sostener que la litigación y el acceso a la jurisdicción esté exento de cargas pecuniarias para los litigantes, mas lo que podría discutirse es si las mismas vulneran o no la garantía del contenido esencial del derecho de acceso a la justicia en algún caso específico, lo cual no se avizora ni tampoco se ha planteado en la especie.

**CUADRAGÉSIMO SEXTO**.- Que, cabe recordar además que la materia como factor de competencia de un tribunal permanente es, en el derecho procesal nacional, una determinación de orden público e indisponible. Cabe reiterar que la creación de los tribunales de familia vino a concretar el derecho al Juez natural en la materia, con una judicatura especializada y tribunales de carácter permanente para la resolución de conflictos propios de la órbita del derecho de familia. A contrario sensu, las cuestiones eminentemente patrimoniales no reconocen como tribunal naturalmente competente al de familia, sino más bien a los del orden civil, y en el caso sub lite debe constatarse que el motivo usual de la liquidación de la sociedad conyugal es el término de las relaciones matrimoniales, a consecuencia de lo cual la sociedad conyugal se disuelve, lo cual viene a reafirmar que lo usual será liquidar la sociedad conyugal cuando ya no existan vínculos de matrimonio vigentes, salvo que durante el mismo se haya transitado de común acuerdo desde la sociedad conyugal hacia otro régimen patrimonial, en cuyo caso, al no haber conflictos, la liquidación suele realizarse convencionalmente.

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, así, dentro del orden civil, el legislador dispuso que esta materia específica, la liquidación de una sociedad conyugal disuelta, sería materia de arbitraje forzoso, según lo dispone hace más de un siglo el derecho procesal chileno.

En efecto, la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, promulgada por el Presidente de la República Federico Errázuriz Zañartu el 15 de octubre de 1875, ya disponía en su artículo 176, numeral 1°, que "*Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes: 1.° La liquidación de una sociedad conyugal ó de una sociedad colectiva ó en comandita civil;*", manteniendo posteriormente el Código Orgánico de Tribunales similar regla, lo cual está vigente al día de hoy, y que se verá complementada recién con la incorporación de la alternativa contenida en el precepto impugnado. Cabe entonces examinar los caracteres de los tribunales arbitrales.

## VI. LOS TRIBUNALES ARBITRALES.

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO**.- La doctrina autorizada señala que el juicio arbitral *"es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados*

*o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones"* (Patricio Aylwin Azócar, El Juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 1948, p.21), agregando el mismo autor que es, en primer término, una institución procesal de Derecho Privado (id. ant).

Entre las ventajas que se suelen atribuir a los tribunales arbitrales se contemplan la celeridad y, en ocasiones, la especialización del árbitro en materias de alta especificidad, lo que ha generado que muchas veces juicios de alta cuantía entre empresas, referidos a materias civiles, mercantiles o legislación sectorial de mercados regulados, son conocidos y resueltos por estas vías arbitrales, sin usar el sistema judicial ni recursos estatales, contribuyendo así a la descongestión de los tribunales. Por otra parte, no puede dejar de decirse que el arbitraje es una actividad onerosa, por lo que debe ser remunerada, lo que deviene en que sus costos para el justiciable son más altos que los que asume en la justicia ordinaria.

Se observa que los tribunales arbitrales están contemplados en la propia organización estatal del sistema procesal, por lo cual se reconoce expresamente que estos tribunales especiales y no permanentes son órganos jurisdiccionales, tratados explícitamente en el título IX del Código Orgánico de Tribunales, denominado "De los Jueces Árbitros". Así, de la propia legislación emanará la distinción entre los diferentes tipos de arbitraje. Dentro de ellas las más relevantes serán:

» según la impugnabilidad de la sentencia, de única o doble instancia,

» según las potestades del árbitro, de derecho, mixto o de equidad

» según si la materia es o no susceptible de arbitraje, prohibido, voluntario o forzoso

Esta última clasificación es de importancia para el caso sub lite, pues en los artículos 228 y 229 del Código Orgánico de Tribunales se contemplan materias que no son susceptibles de arbitraje, por considerarse indisponibles y de orden público, en lo que se denomina arbitraje prohibido. A su vez, se consideran en el artículo 227 del mismo Código un conjunto de materias en las cuales es forzoso que los juicios sean conocidos y resueltos por jueces árbitros, en lo que se denomina arbitraje forzoso o materias de arbitraje forzoso, marco en el cual se encuentra la liquidación de la sociedad conyugal, con la excepción que contempla el precepto impugnado.

Puede constatarse, como principio, que en general el arbitraje se refiere a cuestiones del orden patrimonial, cuando hay intereses esencialmente disponibles involucrados.

**CUADRAGÉSIMO NOVENO.**- Que, lo expuesto determina que en nuestro país la justicia arbitral es en general tratada y determinada por el propio legislador, que la ampara como una herramienta eficaz, y la promueve por la vía del arbitraje voluntaria, a lo que se agrega que la incluye en ocasiones como forzosa, en diversas áreas, como el derecho laboral colectivo, telecomunicaciones, derecho eléctrico, comercio internacional, entre otras, dejando como límite las materias de arbitraje prohibido.

Al tratar de justificar el arbitraje forzoso, la doctrina señala que *"ley establece el arbitraje obligatorio en atención a la naturaleza de ciertos asuntos. Hay, en efecto, negocios judiciales, que por la conveniencia que existe de terminarlos prontamente y evitar en ellos todo estrépito, escándalo y enojosa disputa que pueda ocasionar perjuicios o por su carácter preferentemente de hecho que exige un largo y complicado estudio de antecedentes más o menos técnicos, o por la participación activa que en su solución debe caber a la voluntad de las partes, es preferible someter a jueces de toda la confianza de los interesados, que no estén sujetos rigurosamente a la publicidad y demás formalidades del aparato u organismo judicial y que tengan capacidad técnica y suficiente para ventilar el asunto"* (Aylwin, op. cit., p. 84). El mismo autor agrega que en Chile, en la discusión de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, promulgada por el Presidente de la República Federico Errázuriz Zañartu el 15 de

octubre de 1875, se tuvo a la vista el objetivo de evitar a los jueces de letras el trabajo de organizar ciertos pleitos largos y complicados y llenos de pequeños incidentes (Aylwin, op. cit., p. 85), idea que resulta plenamente pertinente respecto de los juicios de liquidación de sociedad conyugal, pues al no llevarse contabilidad de la misma, es razonable suponer la existencia de infinidad de incidentes acerca de la reconstitución de adquisiciones, enajenaciones, frutos, recompensas, exclusión de bienes reservados y patrimonio propio, etc.

**QUINCUAGÉSIMO**.- Que, por otra parte, no se ha cuestionado en estos autos la habilitación de legislador para regular materias en términos de establecer el arbitraje forzoso.

## VII. ALEGACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL CASO CONCRETO.

**QUINCUAGÉSIMO PRIMERO**.- Que, cabe descartar la vulneración a la igualdad ante la ley en acceso a la justicia, pues se alega que no habría recursos para pagar un arbitraje. A diferencia de lo alegado, en el caso concreto se observa que existe una masa de bienes con la que se constata la existencia de recursos para costear el juicio arbitral. A este respecto, el proceso de liquidación de la sociedad conyugal se rige por las normas del juicio de partición de bienes según el artículo 1776 del Código Civil y, en ese sentido, los honorarios del árbitro son reclamables ante la justicia ordinaria, en tanto el artículo 665 del Código de Procedimiento Civil dispone que "*En el laudo podrá hacer el partidor la fijación de su honorario, y cualquiera que sea su cuantía, habrá derecho para reclamar de ella. La reclamación se interpondrá en la misma forma y en el mismo plazo que la apelación, y será resuelta por el tribunal de alzada en única instancia*" - de no haber acuerdo en torno a la forma de hacer la partición por los comuneros, el procedimiento aplicable está reglamentado en el Título IX del Libro III del Código de Procedimiento Civil, artículo 645 y siguientes del mismo Código de Enjuiciamiento Civil-.

Sin perjuicio de ello, la legislación chilena no prohíbe pactar que los honorarios finales del juez partidor serán cobrados con cargo a la masa de bienes y, como se viera, la Constitución Chilena no asegura el principio de gratuidad de las actuaciones judiciales, por lo que mal podría considerar discriminatorio el hecho de tener que pagar honorarios a un árbitro.

**QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, resulta oportuno agregar que el precepto cuestionado establece un régimen especial y excepcional respecto de la liquidación de la sociedad conyugal, que se revela idóneo para casos sencillos, existiendo común acuerdo y accediendo a la norma impugnada, para poder acceder a justicia gratuita, en un raro y excepcional derecho de opción del tribunal competente en función de la materia como factor de competencia, que en Chile es indisponible y de Orden Público. Es por ello y además por ser excepcional se ha requerido consentimiento de todos los interesados. Puede examinarse si en los hechos la preceptiva impugnada ha facilitado o no la liquidación de sociedades conyugales, y si es o no idóneo su uso práctico en un tribunal de familia, pero ello ya no es parte de un conflicto de constitucionalidad de aquellos que este Tribunal deba resolver, sino una cuestión de mérito y eficacia de la norma, respecto de lo cual solamente se podría exhortar al legislador a constatar que en la época que vivimos es usual que terminado un matrimonio pase mucho tiempo antes de que la sociedad conyugal sea liquidada, generándose distorsiones y conflictos jurídicos, lo que hace patente la prudencia de modernizar las normas en la materia para facilitar más el acceso a la tutela judicial.

**QUINCUAGÉSIMO TERCERO**.- Que, por otra parte, más allá de una alusión a los gananciales, no se desarrolla en el requerimiento cómo la aplicación de la preceptiva impugnada podría afectar la protección constitucional de la familia, resultando imposible referirse a tal infracción. A mayor abundamiento, se reitera que en estos autos no se ha planteado un conflicto de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales referidos a la administración de la sociedad conyugal ni menos al reparto de gananciales.

## VIII. CONCLUSIÓN.

**QUINCUAGÉSIMO CUARTO.-** Que, por todo lo expuesto, cabe concluir que la existencia de tribunales arbitrales y de arbitraje forzoso se encuentra suficientemente fundada y no resulta inconstitucional, sin que se produzcan las vulneraciones a la constitución denunciadas en el requerimiento de fojas 1, que entonces debe ser rechazado.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**
**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE A TAL EFECTO.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**
[…]

**SENTENCIA ROL 10.887-2021.** *Publicada el 23 de septiembre de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 6° de la Ley N° 21.226.Guetty Patricia Valdés Morales. En el proceso Rol C-4918-2020, sobre demanda en Juicio de Hacienda, seguido ante el Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Rancagua.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada la sentencia con el voto en contra del Presidente del Tribunal, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN y de los Ministros señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por acoger el requerimiento deducido:**

### I. SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO Y SU IMPACTO COMO CONSECUENCIA DE LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS PROBATORIOS CONFORME A LO ESTABLECIDO DEL ARTÍCULO 6 DE LA LEY 21.226.

**1°.-** Que, proceso jurisdiccional es el medio o instrumento mediante el cual el Estado resuelve de forma pacífica y conforme a derecho los conflictos que son sometidos al conocimiento de los Tribunales, determinando la vigencia del derecho que resultará aplicable y resolviendo en favor de una de las partes. En materia civil, ello se traduce en la prohibición de la autotutela y de la venganza privada, además del reconocimiento de la titularidad de acciones y excepciones para las partes, lo cual exige que se consagre necesariamente un conjunto de normas jurídicas que establezcan los límites de esa relación jurídica, marco en el cual surgirá el derecho al debido proceso como límite adjetivo y como uno de sus estándares de validez. En tal sentido, el proceso tiene etapas: discusión, prueba, sentencia y recursos, y teniendo un orden lógico y consecutivo, si se suspende antes durante su tramitación, nunca podrá concretarse la resolución del conflicto ni menos la tutela que se demanda.

**2°.-** Que, en ese sentido, la Constitución de Chile no contiene una norma expresa que determine con diáfana claridad el contenido mínimo de lo que la doctrina ha denominado histórica y universalmente como debido proceso, optando por garantizar el derecho a la legalidad del juzgamiento (que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado) y a propósito del mismo se determina la garantía normativa del racional y justo procedimiento e investigación como contenido y vector regulatorio de la ley procesal funcional, regulando además, dos de los elementos configurativos del debido proceso: el derecho a defensa jurídica y el derecho al tribunal predeterminado por la ley.

Ahora bien, más allá de la técnica y configuración precisada por el legislador al delimitar el derecho, resulta ampliamente aceptado que este consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual ha sido reconocido por decenas de sentencias de esta Magistratura, derecho dentro del cual se incluye no solo el de acceder a la jurisdicción para formular una pretensión, es decir, tanto el derecho abstracto a reclamar la función jurisdiccional y, por otra parte, el reclamo concreto de aquello que se alega, en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye dentro de sus elementos al debido proceso, además del derecho a una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del conflicto planteado, fundada en el sistema de fuentes vigente y dictada en un plazo razonable, a efectos de reestablecer el imperio del derecho si ha sido quebrantado. En efecto, es la sentencia firme la que finalmente concretará la tutela judicial y la hará efectiva tras ser ejecutada, por lo que resulta obvio que si se amaga, pospone o suspende el proceso, impidiendo así la dictación de la sentencia, se está haciendo imposible el ejercicio de la tutela judicial efectiva. Dicho de otra manera, un proceso en el  no existe la posibilidad de obtener sentencia es un proceso inútil, pues no podrá satisfacer la necesidad de resolver el conflicto mediante esa misma sentencia.

El ordenamiento jurídico internacional ha contribuido ampliamente al desarrollo de este derecho, en tal contexto la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8, que *"Toda persona tiene el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".* Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, lo precisa.

**3°.-** Que, a reglón seguido, una vez reconocido el derecho de acceso a la justicia, ahora en el marco del desarrollo de un proceso, será posible vislumbrar la necesidad de asegurar las demás condiciones mínimas del proceso, que serán absolutas y servirán de punto de partida para la determinación del haz de derechos que gozan las personas.

En este sentido es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención establece las garantías mínimas que, "por lo menos", deben ser aseguradas por los Estados a toda persona durante el proceso, en plena igualdad, en función de las exigencias del debido proceso legal (Opinión Consultiva OC-11/90, párr. 24, y Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados, párr. 84.) lo cual es un indiciario respecto de la expansión horizontal del debido proceso, siendo aplicable sus disposiciones en diferentes escenarios jurídicos, evitando de tal modo alguna práctica perniciosa a la virtualidad jurídica de protección, de tal modo que la acción impetrada concluya con una decisión vinculante, que efectivamente logre proteger el bien jurídico o resarcir el perjuicio respecto a los intereses controvertidos por las partes y que son sometidos ante el Tribunal que conoce del asunto. En tal sentido, la importancia del derecho al debido proceso radica en la necesidad de cumplir ciertas exigencias o estándares básicos dentro del procedimiento o de la investigación, en su caso, a objeto de que el derecho a la acción no se torne ilusorio y que la persona que lo impetre no quede en un estado objetivo de indefensión. (STC Rol Nº 2371, C. 7, en el mismo sentido, STC 2372 c. 7), que en este caso se produce al

verse impedido el tribunal de concretar el avance del proceso al suspenderse el término probatorio y por esa vía hacer imposible la dictación de la sentencia y así imposibilitar la tutela.

**4°.-** Que, en tal orden como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar, al menos, las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores (STC ROL Nº 478, C. 14.) (En el mismo sentido, STC 576 cc. 41 a 43, STC 699 c. 9, STC 1307 cc. 20 a 22, STC 1448 c. 40, STC 1557 c. 25, STC 1718 c. 7, STC 1812 c. 46, STC 1838 c. 11, STC 1876 c. 20, STC 1968 c. 42, STC 2111 c. 22, STC 2133 c. 17, STC 2354 c. 23, STC 2381 c. 12, STC 2657 c. 11, STC 2697 c. 17, STC 2687 c. 14, STC 2799 c. 14, STC 2853 c. 16, STC 2757 c. 41, STC 2743 c. 24, STC 2791 c. 24, STC 2983 c. 4, STC 3107 c. 7, STC 3309 c. 28, STC 3119 c. 19, STC 3649 c. 7, STC 5219 c. 10, STC 5418 c. 17, STC 5419 c. 17, STC 6411 c. 11, STC 6962 c. 11, STC 4222 c. 48, STC 5121 c. 13, STC 4379 c. 5, STC 4533 c. 5, STC 4972 c. 5, STC 4988 c. 5, STC 5104 c. 5, STC 5778 c. 5, STC 5993 c. 5, STC 5613 c. 5, STC 5751 c. 5, STC 5979 c. 5, STC 5999 c. 5, STC 6108 c. 5, STC 6163 c. 5, STC 6473 c. 5, STC 6349 c. 5, STC 6353 c. 5, STC 6381 c. 5, STC 6508 c. 5, STC 6750 c. 5, STC 6941 c. 5, STC 7076 c. 5, STC 7228 c. 5, STC 7232 c. 5, STC 7233 c. 5, STC 7311 c. 5, STC 7398 c. 5, STC 7430 c. 5, STC 7606 c. 5, STC 3969 c. 8, STC 4434 c. 55, STC 7641 c. 30, STC 6611 c. 4, STC 7060 cc. 11 y 15, STC 7061 cc. 11 y 15, STC 3625 c. 30, STC 3938 c. 16, STC 3770 c. 35, STC 7203 c. 31), lo cual implica pre suponer como cuestión obvia y necesaria que la sentencia se pueda dictar, al punto de concebirse como un derecho, en un plazo razonable y fundada en derecho, lo cual se ve amagado al suspenderse la etapa procesal anterior a la dictación de la sentencia, sin la cual es imposible dictarla.

**5°.-** La noción de debido proceso como garantía constitucional judicial, tiene una vertiente formal y otra sustantiva. Desde el ángulo formal, consiste en que toda decisión de un órgano jurisdiccional debe ser el resultado de un proceso previo, ante tribunal competente, realizado conforme a un procedimiento que asegure posibilidades básicas de defensa, orgánica y funcionalmente, tanto para definir derechos civiles como cuando se enfrenta una acusación de naturaleza penal. Sustantivamente, debido proceso significa que tal decisión jurisdiccional terminal debe ser racional y justa en sí, vale decir, proporcional, adecuada, fundada y motivada sustancialmente en el derecho aplicable, mas no en criterios arbitrarios. (STC ROL Nº 2137, C. 5.) (En el mismo sentido, STC 2723 c. 5, STC 2798 c. 6, STC 3365 c. 3, STC 5219 c. 6)

**6°.-** De tal modo, los Estados tienen como parte de sus obligaciones generales *"(…) tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención*" (Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 5, párr. 151; Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 34). Y, en concordancia con ello, se debe dar cumplimiento al artículo 8.1, en relación con el artículo 25, ambos de la Convención Americana de Derechos Humanos, normas de las cuales se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria a los precitados artículos de la Convención.

**7°.-** Que, en este sentido, si bien el derecho de acceso a la justicia no es absoluto y, por tanto, puede estar sujeto a limitaciones discrecionales por el Estado, dicha restricción debe ajustarse a estándares de proporcionalidad, entre el medio empleado y el fin perseguido, sin suponer, en consecuencia, la negación del derecho. Por cuanto, una vez despejada la extensión de la garantía en cuestión, corresponderá precisar si la aplicación del precepto impugnado, en el caso concreto, satisface dicho parámetro de proporcionalidad, determinando así si es, o bien, hasta cuando sería razonable mantener la restricción, o en su caso si, derechamente, existen otros medios menos lesivos para resguardar el bien jurídico señalado por el legislador.

## II. LA FASE PROBATORIA ENTENDIDA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL.

**8°.-** El derecho a la prueba se caracteriza por ser un derecho fundamental que se estructura bajo el soporte constitucional y convencional, es de carácter individual y de prestación, y se configura como un derecho subjetivo. De tal forma, el derecho a la prueba se erige como un derecho fundamental autónomo que complementa el contenido al debido proceso, así, sin perjuicio de su autonomía, su contenido y mecanismos de tutela se encuentran subsumidos en el derecho al "debido proceso". En efecto, en decenas de sentencias referidas al artículo 9° de la misma Ley N° 20.226, dictadas en los últimos meses, este tribunal ha señalado que "el derecho a la prueba, a su producción y al examen y objeción de la prueba contraria son además elementos del derecho a defensa eficaz y también de un debido proceso", cuestión que en este caso concreto conecta inevitablemente con el orden legal y consecutivo del proceso, en conjunto con el derecho a la sentencia, pues en el caso concreto no puede haber sentencia sin el transcurso del término probatorio, etapa previa a la de sentencia que se encuentra suspendida, motivo por el cual es en realidad la tramitación del proceso lo que consecuencialmente ha sido suspendido.

**9°.-** , en este sentido, siguiendo al Profesor Humberto Nogueira es dable entender por derechos fundamentales o humanos "el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos" (Nogueira Alcalá, Humberto. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Ius et Praxis, 11(2), 15-64. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002). Así, los derechos fundamentales se componen de un elemento axiológico de relevancia jurídica y social – que constituye un elemento epistemológico y socio-político- que se concreta mediante la configuración de un derecho subjetivo que, a su vez, está dotado de mecanismos de exigibilidad.

**10°.-** Que, para entender la garantía probatoria como derecho fundamental, se deberá precisar, primeramente, los valores que le darán fundamento, señalar los principios que la configurarán, la revisión de su carácter subjetivo, precisar sus límites o extensión y, determinar las vías procesales para exigir su cumplimiento.

**11°.-** Que, el proceso de constitucionalización y la apertura del ordenamiento jurídico nacional al derecho convencional, son fenómenos que han derivado en la "horizontalidad del derecho procesal", cuestión que ha significado que existan principios y fuentes normativas que sean comunes para todos los procedimientos, en resguardo de los justiciables. Así, por ejemplo, sin distinción del tipo de procedimiento de que se trate *"un derecho garantizado a la prueba, debería asegurar a las partes, la posibilidad de valerse de los medios generalmente reconocidos por el ordenamiento y, al mismo tiempo, impedir al legislador poner obstáculos no razonables de los derechos hechos valer en juicio"* (CAPPELLETI, MAURO. 1974. Proceso, ideología y sociedad. Las garantías

constitucionales de las partes en el proceso civil italiano. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América. P. 558). Igualmente, siguiendo al Profesor Colombo, es posible sostener que *"todo procedimiento para que sea debido, debe necesariamente otorgar a los sujetos involucrados el derecho a probar los hechos fundantes de sus pretensiones y contrapretensiones, y al tribunal le corresponde valorarla. El juez debe partir de una verdad material que puede exigir una mayor o menor prueba, pero que necesariamente debe quedar demostrada en el proceso, ya que sólo a los hechos probados se les aplicará la norma decisoria litis para la resolución del conflicto. La prueba es una carga procesal, si no se rinde precluye la oportunidad"* (COLOMBO CAMPBELL, JUAN. 2006. El debido proceso constitucional. 1a edición. Santiago de Chile, LOM ediciones. P. 105. (Serie de Cuadernos del Tribunal Constitucional / Tribunal Constitucional (Chile); no. 32 (año 2006)).

**12°.-** En virtud de lo anterior, la prueba debe ser comprendida por una parte como garantía constitucional y, por otra como derecho, en la cual existe una situación jurídica en la que confluyen cargas procesales y otros actos procesales que se entrelazan, emergiendo como elementos de garantía de esa relación jurídica. En ese sentido, se debe distinguir entre la garantía procesal, propiamente tal, y su proceso de producción, mediante la actividad probatoria. Así, para el caso del derecho fundamental a la prueba se establece una verdadera obligación jurídica para el órgano jurisdiccional ante el cual se desarrolla la actividad probatoria, distinción que implicará reconocer que esta se configura mediante componentes individuales -asociados a la libertad probatoria- y de prestación estatal, ambos necesarios para su ejercicio, emergiendo la dimensión prestacional de las garantías procesales, que en este caso se ve amagada por actividad legislativa del propio Estado, que ha dictado una ley auto exonerándose de tales prestaciones de administración de justicia, en una materia que además es tributaria, motivo por el cual no sería raro que el contribuyente además tenga que litigar intereses del artículo 53 del Código Tributario por tributos controvertidos, a pesar de que el juicio se encuentra afecto a demoras que no le son imputables a él sino al propio Estado (hipótesis que justamente ha sido declarada contraria a la Constitución por esta Magistratura desde la sentencia Rol N° 3440).

**13°.-** Es del caso señalar que este tribunal ha señalado desde aproximadamente 15 años atrás que "el derecho a presentar pruebas es un elemento del debido proceso" (STC roles N°s 699, c. 9°; 2628, c. 6°; 2546, c. 7°, 2748, c. 15° y 2757, c. 41°, entre otras), y en este caso la suspensión del término probatorio no solo viola tal derecho, sino que el derecho mismo a la prosecución del proceso a las etapas siguientes y su conclusión misma, amagando la dictación de la sentencia que resuelva el conflicto, frustrando así el fin propio del proceso.

## III. ANÁLISIS DE FONDO. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 6 DE LA LEY Nº 21.226, EN EL CASO CONCRETO, Y LA GARANTÍA PROBATORIA COMO LÍMITE MATERIAL A LOS PROCEDIMIENTOS.

**14°.-** Que, mediante el artículo 6 de la Ley 21.226, que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile, el legislador reguló que:

*"Los términos probatorios que a la entrada en vigencia de esta ley hubiesen empezado a correr, o que se inicien durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, en todo procedimiento judicial en trámite ante los tribunales ordinarios, especiales y arbitrales del país, se suspenderán hasta el vencimiento de los diez días hábiles posteriores al cese del estado de excepción constitucional, por calamidad pública, declarado por decreto supremo Nº 104, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y el tiempo en que este sea prorrogado, si es el caso".*

**15°.-** En el sentido de lo precedentemente expuesto, la actora deduce la presente inaplicabilidad en el contexto de un Juicio de Hacienda, seguido ante el Primer Juzgado de letras en lo Civil de Rancagua, proceso que, de acuerdo a lo informado por la actora, se encuentra en estado procesal de iniciarse la etapa probatoria, con la resolución de fecha 17 de noviembre de 2020 que recibió la causa a prueba. En tanto, en la misma resolución, el juez suspendió el término probatorio, aplicando el artículo 6, de la ley 21.226, ya singularizada.

**16°.-** Cabe señalar que, sin pandemia y sin Ley N° 21.226 se estaría en presencia de un proceso que regido por el principio dispositivo se vería sometido al imperio de las cargas de impulso de parte y consecuencialmente al instituto del abandono si las mismas no son satisfechas, debiendo reiterarse que en el estatuto actual es imposible hacerlo avanzar al estar suspendido el término probatorio, siendo imposible llevarlo ni a etapa de sentencia ni menos a etapa recursiva para hacerlo concluir, dejando en total suspenso la tutela judicial, que entonces no es ni efectiva ni oportuna. Asimismo, es imprescindible agregar que la parte que pide "avanzar en el proceso" es un particular, en tanto que la que persevera en la suspensión es un órgano estatal, en condiciones que el obligado correlativo de la dimensión prestacional del derecho a la tutela judicial es el Estado, que en este caso es la contraparte y el legislador que determina la denegación de la prestación mediante la norma que suspende el término probatorio.

**17°.-** Que, es un hecho indiscutido que las medidas de suspensión de plazos procesales, como consecuencia de la pandemia originada por COVID-19, ha sido un herramienta utilizada por un número importante de países, entre los cuales es posible destacar España[6], Uruguay[7], Colombia[8], México[9], Perú[10], Panamá[11], y el Salvador[12], los cuales han ido alzando -en la medida que las condiciones sanitarias lo permiten- las medidas de suspensión decretadas, así por ejemplo en el

6 Real Decreto 463/2020, del 14 de marzo del 2020 -en su disposición adicional segunda dispone la suspensión de todos los plazos procesales. (https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463/con)-.

7 Resolución S.C.J. N°12/2020. Fue dictada el 16 de marzo de 2020, por el cual la Suprema Corte de Justicia resolvió que el Poder Judicial ingresa en situación de "Feria Judicial Sanitaria", en virtud del cual se suspenden todos los plazos y actuaciones procesales entre el 14 de marzo y el 3 de abril. (https://www.poderjudicial.gub.uy/novedades/noticias-institucionales/item/6435-scj-establecio-medidas-sanitarias-para-prevenir-expansion-del-covid-19.html).

8 ACUERDO PCSJA20-11517 . Dictada el 15 de marzo de 2020, por el cual el Consejo Superior de la Judicatura de la Presidencia decidió la suspensión de los plazos judiciales a partir del 16 de marzo hasta el día 20 del mismo mes, pero que luego mediante otros acuerdos siguió prorrogando la suspensión. (https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPCSJA20-11517.pdf)

9 La Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal y el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, decretaron la suspensión de toda actividad en el período comprendido entre el 18 de marzo de 2020 y el 19 de abril de 2020, situación que luego fue prorrogada nuevamente. (https://www2.deloitte.com/mx/es/pages/tax/articles/suspension-de-labores-y-plazos-procesales.html)

10 Decreto de Urgencia N° 026-2020 de la Presidencia de la República de Perú dictado el 15 de marzo de 2020. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/566447/DU026-20201864948-1.pdf

11 Acuerdo 146 de la Corte Suprema de Justicia de Panamá dictada el 13 de marzo de 2020 (https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/1/2020/03/430/acuerdo-csj-n0146.pdf)

12 Decreto Legislativo N°599, de fecha 14 de marzo de 2020. (https://www.transparencia.gob.sv/institutions/indes/documents/357291/download).

caso de Uruguay[13], España[14,] Colombia[15] y México[16]. En este sentido, es dable mencionar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Relator Especial sobre independencia de los Magistrados y Abogados de Naciones Unidas, con fecha 21 de enero del año 2021, realizaron una declaración conjunta sobre el acceso a la justicia en el contexto de la pandemia del COVID-19, en la cual, entre otras cosas señalaron que *"La Comisión y el Relator Especial de la ONU destacan la importancia del acceso a la justicia para la protección de los derechos humanos y como un pilar esencial para el Estado de Derecho" asimismo, reconoce que los países integrantes de los órganos de justicia han adoptado medidas con el fin de reducir la propagación del COVID-19, las cuales han tenido impacto mayor en su funcionamiento y, por ende, en el acceso a la justicia, de tal modo destacaron que "Entre las medidas se encuentran la suspensión de la actividad jurisdiccional y fiscal, la suspensión de plazos y actos procesales en causas extraordinarias, con algunas excepciones consideradas como urgentes. Trabajo a distancia, el uso de plataformas digitales y la celebración de audiencias por videoconferencias, entre otras, se han utilizado ampliamente en la región"* para lo cual hace un llamado a los Estados para que, como parte de las iniciativas y medidas adoptadas para contener la pandemia, se garantice el más amplio acceso a la justicia como medio fundamental para proteger y promover los derechos humanos y libertades fundamentales (Disponible en el sitio web: https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/015.asp).

**18°.-** Que, en esta línea es imprescindible recordar que la jurisdicción, entendida como el poder deber de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico, incluye las facultades de conocimiento y resolución, vinculadas entre sí, una como consecuencia de la otra, mientras el conocimiento comprende también las fases de discusión y prueba. Así, respecto de la fase probatoria, en particular, será función del juez del fondo admitir, practicar y valorar la prueba, en la oportunidad procesal correspondiente, siendo únicamente posible denegar o alterar este procedimiento sólo cuando exista una justificación constitucional que así lo prevea, de modo tal que *"La función jurisdiccional no puede ser afectada o delimitada en su contenido esencial por una disposición legal o infraconstitucional"* (STC 2159, C. 11).

**19°.-** Que, la suspensión del término probatorio por un plazo que sólo es delimitado por el término del Estado de Excepción Constitucional -que en los artículos 39 y siguientes de la Constitución no habilita a suspender garantías del debido proceso- que ya ha sido prorrogado en varias oportunidades, implicará, en el caso concreto, que un proceso que se encuentre en esta fase procesal, se pueda extender indeterminadamente, afectando con ello el iter procesal desarrollado en la actividad jurisdiccional – limitando mediante un plazo indeterminado la facultad de conocer que le corresponde a los Tribunales -y, por otra parte, amenazando la legítima expectativa de las partes respecto de la resolución oportuna, sin dilaciones indebidas, de los conflictos que son sometidos al conocimiento del Tribunal competente, la que se configura como garantía y límite material de los procedimientos (En este sentido ver García Pino, Gonzalo, & Contreras Vásquez,

13 Resolución S.C.J. N°33/2020: fue publicado el 14 de mayo de 2020, por el cual la Suprema Corte de Justicia resuelve la finalización de la Feria Judicial Extraordinaria, con lo que se reactiva la computación de los plazos procesales suspendidos. (https://www.poderjudicial.gub.uy/novedades/noticiasinstitucionales/download/8225/6562/19.html).

14 Real Decreto 537/2020: fue publicado el 22 de mayo de 2020, y tenía por objeto la prórroga del estado de alarma sanitaria. Sin embargo, en su artículo 8 dispuso el alzamiento de la suspensión de los plazos procesales, cuya medida entraría en efecto desde el 4 de junio de 2020. (https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/05/22/537/con).

15 Acuerdo PCSJA20-11567. Dictada el 5 de junio de 2020, por el cual el Consejo Superior de la Judicatura de la Presidencia decidió levantar la suspensión de los plazos judiciales a partir del 1 de julio de 2020. (https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7e%2fApp_Data%2fUpload%2fPCSJA20-11567.pdf)

16 A modo ejemplar el Acuerdo General 03-01/2021 de fecha 5 de enero de 2021, el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de la Ciudad de México determinó ampliar la suspensión de labores y por ende la suspensión de plazos procesales del 7 al 15 de enero de 2021, reanudando labores el 18 de enero de 2021. (https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/acuerdos_2021/).

Pablo. (2013). EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y AL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Estudios constitucionales, 11(2), 229-282. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007).

**20°.-** Que, los antecedentes del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas son muy antiguos y sobre todo elocuentes: en la época bizantina, la Recopilación de Justiniano ya ordenaba adoptar medidas a fin de que los procesos no se hagan casi interminables y excedan de la duración de la vida de los hombres. Por su parte, en la Roma del emperador Constantino, el proceso penal, el más complejo de todos, debía durar no más de un año, a partir de la litis contestatio. A su vez, En el año 1215, la británica Carta Magna pactada entre el regente Juan el sin tierras y los lores rebelados en contra de su tiranía dispuso expresamente que "no venderemos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia". Por su parte, en el derecho español medieval, el rey Alfonso X dispuso que ningún juicio penal podía durar más de 2 años. Posteriormente, entre los padres del derecho penal moderno, Beccaria señaló en 1764, aún con los precarios estándares penales de la época, que cuanto más pronto sea la pena al delito, será más justa y útil. Más justa, porque ahorra al reo los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre, que crecen con el vigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad; más justa porque siendo una pena la privación de la libertad, no puede preceder a la sentencia. Ya en la época del constitucionalismo clásico, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, antecedente inmediato de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, señalaba que toda persona sometida a persecución penal tiene derecho a un juicio rápido ante un jurado imparcial, lo cual fue recogido posteriormente en la VI Enmienda Constitución EEUU, al señalar que en todos los juicios penales el acusado gozará del derecho a un proceso rápido. Finalmente, en el siglo XX, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispondrá en su artículo 25 que, todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a ser juzgado sin dilación injustificada. A la vez, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas es parte del contenido del derecho a un procedimiento racional y justo según el deber que al legislador le impone el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, por lo que invocada tal norma en este caso, es parte del estándar de juzgamiento de esta causa, y siendo el legislador el destinatario del tal límite a la norma procedimental, no se puede tener por "debida" toda dilación dispuesta por el legislador. Adicionalmente, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable es también parte de las garantías mínimas del artículo 8° de la Convención Americana, cuyo contenido es incuestionablemente parte del derecho a un racional y justo procedimiento, y que ya no se predica solo respecto del proceso penal, sino en todos los órdenes.

## IV. DE LA DELIMITACIÓN DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL.

**21°.-** Que, en el voto de mayoría se sostiene, entre otras cosas, que la aplicación del artículo 6 de la Ley 21.226, no infringiría la garantía de tutela judicial efectiva, toda vez que "el derecho a la tutela judicial efectiva se concreta esencialmente en el derecho a la acción y el derecho al proceso" elementos que, a su entender, en el caso concreto habrían tenido lugar, omitiendo que el proceso que no concluye es inútil e ineficaz, ya que el conflicto se resuelve en la sentencia y que la tutela se concreta solo cuando la misma sentencia queda firme y se ejecuta.

**22°.-** Cabe indicar que esta disidencia ha comenzado la fundamentación de este voto, precisando el contenido y los límites del derecho de acceso a la justicia -sobre la base del sistema de fuentes del derecho, con influencia de las normas internas y de aquellas de origen internacional-convencional-, con una finalidad lógica de argumentación, pues en torno a este enunciado existe una pluralidad de derechos fundamentales a disposición de los justiciables. Así, el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien incluye el derecho a la acción, también comprende el derecho a que los órganos jurisdiccionales se pronuncien sobre la pretensión formulada y dicten así

una resolución sobre el fondo del asunto, con independencia de que ésta sea estimatoria o desestimatoria de la pretensión. Por tanto, además del derecho fundamental de acceder a la jurisdicción, existe otro derecho fundamental a que los tribunales inicien un proceso, a que éste se desarrolle –permitiendo al justiciable participar en el– y llegue hasta el final con una resolución que decida la cuestión sustantiva planteada -supeditado, por cierto, al cumplimiento de requisitos procesales establecidos en la ley con límites de racionalidad y justicia-, dentro de un plazo razonable, pues la tutela judicial, para ser efectiva, requiere ser oportuna .

En el mismo sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva incluye igualmente el derecho a que la sentencia que se dicte sobre el fondo del asunto sea motivada y fundada en Derecho. La motivación supone dar razón de los motivos o fundamentos del fallo, tanto fácticos como jurídicos, en un sentido externo; es decir, exige que la sentencia exprese las razones en que apoya la decisión de la controversia, de forma que los justiciables puedan conocerlas y controlar que no son ilógicas o arbitrarias y, en caso contrario, puedan recurrir. En cambio, el requisito de que la sentencia esté fundada en Derecho alude a algo más interno, y es que la resolución no sólo debe exteriorizar las normas y los argumentos jurídicos en que se basa, sino que ha de contener una aplicación real y racional de lo previsto en el Ordenamiento jurídico

De tal modo, el derecho a la tutela judicial efectiva no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia y al proceso, **sino que el justiciable debe encontrarse posibilitado de manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes ante los Tribunales y gozar de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial sea dictado sin dilaciones, se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido, pues lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones, transformando al derecho en una herramienta ineficaz.**

**23°.-** Que, en tal sentido la expresión "minimalista" de la comprensión del derecho que la requirente estima infringido, como la que se efectúa en el voto de mayoría, implica un problema en la concretización de la eficacia de las normas, propio de subsunción respecto de los supuestos de hecho concretos en relación con elementos de hecho abstractos, así como da cuenta también de la carencia de una interpretación adecuadora o conforme y de algún ejercicio de ponderación, a fin de precisar cual es el sentido de la disposición constitucional. En tal orden, el voto de mayoría realiza una lectura que evita la utilización de técnicas específicas de interpretación constitucional para atribuir significado y eficacia al texto constitucional en este caso.

**24°.-** Que, en este sentido, esta magistratura ya ha resuelto que *"El ordenamiento constitucional chileno ha previsto un sistema de solución de conflictos constitucionales que está radicado en el Tribunal Constitucional, al cual se ha encomendado la interpretación definitiva e inapelable de la Constitución, interpretación que debe desarrollarse en forma integral, esto es, considerando tanto la letra como los valores, principios y espíritu de la Carta Fundamental, a fin de asegurar la vigencia efectiva de la supremacía constitucional, que es la que garantiza, en definitiva, la eficacia del Estado constitucional de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales de las personas"* (STC 591 cc. 3 a 6) (En el mismo sentido, STC 2025 c. 17).

**25°.-** Deben desecharse las interpretaciones constitucionales que resulten contradictorias con los principios y valores rectores. Así frente a diversas interpretaciones posibles del alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental, debe excluirse la que admita al legislador regular su ejercicio hasta extremos que en la práctica imposibiliten la plenitud de su vigencia

efectiva o compriman su contenido a términos inconciliables con su fisonomía. (STC 1185 c. 13) (En el mismo sentido, STC 2410 c. 13, STC 2747 c. 13, STC 2801 c. 13, STC 2860 c. 15, STC 2887 c. 20).

**26°.-** Así, no será posible excluir del contenido del derecho de acceso a la justicia, las garantías probatorias ni la garantía relativa al límite temporal del proceso, por cuanto, tal como fuera anunciado en consideraciones precedentes, a fin de arribar a una conclusión estimatoria o desestimatoria del requerimiento, será necesario en este proceso hermenéutico precisar mediante el test de ponderación si la medida de suspensión del término probatorio, en el caso concreto, es razonable y, si existen medios menos gravosos, actualmente, para asegurar en su mayor extensión la garantía procesal y aquellas que la norma impugnada intentó cautelar.

**27°.-** Que, los principios de proporcionalidad y razonabilidad impulsan un modo de interpretación de la Constitución por éste Tribunal Constitucional, respecto de aquello que resulta "constitucionalmente adecuado", pues en el Estado Constitucional de Derecho normas o actuaciones irrazonables o desproporcionadas no pueden encontrar fundamento en principios o normas de la Carta Fundamental, constituyéndose como un una herramienta de análisis y decisión adecuada en cualquier controversia constitucional en la que la vulneración de la Constitución que se denuncia está provocada por una norma, medida o actuación que, incluso si cuenta con respaldo constitucional, se revela "desproporcionada" a la vista de las circunstancias.

Así, para comprobar que si la aplicación del precepto en el caso concreto de estos autos, respecto del ejercicio legítimo del derecho a la igualdad supera el juicio de proporcionalidad exigible, será necesario constatar si (a) tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto – es decir, asegurar la libertad probatoria en tiempos de pandemia asociada a COVID-19-, y no restringiría el derecho más allá de lo estrictamente necesario para la satisfacción del fin invocado; (b) si era necesaria, en el sentido que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y finalmente, (c) si la misma es proporcionada en sentido estricto, esto es, si era ponderada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

**28°.-** Que, en lo que respecta a la legitimidad de la medida impugnada, cabe precisar que el artículo 6 de la Ley 21.226, responde a la finalidad perseguida por el legislador en la redacción de la disposición cuestionada, esto es, resguardar que las partes dentro del proceso, en una situación de pandemia, con altas tasas de contagio y ocupación hospitalaria, contexto en el cual se ha restringido su libertad de desplazamiento y el desarrollo de ciertas actividades económicas, no vean mermada su defensa en juicio, al verse imposibilitada de emplear, en su mayor extensión, la garantía probatoria -en perjuicio de la extensión temporal del proceso y la limitación al tribunal de desarrollar su actividad jurisdiccional conforme al procedimiento y plazos previstos por la ley-, ello hace que la norma impugnada, en un primer momento sea legítima, dado que como consecuencia de la imprevisibilidad del desarrollo de la pandemia en marzo del año 2020 y la carencia de herramientas para asegurar un estándar suficiente de los derechos, dada la rápida propagación del virus, hacían difícil y, a veces imposible, su realización. Sin perjuicio que, reduciéndose los índices de contagio, hospitalización, alzándose restricciones de desplazamiento, como ha ocurrido en los últimos meses y, habiendo transcurrido un plazo más que razonable para que el estado prevea situaciones focalizadas de propagación del virus y disponga de recursos para asegurar la prestación de servicios básicos, como es la justicia, esta medida se tornaría innecesaria, deviniendo, en consecuencia, en constitucionalmente ilegítima, sobre todo si se observa que, en paralelo, en los órdenes procesales de familia, penal y laboral, regidos por oralidad e inmediación, no se ha suspendido de manera general ni menos absoluta la etapa probatoria de los procesos, sin que se impida entonces a los tribunales y a las partes acceder a la tutela judicial efectiva .

**29°.-** En esta misma línea argumentativa, la restricción o limitación de la garantía procesal, con el objeto de asegurar el correcto desarrollo de la actividad probatoria, deberá aplicar la medida restrictiva bajo un criterio de intervención mínima en la dimensión de no afectación de la garantía de acceso a la justicia. Hecho que implicará que, dejando de concurrir los presupuestos que la motivaron, ella no sea necesaria y, por tanto, deviniendo en una limitación excesiva, no razonable -pues dejaría de existir una conexión racional entre los medios escogidos para la promoción del fin y el fin adecuado mismo, existiendo otros medios que pueden promover el mismo objetivo siendo menos restrictivos- y desproporcionada en sentido estricto – pues los beneficios originalmente pretendidos mediante la restricción no se condicen con la importancia social de la limitación-. Así, es posible verificar que la aplicación del precepto impugnado provoca la infracción del artículo 19 Nº 3 inciso 3º y 76 de la Constitución Política de la República, en conexión, conforme al artículo 5 inciso 2º de la Carta Fundamental, con las normas convencionales precisadas y, que en este caso, también son infringidas. Cabe señalar que este subprincipio exige al legislador ponderar el grado del daño o lesión que la medida legislativa causa a los derechos e intereses de las personas y el beneficio que la medida significa al bienestar de la mayoría de las personas. Lo cual se verificará mediante la ponderación entre el eventual derecho afectado y el fin constitucional perseguido, es decir, en el caso concreto, de verificarse la afectación a la igualdad, que ella encuentre su fundamento en la optimización del fin declarado constitucionalmente legítimo.

**30°.-** Finalmente, adicionalmente a lo argumentado, cabe hacer presente, sin que esta consideración constituya calificación jurídica alguna, que con posterioridad a la vista de la causa y adopción del acuerdo, el Poder Ejecutivo a buscado hacerse cargo de esta problemática mediante el mensaje Nº 182-369, boletín Nº 13752, por el cual se modifica la Ley Nº 21.226, para reactivar y dar continuidad al sistema judicial, abriendo para tal efecto la discusión sobre derogación del artículo 6 y la posibilidad de peticiones de parte para aperturar términos probatorios, impugnado en autos, sin perjuicio que el artículo vigésimo del proyecto que ha sido aprobado en primer trámite mantendría la suspensión, pues prorrogaría la vigencia del mismo artículo 6, ya tantas veces aludido; lo que es conteste con el Informe de Proyecto de Ley Nº 10-2020, evacuado por el Pleno de la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 25 de marzo del 2020, mediante Oficio 62/2020.

## V. CONCLUSIÓN

**31°.-** Es por todo lo expuesto que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y a un debido proceso, al impedirse la prosecución del proceso y la dictación de la sentencia, amagando la actividad probatoria y la dictación del fallo que resuelve el conflicto, haciendo imposible otorgar tutela y menos darle eficacia, vulnerándose así el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, motivo por el cual el requerimiento debe ser acogido.

[…]

**SENTENCIA ROL 13.306-2022.** *Publicada el 13 de abril de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la frase "la tasación será la que figure en el rol de avalúos que esté vigente para los efectos de la contribución de haberes,", contenida en el artículo 486, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil. Ingeniería y Mantención Industrial SERFACONT LTDA. y Víctor Hugo Contreras Castillo. En el proceso Rol C-4722-2017, seguido ante el Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quien estuvo por acoger** el requerimiento, por las siguientes razones:

## I. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO CONCRETO.

**1°.-** Denis Martin Carrasco, abogado, en representación de don Víctor Contreras Castillo y de la Sociedad Ingeniería y Mantención Industrial SEFACONT Ltda., dedujo requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 486, inciso primero del Código de Procedimiento Civil

*"La tasación será la que figure en el rol de avalúos que esté vigente para los efectos de la contribución de haberes (…)"*

A juicio de la parte requirente, la aplicación del precepto impugnado devendría en la infracción del artículo 19 Nº 2, 3 y 24 de la Constitución Política de la República.

**2°.-** En el mismo sentido, como consta a fs. 20, en certificado emitido por el Tercer Juzgado Civil de Concepción, sirve como gestión pendiente a la presente acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, la causa Rol C-4722-2017, que al momento de su presentación ante este Excelentísimo Tribunal Constitucional se encuentra en estado procesal de tramitación, encontrándose fijado remate para el día 01 de julio del 2022, en el cual se ha determinado como monto mínimo para la subasta el avalúo fiscal vigente en primer semestre del 2022, para efecto del pago del impuesto territorial.

**3°.-** En relación con los hechos que inciden en la gestión pendiente, es relevante destacar que, con fecha 20 de julio del año 2017, el Banco de Créditos e Inversiones dedujo demanda ejecutiva de cobro de pagaré en contra de Ingeniería y Mantención Industrial SERFACONT Ltda., como deudor principal y de don Víctor Contreras en calidad de aval y codeudor solidario, por la suma de $92.391.876, más intereses, reajustes y costas.

**4°.-** Una vez despachado el mandamiento de ejecución y embargo, notificada la demanda a las partes y requeridas de pago. Con fecha 10 de noviembre del 2017, se trabó embargo respecto de dos inmuebles ubicados en la localidad de Nacimiento.

**5°.-** El 14 de octubre del 2020, se certificó en el expediente que no se habían opuesto excepciones a la ejecución. Por cuanto, en la fase de remate de los inmuebles referidos, que se encuentran registrados bajo el mismo rol de avalúo, la parte ejecutante acompañó el avalúo fiscal de las propiedades embargadas.

**6°.-** A este respecto, el requirente sostiene que con fecha 26 de diciembre del 2017 fue acompañado con citación el avalúo fiscal, pero igualmente se resolvió presentación de fecha 15 de diciembre del 2017 - en la cual se solicitaba que el avalúo fiscal se tuviera como tasación del

inmueble para los efectos de la subasta- oportunidad en la cual ordenó, entre otras cosas, que se acompañaran por el solicitante copia de inscripción de dominio de los inmuebles embargados y el certificado de avalúo que corresponda a cada uno de los inmuebles -sin perjuicio de que no existía subdivisión, y que ambas propiedades estaban registradas bajo el mismo rol de avalúo, situación que devendría en una desproporción entre la garantía preventiva y la deuda-.

**7°.-** Con fecha 11 de junio del 2018, la parte ejecutante propone las bases del remate para llevar a cabo la subasta, la que es aprobada el 12 de noviembre del 2020, sin precisarse en ella el valor del remate, sin permitir, en consecuencia, la objeción del valor.

**8°.-** Como consta a foja 322, el Tercer Juzgado Civil de Concepción, proveyendo a presentación del folio 52, resuelve que *"Teniendo únicamente presente que la objeción deducida por la parte ejecutada, dice relación con la actualización en la tasación del inmueble cuya subasta se pretende, y que la facultad del ejecutada para pedir una nueva tasación del inmueble embargado debe hacerse valer a más tardar cuando se presenten las bases de remate, y de conformidad. Además a lo previsto en el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil; se resuelve, no ha lugar".* En consecuencia, se fija remate de dos inmuebles registrados bajo un mismo rol de avalúo fiscal, en el cual se ha considerado como valor mínimo de los predios a rematar el avalúo fiscal vigente en el semestre 2022, ascendente a la suma de $34.450.710, lo que, a juicio del requirente, haría más perjudicial la situación que expone.

**9°.-** Ahora bien, en cuanto a las normas constitucionales que el requirente estima como infringidas, expone los siguientes fundamentos:

a. Vulneración de la garantía del artículo 19 Nº 2 de la Constitución. En este sentido, el actor argumenta que la aplicación del artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, en la parte impugnada, afecta la adecuada e igualitaria protección de los derechos que asisten a su representado, al no tener la posibilidad a que el remate de su propiedad se efectúe conforme al valor de mercado del inmueble, impidiendo la posibilidad de obtener un valor justo para su remate. Hecho que a su juicio devendría en afectación de la igualdad ante la ley, toda vez que el Banco ejecutante usa en la venta forzada de los inmuebles el avalúo fiscal, lo que importaría arbitrariedad basada en la desigualdad que se produce, toda ve que la tasación fiscal no es coherente con el valor real del inmueble, el cual superaría los $200.000.000, monto que debe determinarse pericialmente. Agrega, en el mismo sentido, que la aplicación de la norma impugnada es contraria a la igualdad, ya que el Banco ejecutante al ser una Sociedad Anónima, todos sus actos son comerciales, de modo que al emplear una herramienta fiscal, como es el avalúo fiscal, para fines comerciales, dicho acto sería irrazonable

b. Vulneración de la garantía del artículo 19 Nº 3 de la Constitución. Toda vez que existiría una situación de desprotección, pues la norma no le permitiría objetar los valores en base a un avalúo comercial, en tanto en las bases de remate no se estableció el valor de la tasación para los efectos de la postura mínima.

c. Vulneración de la garantía del artículo 19 Nº 24 de la Constitución. Fundamenta esta infracción señalando que, por la aplicación de la norma impugnada se dejaría al recurrente sin su principal fuente de valor; de tal modo, se remataría un bien raíz por debajo de un precio razonable, causando una grave afectación al derecho de propiedad de su representado, al permitir vender forzadamente los inmuebles, pero a un valor notoriamente inferior

## II. LA PROPIEDAD Y LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN EN MATERIA CIVIL.

**10°.-** La Constitución Política establece que se asegura a todas las personas *"el derecho de propiedad en sus diversas especies"*. Por otra parte, la misma norma, en su inciso siguiente, señala que *"Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social"*. Cabe señalar que el embargo y la posterior subasta pueden encuadrarse dentro de la facultad de disposición del bien, en la medida que estamos en frente de una enajenación, la que, no obstante, en este caso es forzada, producto del incumplimiento por el deudor de un crédito.

**11°.-** El estatuto constitucional de la propiedad, en la normativa atingente a esta causa, contenida en el numeral 24° de su artículo 19, regula la relación entre el Estado y los particulares titulares del dominio, este último en tanto derecho subjetivo público, determinando que el Estado, para privar del dominio a una persona, requiere ley habilitante expresa que lo faculte y además se asegura que toda actividad estatal que signifique privar a una persona de su derecho de propiedad o del bien sobre el que recae debe implicar el previo pago del valor real del mismo, entendido como el de mercado, con el objeto de velar por el resguardo de la equivalencia, evitando una desproporción grave en las prestaciones.

**12°.-** Que, a su vez la venta de un inmueble es ejercicio de la facultad de disposición, entendida como uno de los atributos esenciales del derecho de propiedad, que también se encuentra protegido constitucionalmente en lo relativo a la no interferencia y no privación del mismo por parte del Estado. En este sentido, las ventas forzadas por orden de tribunales son una limitación al dominio y en especial a la facultad de disposición, en el marco de las atribuciones conferidas por la ley a los tribunales para hacer ejecutar lo juzgado en causas de tipo civil, al amparo del artículo 76 de la misma Constitución Política, lo cual, sin embargo, ha de ajustarse en su regulación al estatuto constitucional, teniendo presente que el numeral 24° del artículo 19 señala que solo corresponde al legislador determinar los modos de adquirir y de extinguir el dominio. Es en este orden que las ventas forzadas son una forma de extinguir forzosamente el derecho de dominio, pudiendo ser contempladas por el legislador solamente si obedecen a un fin constitucionalmente legítimo, que en este caso sería la ejecución de lo juzgado en materia de deudas civiles.

**13°.-** En coherencia, la venta forzosa no puede ser vista como una carga o una simple limitación al derecho de propiedad, pues lo extingue para su titular, de tal manera que para él no sobre vive el derecho, y en consecuencia es una forma de extinguirlo para él y una forma de adquirirlo para quien compre en el respectivo remate judicial, con el agregado que se purgan todas las hipotecas y gravámenes anteriores, extinguiendo todo derecho para quien era el propietario subastado, además de los gravámenes existentes.

**14°.-** Como se logra verificar ya de la historia constitucional chilena, la propiedad *"aparece como un derecho subjetivo, liberado de toda atadura y estrechamente vinculado a la libertad personal"*, siendo reconocido como un instituto jurídico y como un derecho subjetivo (En este sentido ver a Cordero Quinzacara, Eduardo. (2006). LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO CHILENO. Revista de derecho (Valdivia), 19(1), 125-148. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000100006). Así, en relación a su alcance y sentido, la carta del 80 contempló la expropiación por causa de utilidad pública como la gran hipótesis de actividad estatal de privación de dominio, pero la verdad es que no es la única. Más allá de ello es claro que los atributos esenciales del dominio y el valor de mercado del bien son parte del contenido esencial del derecho de propiedad constitucionalmente asegurado, en lo relativo a la relación entre el particular y la actividad estatal referida a la propiedad.

**15°.-** Sin perjuicio de dotar al legislador de capacidad regulatoria respecto del derecho de propiedad (en este sentido ver STC 146, c. 17), es claro que la actividad estatal referida a la propiedad privada tiene límites: se requiere de ley expresa para imponer cargas o para poder extinguir el derecho o su titularidad y además se debe respetar el valor real del bien como elemento constitucionalmente relevante, garantía constitucional esta última que emerge solamente en la Carta de 1980, no estando presente en la normativa constitucional anterior, al amparo de la cual el Estado pudo realizar el proceso de reforma agraria bajo valores de avalúo fiscal y con pagos diferidos, sin que el valor real del bien fuera parte de la garantía del derecho. De este modo, la limitación de la propiedad debe ser proporcional, es decir, imponiendo al dueño una obligación indispensable para la satisfacción de una finalidad de interés público (en este sentido ver STC 1141 c. 27; STC 1215 c. 28, STC 1863 c. 35, STC 2643 c. 78, STC 2644 c. 78), a la vez que la privación del dominio por parte del Estado no es gratuita y debe ser compensada a partir del valor real del bien.

**16°.-** Ahora bien, como esta Magistratura ya lo ha resuelto en casos anteriores *"la magnitud de la regulación no resulta indiferente. Por una parte porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos del Tribunal Constitucional que han tolerado, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad. Por el contrario, legitimar cualquiera regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de este derecho fundamental ("la limitación tiene sus límites", para usar una expresión ya clásica del derecho anglosajón)"* (ver en este sentido STC 505, c. 23; STC 506, c. 23; STC 1141, c. 18; STC 1863, C. 35; STC 5353, c. 14; STC 5776, c. 14). Así, aparece del todo desproporcionado privilegiar la celeridad de la recuperación del crédito, en desmedro de la equivalencia necesaria al valor del bien subastado, excluyendo así como elemento de garantía del derecho el valor del bien que se intenta ejecutar.

**17°.-** En este sentido ha de reconocerse que el valor de mercado del bien inmueble es hoy un factor constitucionalmente reconocido como elemento relevante acerca de la garantía constitucional del derecho de propiedad, así por ejemplo en materia de expropiación la determinación del monto de la indemnización conforme al DL Nº 2186, es un elemento relevante para el cumplimiento del principio de integridad patrimonial, y en su dimensión de derecho subjetivo público significa que es un límite a las potestades estatales en materia de normativa legal que extinga el derecho de propiedad.

**18°.-** A su vez, la legislación procesal que regula la ejecución en un bien inmueble, incluyendo la determinación del precio en la venta forzada, se contiene en el Código de Procedimiento Civil, dictado en el año 1906, sin que haya sido concebido para resguardar los estándares actuales del derecho de propiedad en la Constitución, en específico, sin estar pensada para resguardar la garantía constitucional del "justo precio" o valor efectivo del bien inmueble, al punto que, como consta a foja 322 y 380, en el caso sub lite el Tribunal fijó finalmente el precio, conforme al artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, un precio correspondiente a la tasación fiscal del inmueble (reduciendo el valor en un porcentaje relevante, en relación con el su valor comercial). Es en ese marco, que en el caso concreto la requirente plantea la acción que es sometida al conocimiento de este Excelentísimo Tribunal Constitucional (en este sentido ver a López Díaz, Patricia. (2017). LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN REDHIBITORIA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO: ¿NULIDAD RELATIVA, RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO O RESCISIÓN PROPIAMENTE TAL?. Revista chilena de derecho, 44(2), 423-459. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372017000200423), y al referirse a la

propiedad de un inmueble, constatándose que lo alegado es justamente la falta de equivalencia y la consecuente rescisión por vía de acción en la gestión invocada, chocando con la preceptiva cuya constitucionalidad se cuestiona. En este sentido, por forzosa que sea la subasta, se constata la existencia de un contrato de compraventa forzado por actividad estatal que extingue el derecho del ejecutado sobre el inmueble. En este sentido, se entrecruzan dos cuestiones: la actividad estatal tendiente a extinguir o privar derecho de propiedad ha de tener presente el valor del mismo como elemento relevante y si bien el valor del bien en una compraventa puede variar, ello tiene límites que el legislador traduce para la determinación del precio.

**19°.-** Debe tenerse presente que a la fecha de dictación del Código Civil la legislación procesal que se aplicaba en Chile para las ejecuciones de inmuebles seguía siendo la hispana heredada de la época colonial, y es en función de ella que a nivel de ley se consideró en el Código Civil, en la década de 1850, que ese procedimiento entregaba las garantías de determinación, publicidad y control para asegurar un justo precio, en un contexto muy distinto al actual. En ese sentido, no es plenamente extrapolable a nuestros días lo razonado en esa época. En efecto, la normativa indiana que precedió al Código de Procedimiento Civil contemplaba ciertos resguardos, que para su época podían ser considerados suficientes, en un procedimiento que incluía relevantes elementos de lo que hoy llamaríamos oralidad y publicidad (Ver, en este sentido DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio. Los principios clásicos del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano el estilo de Chile. Rev. estud. hist. juríd. [online]. 2006, n.28 [citado 2020-09-02], pp.425-490. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100013&lng=es&nrm=iso. ISSN 0716-5455. http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552006000100013, en el título "Juicio Ejecutivo").

**20°.-** En la praxis de las ejecuciones civiles en nuestra época, en lo relativo al valor de los inmuebles en subastas de procesos ejecutivos, no deja de sorprender que en un mercado inmobiliario dinámico, de alta demanda y rentabilidad como el existente hoy, sea más que frecuente constatar subastas sin postores, o bien que sólo concurren unos pocos postores se repiten en diversos tribunales y remates, además de que a veces coincidentemente deciden no hacer ofertas, en el marco de prácticas habituales que han hecho naufragar el objetivo y espíritu de garantía de las normas de ejecución el Código de Procedimiento Civil, a lo cual se suma, en caso de tal falta de postores o posturas, exista la posibilidad de enajenar por un valor inferior incluso al avalúo fiscal, y que no guarda relación con alguna cifra cercana al precio real de los inmuebles.

**21°.-** Es en ese sentido, que todo lo expuesto lleva a concluir que la aplicación del precepto impugnado devendrá en una vulneración de la garantía constitucional del derecho de propiedad y del derecho a la acción, que constituye además una diferencia de trato hacia el deudor ejecutado, carente de fundamento razonable, ya que la libre circulación de los bienes y la satisfacción de créditos adeudados no es una causa constitucionalmente admisible como excepción al reconocimiento del valor real del bien como parte del contenido del derecho de propiedad en su dimensión subjetiva-pública, es decir, de la persona frente al Estado, a propósito de la regulación del procedimiento ejecutivo.

[…]

**SENTENCIA ROL 13.340-2022.** *Publicada el 9 de mayo de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 486, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil. Rodrigo Tagle Gatica. En el proceso Rol C-27.418-2016, seguido ante Vigesimosegundo Juzgado Civil de Santiago.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES estuvo por acoger** el libelo de fojas 1 en virtud de las siguientes consideraciones:

**I. SOBRE LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD Y LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN EN MATERIA CIVIL, Y SU EFECTO EN EL CASO CONCRETO.**

**1°.-** La Constitución Política establece que se asegura a todas las personas *"el derecho de propiedad en sus diversas especies"*. Por otra parte, la misma norma, en su inciso siguiente, señala que *"Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social"*. Cabe señalar que el embargo y la posterior subasta pueden encuadrarse dentro de la facultad de disposición del bien, en la medida que estamos en frente de una enajenación, la que, no obstante, en este caso es forzada, producto del incumplimiento por el deudor de un crédito.

**2°.-** El estatuto constitucional de la propiedad, en la normativa atingente a esta causa, contenida en el numeral 24° de su artículo 19, regula la relación entre el Estado y los particulares titulares del dominio, este último en tanto derecho subjetivo público, determinando que el Estado, para privar del dominio a una persona, requiere ley habilitante expresa que lo faculte y además se asegura que toda actividad estatal que signifique privar a una persona de su derecho de propiedad o del bien sobre el que recae debe implicar el previo pago del valor real del mismo, entendido como el de mercado, con el objeto de velar por el resguardo de la equivalencia, evitando una desproporción grave en las prestaciones.

**3°.-** Que, a su vez la venta de un inmueble es ejercicio de la facultad de disposición, entendida como uno de los atributos esenciales del derecho de propiedad, que también se encuentra protegido constitucionalmente en lo relativo a la no interferencia y no privación del mismo por parte del Estado. En este sentido, las ventas forzadas por orden de tribunales son una limitación al dominio y en especial a la facultad de disposición, en el marco de las atribuciones conferidas por la ley a los tribunales para hacer ejecutar lo juzgado en causas de tipo civil, al amparo del artículo 76 de la misma Constitución Política, lo cual, sin embargo, ha de ajustarse en su regulación al estatuto constitucional, teniendo presente que el numeral 24° del artículo 19 señala que solo corresponde al legislador determinar los modos de adquirir y de extinguir el dominio. Es en este orden que las ventas forzadas son una forma de extinguir forzosamente el derecho de dominio, pudiendo ser contempladas por el legislador solamente si obedecen a un fin constitucionalmente legítimo, que en este caso sería la ejecución de lo juzgado en materia de deudas civiles.

**4°.-** En coherencia, la venta forzosa no puede ser vista como una carga o una simple limitación al derecho de propiedad, pues lo extingue para su titular, de tal manera que para él no sobre vive el derecho, y en consecuencia es una forma de extinguirlo para él y una forma de adquirirlo para quien compre en el respectivo remate judicial, con el agregado que se purgan todas las hipotecas y gravámenes anteriores, extinguiendo todo derecho para quien era el propietario subastado, además de los gravámenes existentes.

**5°.-** Como se logra verificar ya de la historia constitucional chilena, la propiedad *"aparece como un derecho subjetivo, liberado de toda atadura y estrechamente vinculado a la libertad personal"*, siendo reconocido como un instituto jurídico y como un derecho subjetivo (En este sentido ver a Cordero Quinzacara, Eduardo. (2006). LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO CHILENO. Revista de derecho (Valdivia), 19(1), 125-148. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000100006). Así, en relación a su alcance y sentido, la carta del 80 contempló la expropiación por causa de utilidad pública como la gran hipótesis de actividad estatal de privación de dominio, pero la verdad es que no es la única. Más allá de ello es claro que los atributos esenciales del dominio y el valor de mercado del bien son parte del contenido esencial del derecho de propiedad constitucionalmente asegurado, en lo relativo a la relación entre el particular y la actividad estatal referida a la propiedad.

**6°.-** Sin perjuicio de dotar al legislador de capacidad regulatoria respecto del derecho de propiedad (en este sentido ver STC 146, c. 17), es claro que la actividad estatal referida a la propiedad privada tiene límites: se requiere de ley expresa para imponer cargas o para poder extinguir el derecho o su titularidad y además se debe respetar el valor real del bien como elemento constitucionalmente relevante, garantía constitucional esta última que emerge solamente en la Carta de 1980, no estando presente en la normativa constitucional anterior, al amparo de la cual el Estado pudo realizar el proceso de reforma agraria bajo valores de avalúo fiscal y con pagos diferidos, sin que el valor real del bien fuera parte de la garantía del derecho. De este modo, la limitación de la propiedad debe ser proporcional, es decir, imponiendo al dueño una obligación indispensable para la satisfacción de una finalidad de interés público (en este sentido ver STC 1141 c. 27; STC 1215 c. 28, STC 1863 c. 35, STC 2643 c. 78, STC 2644 c. 78), a la vez que la privación del dominio por parte del Estado no es gratuita y debe ser compensada a partir del valor real del bien.

**7°.-** Ahora bien, como esta Magistratura ya lo ha resuelto en casos anteriores *"la magnitud de la regulación no resulta indiferente. Por una parte porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos del Tribunal Constitucional que han tolerado, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad. Por el contrario, legitimar cualquiera regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de este derecho fundamental ("la limitación tiene sus límites", para usar una expresión ya clásica del derecho anglosajón)"* (ver en este sentido STC 505, c. 23; STC 506, c. 23; STC 1141, c. 18; STC 1863, C. 35; STC 5353, c. 14; STC 5776, c. 14). Así, aparece del todo desproporcionado privilegiar la celeridad de la recuperación del crédito, en desmedro de la equivalencia necesaria al valor del bien subastado, excluyendo así como elemento de garantía del derecho el valor del bien que se intenta ejecutar.

**8°.-** En este sentido ha de reconocerse que el valor de mercado del bien inmueble es hoy un factor constitucionalmente reconocido como elemento relevante acerca de la garantía constitucional del derecho de propiedad, así por ejemplo en materia de expropiación la determinación del monto de la indemnización conforme al DL Nº 2186, es un elemento relevante para el cumplimiento del principio de integridad patrimonial, y en su dimensión de derecho subjetivo público significa que es un límite a las potestades estatales en materia de normativa legal que extinga el derecho de propiedad.

**9°.-** A su vez, la legislación procesal que regula la ejecución en un bien inmueble, incluyendo la determinación del precio en la venta forzada, se contiene en el Código de Procedimiento Civil, dictado en el año 1906, sin que haya sido concebido para resguardar los estándares actuales

del derecho de propiedad en la Constitución, en específico, sin estar pensada para resguardar la garantía constitucional del "justo precio" o valor efectivo del bien inmueble. En este sentido, por forzosa que sea la subasta, se constata la existencia de un contrato de compraventa forzado por actividad estatal que extingue el derecho del ejecutado sobre el inmueble. En este sentido, se entrecruzan dos cuestiones: la actividad estatal tendiente a extinguir o privar derecho de propiedad que ha de tener presente el valor del mismo como elemento relevante, y si bien el valor del inmueble en una compraventa puede variar, ello tiene límites que el legislador traduce para la determinación del precio. Entonces corresponderá ponderar si la inmutabilidad de la tasación de perito, en el caso concreto, se adecua a un estándar de constitucionalidad, en atención con la proporcionalidad del resultado de la operación producto de la supuesta variación del precio del inmueble en los periodos señalados por el requirente, hecho que, a su juicio, devendría en que el ejecutante obtenga un mayor valor al revenderlo, quedando el ejecutado con un saldo de deuda no pagada, provocando ello a su vez una afectación de su derecho de propiedad.

Asimismo, este Tribunal debe revisar si el precepto impugnado deja al ejecutado en una situación de desprotección, permitiéndole solicitar una reevaluación o retasación, o en su defecto, comprender cual fue el fundamento del legislador para restringirla.

**10°.-** Debe tenerse presente que a la fecha de dictación del Código Civil la legislación procesal que se aplicaba en Chile para las ejecuciones de inmuebles seguía siendo la hispana heredada de la época colonial, y es en función de ella que a nivel de ley se consideró en el Código Civil, en la década de 1850, que ese procedimiento entregaba las garantías de determinación, publicidad y control para asegurar un justo precio, en un contexto muy distinto al actual. En ese sentido, no es plenamente extrapolable a nuestros días lo razonado en esa época. En efecto, la normativa indiana que precedió al Código de Procedimiento Civil contemplaba ciertos resguardos, que para su época podían ser considerados suficientes, en un procedimiento que incluía relevantes elementos de lo que hoy llamaríamos oralidad y publicidad (Ver, en este sentido DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio. Los principios clásicos del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano el estilo de Chile. Rev. estud. hist. juríd. [online]. 2006, n.28 [citado 2020-09-02], pp.425-490. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100013&lng=es&nrm=iso. ISSN 0716-5455. http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552006000100013, en el título "Juicio Ejecutivo").

**11°.-** En la praxis de las ejecuciones civiles en nuestra época, en lo relativo al valor de los inmuebles en subastas de procesos ejecutivos, no deja de sorprender que en un mercado inmobiliario dinámico, de alta demanda y rentabilidad como el existente hoy, sea más que frecuente constatar subastas sin postores, o bien que sólo concurren unos pocos postores, los que se repiten en diversos tribunales y remates, además de que a veces coincidentemente deciden no hacer ofertas, en el marco de prácticas habituales que han hecho naufragar el objetivo y espíritu de garantía de las normas de ejecución el Código de Procedimiento Civil, a lo cual se suma, en caso de tal falta de postores o posturas, exista la posibilidad de enajenar por un valor inferior incluso al avalúo fiscal, y que no guarda relación con alguna cifra cercana al precio real de los inmuebles.

## II. EL PRECEPTO IMPUGNADO, EN EL CASO CONCRETO, CONSTITUYE UNA CARGA QUE RESTRINGE EL EL LEGÍTIMO EJERCICIO DEL DERECHO DEL REQUIRENTE.

**12°.-** Que, si bien el precepto impugnado establece que *"(…) En este caso la tasación se practicará por peritos nombrados en la forma que dispone el artículo 414, haciéndose el nombramiento en la audiencia del segundo día hábil después de notificada la sentencia sin necesidad de nueva notificación (…)"* y en el caso concreto ésta se efectuó en agosto de 2021, como consta a fojas 16 a 29. De tal

modo, la cuestión que es sometida ante este excelentísimo Tribunal Constitucional, dice relación con el hecho de que dos años después de la tasación el inmueble no ha sido rematado, por cuanto en ese lapso pudo haber variado el valor del inmueble, en tanto la norma no establece un plazo de vigencia de la tasación.

**13°.-** En este sentido, cabe hacer presente que la acción está consagrada como un derecho fundamental en el inciso primero del numeral 3° el artículo 19 de la Constitución Política, en términos que todo derecho tiene acción para ser reclamado jurisdiccionalmente en virtud de dicha norma constitucional, aun cuando la ley no lo señale expresamente. Esta innovación de la Carta del 80 choca frontalmente con el precepto impugnado, y lo hace a partir de otro principio iusfundamental del mismo artículo 19, pues cuando existe actividad estatal tendiente a privar o extinguir el derecho de propiedad a un particular, debe pagarse el valor real del bien, y si ello se incumple se choca con un verdadero muro, constituido por un centenario precepto preconstitucional cuestionado en estos autos, que cercena el derecho a esa acción.

**14°.-** Siguiendo la misma línea argumentativa, es cierto que el precio no puede quedar al arbitrio del ejecutado, pues se abriría la puerta para frustrar la venta forzada, mas ello no es el caso de estos autos, sino que se trata de fijar un parámetro proporcional y no lesivo, pues se entiende que ya la venta forzada es una sanción al deudor, por cuanto agregar que el precio podrá ser inferior al determinado originalmente por el perito, conforme al valor reajustado de acuerdo a las condiciones comerciales dos años después de que este fuera realizado, sin tener acceso si quiera a una acción para corregir dicha situación, será consititutivo de una nueva sanción para el requirente. En este sentido, el carácter forzoso de la ejecución no significa que el ejecutado no tenga derechos ni menos que las potestades del ejecutante y del tribunal subastante sean omnímodas. Así, sin duda es claro que el inmueble deberá entonces ser subastado a un precio que sea coherente en relación a su valor real, materia en la cuál cabe recordar que la ejecución de un inmueble es una compraventa forzada y que el contrato de compraventa por definición es oneroso y conmutativo, lo que presupone equivalencia de prestaciones, que en este caso son entre el bien y el precio de compra.

**15°.-** Cabe señalar que, para Carnelutti, quien fuera uno de los primeros en destacar la semejanza económica entre la enajenación forzosa y la venta ordinaria, el cambio de bienes por dinero se consigue por la venta y por el arriendo, siendo la venta el medio económico adoptado por el proceso para convertir en dinero los bienes embargados (Ver en Carnelutti, F., Lezioni di Diritto Processuale Civile. Proceso di esecuzione, Tomo II, Padova, 1932, pp. 221 y siguientes, y también Juan Pablo Murga Fernández, Naturaleza jurídica de la venta judicial a la luz de la doctrina italiana y española, Anuario de Derecho Civil, ISSN 0210-301X, Vol. 69, No 1, 2016, págs. 153-219). De tal modo, a la identidad de la función económica del remate debe corresponder una función jurídica, que implicará en efecto satisfacer, total o parcialmente, la deuda que el acreedor tiene a su favor y, por otra parte, la adjudicación de la cosa por otro, distinto a su prístino dueño, a fin de satisfacer el crédito producto a la realización de sus bienes.

**16°.-** Que, en este sentido, el contenido esencial del derecho de propiedad - siendo el mínimo irreductible de contenido de cada derecho fundamental, que en modo alguno puede ser limitado por los poderes públicos- se expresa en la facultad sustancial de que se compone este derecho, que se traduce en la facultad de usar, gozar y disponer del objeto en el sobre el cual reacae. En tal sentido, para determinar si la limitación del derecho se encuentra justificada, se deberá estar al contenido esencial del derecho y a la justificación de la limitación a través de un juicio de razonabilidad y proporcionalidad. Lo anterior implicará, como punto de partida, una prohibición a la desproporción (art. 6, 7 y 19 Nº 2 de la Carta Fundamental) para lo cual el intérprete deberá realizar una interpretación sistémica y finalista.

**17°.-** El derecho de propiedad, de acuerdo a la configuración normativa chilena, a pesar de reconocer las facultades ya precisadas, que son los componentes de la titularidad, además incorpora la facultad de aprovechamiento de los bienes sobre los que el derecho recae (19 No 23 inc. 3º de la Constitución) característica que implica que el dueño del bien podrá hacerse de todo aquello que sea capaz de proporcionarle aquel, según su naturaleza y las limitaciones que el ordenamiento jurídico establezca. En el mismo sentido, como es ampliamente sabido, el derecho de propiedad es perpetuo, lo que implicará que nadie pueda ser privado durante toda la vigencia del beneficio que se le otorga, dentro del estatuto que rija al bien, sino en virtud de expropiación, sentencia o en los demás casos que la ley establezca.

**18°.-** Que, en el caso de marras la realización del inmueble, no puede alejarse de aquellas delimitaciones que contornan el derecho de propiedad. En tal orden, la venta forzada de un inmueble en el contexto del juicio ejecutivo, si bien debe generar las condiciones para propender al cumplimiento del crédito adeudado, asimismo debe considerar para ello una fórmula que permita ponderar los elementos y costos asociados, a fin de precisar un valor real del inmueble que no genere una nueva sanción al deudor. Ello por cuanto, el fin o sentido inmediato que se le otorga al derecho de propiedad tiene un componente económico, que dimana de la utilización y disposición de los bienes, del cual no puede ser privado el titular, menos sin un fundamento razonable. Por tanto, la eventual aplicación del precepto podría implicar una desproporción en relación con la recuperación del crédito y la equivalencia del valor del bien subastado, entendido este último como un elemento constitucional relevante, lo cual deviene en afectación de la garantía referida.

**19°.-** Es en ese sentido, que todo lo expuesto lleva a concluir que la aplicación del precepto impugnado devendrá en una vulneración de las garantías constitucionales aducidas, y que constituye además una diferencia de trato hacia el deudor ejecutado, ya que la libre circulación de los bienes y la satisfacción de créditos adeudados no es una causa constitucionalmente admisible como excepción al reconocimiento del valor real del bien como parte del contenido del derecho de propiedad en su dimensión subjetiva, ni es fundamento para establecer cargas que hagan irrealizable o demasiado oneroso el ejercicio del derecho, por cuanto todo ello conduce a éste Ministro a acoger el requerimiento de autos.

## 5. f. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

**SENTENCIA ROL 10.793-2021.** *Publicada el 4 de mayo de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 4º bis, inciso segundo, de la Ley N° 17.322, que establece normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social. Sociedad Proveedora de alimentos express limitada. En el proceso RIT D-2095-2016, RUC 16-3-0370734-8, seguido ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por recurso de hecho, bajo el Rol N° 40-2021.

**VOTO MAYORÍA**

[…]

**I. ANTECEDENTES RELEVANTES**

**PRIMERO**.- Karina Torres Vargas, abogada, en representación de la Sociedad Proveedora de Alimentos Express Limitada., dedujo acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 4 bis, inciso segundo de la Ley Nº 17.322 "Acogida la acción, e incoada en el tribunal, no podrá alegarse por ninguna de las partes el abandono del procedimiento".

A su entender el precepto impugnado tiene el carácter de decisivo en el juicio que sirve como gestión pendiente, causa RIT D-2095-2016, que se tramita ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Puerto Montt, en autos caratulados "AFP MODELO con SOCIEDAD PROVEEDORA DE ALIMENTOS EXPRESS LIMITADA".

**SEGUNDO**.- La requirente estima que el precepto impugnado en su aplicación, en el caso concreto, produce la infracción del derecho a un justo y racional procedimiento (artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política) y a la seguridad jurídica (artículo 19 Nº 26 de la Constitución Política), ello por cuanto la aplicación de dicho precepto impide la aplicación del abandono de procedimiento, privándola, a entender de la actora, del uso de una institución común a la generalidad de los procedimientos, como se verá:

a. En tal sentido, a propósito de la supuesta infracción al artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política, el requirente precisa que, en el caso concreto, la aplicación del precepto impugnado significaría que el juicio de Cobranza Laboral y Previsional podría durar indefinidamente (foja 07). En dicho orden, argumenta que dicho hecho derivaría en una "dilación indebida" toda vez que, el procedimiento de Cobranza Laboral y Previsional sería de simple tramitación, por cuanto la duración del mismo debe ser breve (para ello, la requirente hace alusión al plazo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento civil). A reglón seguido, la requirente sostiene que, en el caso concreto, la parte ejecutante es una Institución Previsional, que debe procurar una pronta tramitación del juicio, sin embargo la parte ejecutante no habría realizado gestión en más de 03 años. Refuerza su argumento, destacando que el Juez de Cobranza Laboral y Previsional tiene el impulso procesal del procedimiento, debiendo dictar y proceder de oficio respecto de todas las actuaciones del procedimiento, situación que no habría ocurrido en autos.
b. Respecto a la supuesta infracción del artículo 19 Nº 26 de la Constitución, la requirente señala que la aplicación del precepto impugnado la deja en una situación de incerteza respecto de las obligaciones que se demandaban en el procedimiento, al no existir ningún límite temporal a su respecto. Por lo anterior, a su juicio, al no permitirse la aplicación del abandono de procedimiento en la gestión pendiente no se consolidan las situaciones jurídicas, por cuanto no podrá tener certeza respecto de sus obligaciones.

## II. DE LA SUPUESTA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL ADUCIDA POR EL REQUIRENTE.

**TERCERO**.- Que, la Constitución al asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a defensa jurídica y el derecho al proceso previo legalmente tramitado vino a determinar que, prohibida la autotutela al institucionalizarse la convivencia pacífica, la heterocomposición mediante el proceso jurisdiccional pasará a ser un medio ordinario de resolución de conflictos.

**CUARTO**.- Que, el proceso se posicionará como el principal objeto de la función jurisdiccional, que pasará a ser de titularidad del poder estatal, y a la vez el proceso será un derecho, ya que, al estar prohibida la autotutela, el Estado debe garantizar medios eficaces y accesibles para la resolución pacífica de conflictos. De esa forma, el proceso cumplirá dicha función, que en el marco de un Estado de Derecho significará que de ordinario el proceso deberá concluir con una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del conflicto, fundada en derecho, sobre la base de los hechos acreditados en el desarrollo de la contienda. De esta forma, el proceso judicial plantea un estadio superior al discurso jurídico, al tener que acotar una solución que, aunque plantea como idealmente alcanzable, significa un desafío al sentenciador, pues este siempre deberá ajustar su razonamiento, restringiendo su propia idea de justicia, a lo mandatado por la ley.

**QUINTO**.- Que, uno de los estándares de validez del proceso será el principio de legalidad procedimental: siendo la jurisdicción un poder estatal, es por esencia limitado, y a propósito de ello el proceso será válido en la medida que su sustanciación se desarrolle con el procedimiento que el legislador ha dispuesto. Ello en consonancia con la función de garantía de los derechos, su configuración como límite al poder y direccionamiento para su ejercicio (En este sentido, Ferrajoli, L. (2009). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. En L. Ferrajoli, J.J Moreso, y M. Atienza. La teoría del derecho en el paradigma constitucional. (2a ed.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo).

**SEXTO**.- Que, de igual forma, en estos puntos el proceso no es un fin en sí mismo, sino que un medio de resolución de conflictos, y así una relación jurídico-procesal será por definición limitada en el tiempo, por lo que dure la tramitación del proceso, que implicará en sí, tiempo, atención y eventualmente afectación transitoria de derechos por la imposición de cargas, medidas cautelares, el transcurso de plazos, etc. Siendo por definición transitoria la relación procesal, y siendo su finalidad resolver un conflicto, será anómalo que los procesos se eternicen, y por ello uno de los elementos del debido proceso es el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, lo cual tendrá diferentes significaciones según la materia, por ejemplo en el área penal o en el área civil, dependiendo de la entidad de la afectación de derechos que el proceso significa y del tiempo razonablemente necesario para tramitarlo y resolverlo en función de su mérito y complejidad.

**SÉPTIMO**.- Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha quedado fuera de este debate, a propósito del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, señalando a este respecto que *"es el Estado, a través de sus autoridades judiciales, quien debe conducir el proceso. Al respecto, conforme la legislación procesal civil aplicable al presente caso, el juez tiene el deber de dirigir el procedimiento, manteniendo la igualdad de las partes en el proceso, vigilando que la tramitación de la causa procure la mayor economía procesal y evitando la paralización del proceso. Sin embargo, la Corte constata que han existido varios periodos de inactividad en el proceso civil que son enteramente atribuibles a las autoridades judiciales. Asimismo, existió una falta de debida diligencia por parte de las autoridades que no es cuantificable en una demora específica de tiempo, pero que sin duda contribuyó a la dilación en el procedimiento. La Corte advierte que los constantes recursos interpuestos por las partes del proceso pueden generar cierta confusión en su tramitación, no obstante, al ser el juez el director del proceso, debe asegurar la tramitación correcta de los mismos (…)"* (Corte IDH. Caso Mémoli Vs.

Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265. Parágrafo 176). Cabe notar que, si bien ello está señalado respecto del proceso civil, el rol de director del proceso cobra mayor relevancia en juicios de interés público, en los cuales entonces el impulso procesal no será de parte y los bienes jurídicos involucrados no serán disponibles por los litigantes.

**OCTAVO**.- Que, las consecuencias jurídicas que produce el abandono de procedimiento, en el procedimiento y en los actos procesales, permiten distinguir efectos procesales y civiles de la Institución *"Que el abandono del procedimiento produce efectos formales, procesales y de fondo de carácter civil. Desde luego, las consecuencias procesales causados por la sentencia firme que declara abandonado el procedimiento es el inmediato de hacer perder a las partes el derecho a continuar el procedimiento, el cual desaparece totalmente con el efecto mediato de no poder hacerlo valer en un nuevo juicio. Los efectos de carácter civil que esta situación procesal produce son: que no se extinguen las acciones que el actor dedujo en el juicio cuyo procedimiento se declaró abandonado, ni tampoco las excepciones opuestas por el demandado; el que subsisten los actos y contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos, y que no se interrumpe la prescripción por la notificación de la demanda practicada en un procedimiento declarado abandonado, siendo este efecto consecuencia lógica de haber desaparecido todo el procedimiento y extinguido por tanto el juicio (…)"* (Gaceta Jurídica N°196/Octubre/1996. (p. 79)). Efectos que no pueden ser traspasados a terceros cuyos intereses están representados por un Órgano de la Administración del Estado. En tal orden, la traba de la litis en el caso sub lite se señala que no se habría producido en forma, pues la demanda ni siquiera se habría notificado antes de que se alegara el abandono de procedimiento, y a ello cabe agregar que el trabajador, dueño del fondo previsional según la invariable jurisprudencia de este Tribunal (STC Roles N°S 519; 576 c. 15; 3058 c. 12; 5822 c. 12; 6166 c. 14; 6167 c. 14; 6469 c. 12; 5679 c. 6; 6879 c. 12; 7140 c. 9; 7275 c. 9; 7400 c. 11; 7535 c. 10; 7694 c. 7; 8134 c. 7; 7442 c. 36), no es parte en este juicio entre la AFP y el empleador, por lo que mal podría el trabajador sufrir los efectos de cargas procesales ajenas como lo es el impulso procesal en causas como la gestión pendiente sub lite.

No debe olvidarse que la diversidad de materias y tipos de conflictos derivados de las relaciones jurídicas determinan que el legislador esté dotado de una amplia capacidad regulatoria para configurar los procedimientos según las necesidades y caracteres de las diferentes áreas del sistema de fuentes (derechos de familia, del trabajo, civil, del consumidor, penal, etc.). Así, los procedimientos se estructurarán en base a los denominados principios informadores, de los cuales derivarán reglas específicas, y uno de ellos es que en este tipo de procesos el impulso del mismo no es de las partes sino del propio tribunal por norma expresa del mismo artículo 4° bis, en la parte no impugnada, en tanto dispone que *"Una vez deducida la acción, el tribunal procederá de oficio en todas las etapas del proceso, a fin de permitir la continuidad de las distintas actuaciones procesales, sin necesidad del impulso de las partes"*, lo que significa que con o sin la parte de la norma cuestionada el abandono del procedimiento no podría tener cabida al seguir siendo del tribunal y no de la parte el impulso procesal, por lo cual sigue resultando inconcusa la institución del abandono por inacción de parte.

**NOVENO**.- Que, el procedimiento civil, al referirse a derechos e intereses de derecho privado, de orden generalmente patrimonial, referidos a relaciones entre particulares y esencialmente disponibles mientras no se afecte el orden público, aparece regido por ciertos principios informadores afines a esa naturaleza. Uno de ellos es que el impulso procesal es de parte y no de oficio por el tribunal, de lo cual deriva que la carga de abogar por el curso progresivo y el avance de la tramitación del proceso es de las partes, estando vedado al tribunal impulsar procesos de oficio. En ese orden, no es infrecuente que los procesos civiles se paralicen sin concluir, entre otras razones, porque cesó la actividad de parte, en específico la del demandante, que es el interesado en la dictación de la sentencia que se pronuncie sobre su pretensión. Es del caso

resaltar que siendo el proceso civil generalmente declarativo o constitutivo, más que las partes en su totalidad, el interesado en su pronta conclusión es el demandante, para que se declare o acoja su pretensión, de lo cual deriva que en realidad la carga del impulso procesal es primariamente suya y no necesariamente de las otras partes (sin perjuicio de que el demandado también lo tenga por ejemplo, por una condena en costas del rechazo o en una acción reconvencional).

**DÉCIMO.**- En este orden, siendo la cotización de seguridad social y su entero una obligación de seguridad social, contracara del derecho fundamental a la misma, cobra relevancia lo señalado por esta Magistratura en orden a que Los derechos públicos subjetivos de la seguridad se caracterizan por ser: a) patrimoniales, en tanto forman parte del patrimonio de las personas, destinadas a asistirlas para que puedan llevar una vida digna, cuando se verifique algún estado de necesidad; b) personalísimos, de modo que son inalienables e irrenunciables; c) imprescriptibles, en cuanto las personas siempre podrán requerir al Estado o a los particulares que, en virtud del principio de subsidiariedad, administran parte del sistema, los beneficios para la satisfacción de estados de necesidad que les afectan, y d) establecidos en aras del interés general de la sociedad. (STC 519 c. 13; 767 c. 15; 3265 c. 9; STC 3404 c. 9; 3058 c. 10). Ello desnuda una vez más la impertinencia del abandono de procedimiento, referido a relaciones jurídico procesales de intereses patrimoniales individuales, de orden totalmente privado y absolutamente disponible.

**UNDÉCIMO.**- En tal orden, el trabajador, que no es parte del proceso de cobro, es quien sufre el gran perjuicio patrimonial y previsional, al no enterarse dineros de su remuneración en su cuenta de capitalización individual destinada a financiar su jubilación y su posible invalidez, además de la viudez de su cónyuge y la orfandad de sus hijos, perdiendo además la rentabilidad que generarían dichas cotizaciones entre el período que va entre su depósito y su uso en pensiones. El abandono de procedimiento no puede convertirse en una vía indirecta ni en un verdadero "atajo" de elusión del pago de la ineludible e irrenunciable obligación de entero de cotizaciones previsionales ya descontadas de la remuneración del trabajador, respecto de las cuales el empleador es un agente retenedor fiduciario y enterador, y lo contrario llevaría a un verdadero subsidio al incumplimiento de la legislación previsional. En tal sentido, la buena fe procesal determina que si un empleador se entera de un juicio previsional en su contra por cotizaciones que están pagadas o que derechamente no ha adeudado, y no es notificado formalmente de ello, nuestro derecho procesal habilita a darse por notificado (artículo 55, inciso primero del Código de Procedimiento Civil) y acreditar el pago o alegar las excepciones de error de cálculo o inexistencia de prestación de servicios (artículo 5° de la Ley 17.322)

**DUODÉCIMO.** - Que, adicionalmente, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, como ya se señalara, no es cuantificable en base a la medición abstracta de plazos fijos, sino que dependerá de una serie de factores. Además, no todas las demoras serán "dilaciones" y no todas ellas serán "indebidas". En efecto, al aludir a "dilaciones indebidas" se denota una demora extraordinaria, es decir que está fuera del orden, de manera tal que no debía producirse, siendo por ende excepcional e injustificada, en una situación de anormalidad procesal. Así, para examinar si este derecho ha sido o no vulnerado, deben tenerse presente un conjunto de elementos, dentro de ellos indudablemente deberán considerarse:

» Los caracteres y complejidad del asunto, tanto en abstracto como en el caso concreto. Ello implica analizar la materia del proceso, por ejemplo en asuntos penales este derecho tendrá mayor intensidad y el escrutinio será más estricto porque la afectación de derechos que el proceso implica es mayor. En concreto, la complejización de un proceso específico puede venir dada por cuestiones probatorias, de discusión, recursivas e incidentales que se formulen en específico, todas las cuales están dentro del procedimiento, y significarán que el proceso demore más que si no las tuviera, sobre todo si existen incidencias de nulidad u

otras que sean de previo y especial pronunciamiento. Por ejemplo, el efecto suspensivo de recursos, la suspensión por cuestiones de previo y especial pronunciamiento interpuestos no será una dilación indebida, pues son parte de los efectos normales y previstos por la legislación procesal y por ende constituyen parte de la normalidad y previsibilidad de la legalidad procedimental.

» La conducta del propio reclamante de la vulneración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. En efecto, si el proceso ha demorado por ser el propio reclamante quién ha generado las demoras o las dilaciones a través de su actividad procesal no se estará en presencia de una vulneración de derechos, sino de un profuso ejercicio del derecho a defensa, que no puede pasar a ser caratulado de irregular a efectos de eludir las resultas del proceso por el mismo sujeto que lo ejerció, lo cual constituiría reconocer la potestad de crear mecanismos para burlar voluntariamente los efectos de la relación procesal.

» La eventual lentitud extraordinaria del obrar de los órganos estatales involucrados y el motivo que tenga. Este factor es más delicado de evaluar, pues la saturación del sistema judicial y las demoras estructurales son una constante en el mundo en las últimas décadas. Las circunstancias particulares pueden llevar a examinar si la conducta estatal fue de mera e injustificada inacción, si lo fue solo respecto de ese proceso o fue generalizada o si se tomaron o no medidas con los medios y recursos disponibles y si el proceso en cuestión tuvo o no una demora superior a la estructural y general en el sistema judicial. Adicionalmente, podrá discutirse si una demora estructural y general es o no una vulneración masiva de este derecho si es desmedida o no se enfrentó, pero ello requerirá siempre un análisis en el caso específico que corresponderá al Juez de fondo.

**DECIMOTERCERO**.- Que, por otro lado, el determinar cuales serían los mecanismos de garantía y el remedio para restablecer el imperio del derecho frente a la existencia de violaciones a derechos humanos por juicios con dilaciones indebidas no es un tema pacífico ni uniforme. Si los elementos de la tutela judicial efectiva son presupuestos de validez de un proceso, en este caso se encuentra la excepción: la anulación de lo obrado puede llegar a dejar sin tutela judicial y la consecuencia lógica sería la repetición del juicio, lo cual es acrecentar la duración del mismo cuando lo reclamado es justamente su extensión. Así, podrán ser otras las garantías para restablecer el imperio del derecho. En ese sentido, en el caso de una demanda no notificada, lo que significa sin litis trabada, sin emplazamiento y sin relación jurídico-procesal establecida, el simple archivo emerge como una institución de relevancia jurídica.

**DECIMOCUARTO**.- Que, en casos de perjuicio por vulneración de derechos emergería así la figura de las responsabilidades constitucionales por "funcionamiento anormal de la administración de justicia" (como lo contempla la Constitución Española en su artículo 121), mas en Chile nada parecido a ello existe explicitado en nuestro sistema constitucional, consagrándose solamente la acción de indemnización por error judicial del numeral 7° del artículo 19 de la Carta Fundamental, que nada tiene que ver con esto.

Así, en un examen comparativo, emergen diversos mecanismos para poner término a una vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas: uno de ellos será el abandono de procedimiento, pero además emergerá la rebaja de penas, la inejecución de las mismas, el indulto de carácter compensatorio, la indemnización de perjuicios, la anulación de lo obrado, entre otras (Ver, por ejemplo, Adela Asua Batarrita, Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 87-88/2010. Págs. 157-197, ISSN: 0211-9560), gran parte de lo cual no se encuentra precisamente recogido en la legislación de los Estados.

En cada área del derecho el mecanismo de garantía será diferente, en materia patrimonial el abandono del procedimiento será uno, en materia penal podrá ser la anulación de lo obrado y indemnización de perjuicios por las afectaciones de libertad personal, etc.

Así, no debe confundirse el derecho y el mecanismo de garantía, que será específico en función del tipo de proceso y la violación del derecho. De tal forma, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no es sinónimo de abandono de procedimiento, y dicho incidente especial no es, ni menos puede ser, su único y universal medio de garantía para restablecer el imperio del derecho.

**DECIMOQUINTO.**- Por otra parte, esta misma Magistratura en la STC ROL Nº 5986, a propósito de la aplicación del artículo 429 del Código del Trabajo, expresó que *"(…) la frase impugnada del artículo 429 del Código del Trabajo fue incorporada por la Ley Nº 20.087, que sustituye el procedimiento Laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, considerada esta situación desde el mensaje del Proyecto de Ley. En efecto, estableció dentro de los principios formativos del proceso el impulso procesal de oficio, respecto del cual señaló "el juez podrá decretar las pruebas que sean necesarias aun cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará aquellas que considere inconducentes. Adoptará, asimismo, las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida, no siendo aplicable en consecuencia la figura del abandono del procedimiento.*

*Todo lo cual se basa en un diagnóstico realizado que concluye que "el funcionamiento actual de la judicatura laboral adolece de innúmeros defectos que implican lentitud en sus fallos, falta de protección a los derechos sustantivos consagrados en las reformas antedichas, lo que conlleva un abandono de las partes a la instancia jurisdiccional, ante la falta de capacidad de ésta de absorber en debida forma los requerimientos a que es llamada" (Historia de la Ley Nº 20.087, Primer Informe Comisión del Trabajo, Cámara de Diputados, P. 42)"* (Considerando 6º).

De igual forma, añade que *"(…) aunque el legislador tuvo motivos atendibles para impedir o prohibir el incidente de abandono del procedimiento en los juicios de cobranza laboral y previsional, la regla procesal consagrada en el artículo 429 del Código del Trabajo, la aplicación de la misma, al menos en la gestión judicial pendiente que origina estos autos constitucionales, ocasiona distorsiones que afectan derechos fundamentales a una de las partes, lo que hace que dicho precepto legal produzca efectos contrarios a la Carta Fundamental"* (Considerando 25º).

Cabe señalar que ninguna de dichas sentencias se refiere a reglas de procedimientos de interés comunitario ni público, sino a cuestiones de relaciones laborales, es decir, de vínculos jurídicos entre particulares, con elementos de irrenunciabilidad de derechos.

**DECIMOSEXTO.**- Que, por su parte, la Excelentísima Corte Suprema ha destacado la trascendencia jurídica de esta institución procesal, al manifestar que el fundamento del abandono del procedimiento es *"impedir que el juicio se paralice en forma indefinida, con el daño consiguiente a los intereses de las partes y evita la inestabilidad de los derechos en especial la incertidumbre del derecho del demandado y la prolongación arbitraria del litigio, como consecuencia de una conducta negligente. Representa, por lo tanto, una sanción procesal para los litigantes que cesan en la prosecución del proceso omitiendo toda actividad y tiende a corregir la situación anómala que crea entre las partes la subsistencia de un juicio por largo tiempo paralizado"* (Sentencia Corte Suprema. Rol Nº 23.754-2014. C. 3).

**DECIMOSÉPTIMO.**- Por otra parte, existe jurisprudencia de larga data que se ha referido a la institución del abandono de procedimiento en el contexto de un procedimientos que no sean estrictamente civiles y en los que exista un interés público. En este sentido, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas señaló que *"El abandono del procedimiento es una sanción establecida para los juicios civiles y cuyo basamento subjetivo dice relación con el hecho que el abandono que las partes pueden hacer de un proceso es demostración de sus voluntades de dejarlo que se extinga sin que llegue a dictarse la sentencia que le ponga fin. Pero ello no puede ocurrir en procesos destinados a investigar y sancionar la comisión de faltas y contravenciones, en los que hay, además, envueltos intereses superiores de la nación. Tal como ocurre con los procedimientos establecidos en la Ley 18.892 (texto refundido en D.S. 430, D.O. 21 de enero 1992) sobre pesca y acuicultura en cuanto buscan sancionar la comisión de hechos en ella establecidos (…)"* (Sentencia Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Rol 7.212-1993). Es decir, no debe perderse de vista que, en materias que contienen intereses públicos involucrados, a diferencia de los procesos civiles entre particulares, no concurre

la justificación del abandono, pues no se ventilan intereses de tipo privado y eminentemente disponibles.

**DECIMOCTAVO**.- Resulta imposible a esta Magistratura desconocer el carácter especial del procedimiento de la contienda que da origen a la presentación del requirente, pues esta norma no sólo resguarda el interés público que existe tras la acción deducida, siendo concordante con la naturaleza y principios que informan estos procedimientos.

**DECIMONOVENO**.- Que, en conclusión, en el caso concreto la interdicción del abandono de procedimiento tiene fundamento razonable y que, en la especie, no concurre vulneración a la constitución por la aplicación del precepto impugnado, motivos por los cuales el requerimiento debe ser rechazado.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

[…]

**SENTENCIA ROL 7708-2019.** *Publicada el 9 de julio de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 20, inciso segundo, de la Ley Nº 16.741. Adolfo Depolo Cabrera, Juez Titular del Segundo Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción. En los autos caratulados "Corporación de Servicios Habitacionales con Heimpell Valdés, Eduardo", sobre juicio de reclamación por loteo irregular, seguido ante el sSgundo Juzgado de Letras en lo Civil de Concepción bajo el Rol C-35.682-1983.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO y NELSON POZO SILVA, de la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por <u>rechazar</u>** el requerimiento, por las siguientes razones:

## I. ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROPIEDAD EN CHILE.

**1°.-** Que, desde la década de los sesenta en el siglo XX, Chile, al igual que otros países latinoamericanos, estuvo sujeto a una fuerte presión de ocupaciones y loteos irregulares, en tanto se desarrollaba la migración campo ciudad y además el valor de la vivienda se encarecía, marco en el cual las denominadas "tomas" de terrenos, ocupaciones de hecho de los mismos, no solo comenzaban a ser efectuadas en propiedades periféricas, sino que en terrenos más centrales y de mayor valor, a lo cual se debe sumar que la especulación inmobiliaria también llegó a esta problemática por la vía de los llamados loteos irregulares.

**2°.-** Que, no siendo esta sentencia un medio para enjuiciar la política habitacional del Estado de Chile, se constata que desde hace más de medio siglo e se han desarrollado y profundizado los programas habitacionales, tendientes, por una parte, a regularizar la situación de los predios ocupados y, por otra a generar un mayor acceso a viviendas a las familias más vulnerables (ver en este sentido Bustos Peñafiel, Mónica. Unidad vecinal portales, población Santa Adriana, barrio las viñitas. Tres miradas de intervención urbana: estrategias comparadas de recuperación urbana en tres barrios críticos de Santiago de Chile. Cuaderno urbano. Espacio, Cultura, Sociedad, Vol. 8, núm. 8, octubre, 2009, p. 99), resaltando el rol del Estado y la importancia de la propiedad sobre la vivienda en una sociedad democrática preocupada por la mayor satisfacción de los derechos de sus habitantes.

**3°.-** Que, la regularización de la urbanización y la propiedad sobre los es un elemento determinante para asegurar las condiciones de desarrollo de la vivienda social, sobre todo en sectores donde se han consolidado barrios y familias por más de una generación, como es en el caso de autos. Así, la urbanización y la regularización no solo consolidan un derecho y permite el acceso a servicios básicos, sino que transforma el inmueble en un verdadero capital, elemento trascendental para mejorar las condiciones de las familias más vulnerables y disminuir las brechas sociales existentes (ver en este sentido ver a Ducci, María Elena. Chile: el lado obscuro de una política de vivienda exitosa. Revista eure (Vol. XXIII, Nº 69), 1997, pp. 99-115).

**4°.-** Que, los llamados "loteos irregulares", o vulgarmente adjetivados como "brujos", son subdivisiones de terrenos facto y sin cumplir los presupuestos legales, que operan por la vía de ventas de derechos de grandes terrenos no urbanizados, muchas veces bajo instrumentos privados, sin que se cuente con un permiso provisorio ni definitivo de la Municipalidad correspondiente, ni menos el resto de los procedimientos administrativos necesarios. En estos terrenos la venta de derechos se suele pactar son una determinación de espacio en el que "se ejercerán los derechos" de la cuota que se señala comprar, lo cual a veces se asocia a un plano, que tampoco cumple con las exigencias de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, ni menos con la normativa comunal. En estos loteos irregulares no existen delimitaciones claras de calles –si es que jurídicamente son calificables de tales-, tampoco cumplimiento de normativa sobre espacios públicos ni tampoco acceso a servicios básicos calificables como mínimo estándar de condiciones de vida en lo sanitario y doméstico, como lo son alcantarillado, agua potable, gas y electricidad.

**5°.-** Cabe señalar que los "loteos irregulares" constituirán desde antaño un negocio ilegítimo, pues el terreno no está loteado ni subdividido, constituyendo una forma de eludir a sabiendas la normativa imperativa al respecto, vendiendo como terreno individual aquello que no lo es, con consecuencias usuales de engaño, imposibilidad de edificar y de acceder a servicios básicos. Además, en clave económica, reportaban una utilidad al vendedor de estos pretendidos y aparentes "sitios", pero sin pagar los costos asociados a la subdivisión y loteo, que después tenían que ser asumidos por las víctimas de tal irregular práctica: los pobladores en situación de extrema pobreza o incluso de marginalidad. Debe repararse así que se invierte la lógica necesaria de todo negocio lícito en una economía de mercado: en este caso se genera utilidad a partir de "lotear" fuera de la ley y vender, sin pagar los costos del negocio, pero percibiendo la utilidad. Los costos serán asumidos por el comprador y a posteriori -muchas veces sin saber que serán de su cargo- quién además queda en situación irregular y sin acceso a servicios básicos.

**6°.-** Que, así, el fenómeno de los "loteos irregulares" es conceptualizable como verdaderas subdivisiones aparentes o, de hecho, extra legem y contra legem, que se transformarán en una práctica tanto dentro como fuera de los límites urbanos. A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, el fenómeno de la migración desde el campo a las grandes urbes del país, entre otros, darán

lugar la formación de poblaciones marginales en la periferia de las ciudades, muchas de las cuales nacerán desde las llamadas "tomas" (ocupaciones ilegales de terrenos) o mediante negocios al margen de la ley, consistentes en la venta a módico precio de "sitios", que en realidad no son tales, sino solo derechos como ya se viera, sin urbanizar y sin cumplir los presupuestos de legalidad ni de división, ni de urbanización ni de compraventa, lo cual generará como consecuencia la creación de verdaderos bolsones de extrema pobreza y marginalidad. El negocio de la venta de estos "aparentes sitios" merece especial atención, pues se realizaba por los propietarios de grandes sitios que no tenían alto valor comercial o que por motivos de uso de suelo no tenían mayor demanda en el mercado inmobiliario, o bien el negocio se realizaba por intermediarios, a sabiendas de la irregularidad del mismo, siendo sus contrapartes pobladores de escasos recursos, en un Chile en el cual la alfabetización y la educación no eran bienes de acceso universal, usualmente mediando engaño u ocultación acerca de los caracteres jurídicos de la operación y de las aptitudes o carencia de aptitudes del terreno, con todas las consecuencias jurídicas posteriores: impedimento de acceder a títulos de propiedad, viviendas precarias en situación irregular y falta de acceso a servicios básicos, con condiciones de vida e higiene infra humanas. Así, en dicho contexto surge la Población Santa Alicia en los cerros de Dichato, que será declarada entonces en situación irregular.

**7°.-** Que, frente a dicha problemática surgirá la necesidad jurídica de asumir como un hecho la existencia de los asentamientos surgidos de forma irregular, frente a lo cual surgirán los planes y programas de regularización, que poseen como objetivos integrar el hábitat irregular a la ciudad formal, aliviar la pobreza y reducir la violencia y exclusión social urbana. En este contexto, la regularización se configura como un elemento que permite a su población participar del proceso, otorga seguridad jurídica, reconocimiento de sus derechos, valorización de sus inversiones y la posibilidad de incorporar al mercado formal el suelo y la vivienda (en este sentido revisar a Clichevsky, Nora. Informalidad y segregación urbana en América Latina. Una aproximación. Naciones Unidas, año 2000, p. 31).

**8°.-** En este sentido, no debe perderse la perspectiva constitucional de la temática, pues en dicha clave la regularización y la urbanización como objetivos legislativos y de la actividad del Estado no son más que un paso y una forma en el cumplimiento del deber estatal de propender a la integración armónica de los diversos sectores de la sociedad (artículo 1° de la Carta Fundamental), en este caso, de los más marginados y por ende más necesitados.

## II. MARCO JURÍDICO APLICABLE AL CASO CONCRETO

**9°.-** Que, la Ley N° 16.741, que establece normas para saneamiento de los Títulos de dominio y urbanización de poblaciones en situación irregular, publicada en el Diario Oficial con fecha 08 de abril del año 1968, es dictada frente a diversas realidades: (A) el déficit habitacional en condiciones de extrema pobreza, (B) el desbordado fenómenos de las tomas que ya no era susceptible de ser reprimido ni ignorado, (C) además el ilegítimo negocio de los loteos irregulares generaba las mismas problemáticas que las tomas de terreno en lo referido a títulos y urbanización. De tal forma, la decisión legislativa no fue otra que tender a que este verdadero surgimiento de facto, extra legem y contra legem de asentamientos humanos de miles de personas, debía ser canalizado por la vía del derecho, siendo urbanizados y reconducidos hacia la regularidad, en la medida que el estándar mínimo de las condiciones de vida de seres humanos estaba involucrado por la vía de la imposibilidad de acceder a los servicios básicos y la urbanización.

**10°.-** Que, el Mensaje de esta ley, de 16 de febrero de 1967, expresa entre sus objetivos el otorgar títulos de dominio y urbanizar poblaciones irregulares, atendida la existencia de infinidad de ellas, que en la época estaban desprovistas de las condiciones de urbanización mínimas exigidas por la normativa vigente, existiendo además otro gran impedimento, cuál era la imposibilidad de los pobladores de acceder a recursos para poder urbanizar y así obtener a títulos y condiciones de

servicios básicos mínimas. Así, el Estado, por medio de esta ley, asumió un rol en la superación de estas prácticas, a lo que se sumó el establecimiento del delito penal de loteos irregulares mediante la dictación de la ley N° 16.742, no siendo baladí el número de la ley, pues es el siguiente a la que motiva esta sentencia. Es del caso mencionar que dicha figura delictiva que hoy se encuentra recogida en el artículo 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y está plenamente vigente:

*"Será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el propietario, loteador o urbanizador que realice cualquiera clase de actos o contratos que tengan por finalidad última o inmediata la transferencia del dominio, tales como ventas, promesas de venta, reservas de sitios, adjudicaciones en lote o constitución de comunidades o sociedades tendientes a la formación de nuevas poblaciones, en contravención a lo dispuesto en el presente párrafo".*

**11°.-** Así, además de criminalizarse la actividad de loteo irregular, las disposiciones de la Ley N° 16.741 facultaron al Presidente de la República para efectuar la declaración de loteo en situación irregular, mediante Decreto Supremo dictado a través del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (artículo 2, de la Ley Nº 16.741), y entre de los factores a considerar estarán:

» Que, no estén ejecutadas o que no estén garantizadas las obras de urbanización;

» Que, habiéndose constituido garantías para ellas, sean insuficientes;

» Que, las obras no se ejecuten dentro de plazo;

» Que, no exista plazo para ejecutarlas;

» Que, transcurran más de dos años desde la constitución de la garantía y no se cumpla con ejecutarlas;

» Que, ejecutadas o garantizadas el propietario o el loteador no realice la transferencia del dominio.

Además, estableció la ley un procedimiento especial que tiene los siguientes objetivos principales (artículo 5 de la Ley Nº 16.741):

a. Conferir título de dominio definitivo y conforme a derecho en favor de los pobladores afectados.

b. Ejecutar, por cuenta de quién sea el responsable, las obras correspondientes de urbanización del respectivo loteo irregular.

Debe repararse que, para el logro de dichos fines, el primer problema que se debe enfrentar es identificar el loteo irregular, lo que exige definiciones, hipótesis de hecho y exclusiones que la propia ley contempla. Por otro lado, se requiere identificar al loteador y al propietario responsable, distinguiendo el loteo irregular de una toma o de una cesión gratuita de terreno, y sin que la ley pueda ser eludida por la vía de invocar alguna de esas figuras.

**12°.-** Que, posteriormente, la ley pone así especial énfasis en que las obras serán de cargo de quien loteó irregularmente (artículo 6 de la Ley Nº 16.741), estableciendo medidas compulsivas en la materia, como embargos y realización de bienes, lo cual viene además a restablecer el obvio y necesario equilibrio económico de un negocio como el inmobiliario: quien accede a la utilidad debe pagar los costos del negocio que se la reporta, pues parte de la trama del loteo irregular era no urbanizar y que después lo hicieran los pobladores afectados su propia costa, quienes encontrándose extrema pobreza y muchas veces en marginalidad nunca podrían hacerlo, de la misma forma que no tuvieron recursos ni medios para poder pagar un estudio de título ni menos la asesoría de abogado para evitar ser víctima de un loteo irregular.

En ese entorno, la Ley N° 16.741 entrega la representación de los intereses de los pobladores afectados a un órgano administrativo, que actualmente es el Servicio de Vivienda y Urbanismo. Debe tomarse nota entonces que el interés procesal ventilado en este proceso es el acceso a títulos de propiedad por parte de los pobladores, para lo cual se requiere previamente urbanizar. Es decir, los pobladores no son parte directa en el juicio y su derecho es reclamado en el proceso por un órgano de la Administración, que no litiga por un interés propio ni menos por el resguardo de sus propias potestades, sino en una forma de representación legal, por el derecho a la urbanización y al título de los pobladores, que no son potestades públicas y cuyos titulares no órganos de la administración, sino un grupo específico de administrados. Ello resultará particularmente relevante al momento de determinar si los intereses ventilados en este proceso son o no disponibles por las partes litigantes, lo cual es esencial para determinar si es o no justificado el impedimento del abandono del procedimiento que establece el precepto cuestionado.

## III. DEL ABANDONO DE PROCEDIMIENTO EN EL CASO CONCRETO.

**13°.-** Que, el procedimiento establecido por esta ley tiene caracteres específicos y sui generis, no se aviene íntegramente con el proceso declarativo ni tampoco con el proceso ejecutivo, y en dicho entendimiento su regulación obedece a normas especiales en diversas materias: las partes, las medidas cautelares, sus cuadernos de tramitación, el abandono del procedimiento, etc.

Así, es el SERVIU y no los pobladores la parte que litiga, asegurando de esta forma la bilateralidad dentro del proceso y enfrentando una igualdad de armas que más allá de lo formal era inexistente entre el loteador y los pobladores, garantizando por esa vía el estándar mínimo de acceso a la justicia; asimismo, es importante señalar que el SERVIU es el órgano facultado para implementar los procesos de urbanización.

Por otra parte, cabe hacer presente que el proceso se tramitará en a lo menos 3 cuadernos con objeto especial cada uno: el declarativo, el de administración y el de verificación. Pasa a ser así un juicio de interés público y en el cual los afectados por sus efectos son miles de terceros, representados por un órgano del Estado, por lo cual no analizable bajo los cánones usuales y propios de un juicio civil ordinario que es disponible por sus partes.

El actuar del SERVIU en el proceso pasa a tener una doble dimensión, pues además de ser un conjunto de actos procesales no deja de ser actividad de un servicio público sometido a la ley, en el marco de la satisfacción de una necesidad pública: la urbanización y el acceso a servicios básicos, que se vio amagado por el negocio ilegítimo de los loteos irregulares, que además, como ya se señalara, pervierte la lógica del proceso económico: si para lotear y vender se debe previamente urbanizar, en loteos irregulares se vende sin hacer ello, el vendedor percibe la utilidad y los costos del negocio los asumirá a posteriori el comprador, lo cual genera como reacción legislativa que en estos juicios la urbanización será de cargo del vendedor, y sus herederos, aún mediante realización judicial de bienes, para lo cual se decretan medidas precautorias en el proceso.

Que, se ha alegado en el presente proceso que sería parte del efecto inconstitucional el someter a medidas precautorias un patrimonio completo, impidiendo su disposición durante más de 40 años. En principio, es innegable que dicha situación es calificable de anómala a primera vista. En segundo término, ello debe analizarse a la luz de los estándares de garantía del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

**14°.-** Que, la Constitución al asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a defensa jurídica y el derecho al proceso previo legalmente tramitado vino a determinar que, prohibida la autotutela al institucionalizarse la convivencia pacífica, la heterocomposición mediante el proceso jurisdiccional pasará a ser un medio ordinario de resolución de conflictos.

**15°.-** Que, así, el proceso se posicionará como el principal objeto de la función jurisdiccional, que pasará a ser de titularidad del poder estatal. A la vez, el proceso será un derecho, ya que, al estar prohibida la autotutela, el Estado debe garantizar medios eficaces y accesibles para la resolución pacífica de conflictos. De esa forma, el proceso cumplirá dicha función, que en el marco de un Estado de Derecho significará la consagración del derecho a la acción y además que, de ordinario, el proceso deberá concluir con una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del conflicto, fundada en derecho, sobre la base de la litis trabada y los hechos acreditados en el desarrollo de la contienda. De esta forma, el proceso judicial plantea un estadio superior al discurso jurídico, al tener que acotar una solución que, aunque se plantea como idealmente alcanzable, significa un desafío al sentenciador, pues este siempre deberá ajustar su razonamiento, restringiendo su propia idea de justicia, a lo mandatado por el sistema de fuentes del derecho vigente.

**16°.-** Que, uno de los estándares de validez del proceso será el principio de legalidad procedimental: siendo la jurisdicción un poder estatal, es por esencia limitado, y a propósito de ello el proceso será válido en la medida que su sustanciación se desarrolle dentro del procedimiento que el legislador ha dispuesto. Ello en consonancia con la función de garantía de los derechos, debe tenerse presente junto su configuración como límite al poder y direccionamiento para su ejercicio (En este sentido, Ferrajoli, L. (2009). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. En L. Ferrajoli, J.J Moreso, y M. Atienza. La teoría del derecho en el paradigma constitucional. (2a ed.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo).

**17°.-** Que, de igual forma, en esta dimensión el proceso pareciera no ser un fin en sí mismo, sino que un medio de resolución de conflictos, y así una relación jurídico-procesal será por definición limitada en el tiempo, por el lapso de tiempo que dure la tramitación del proceso, que implicará en sí, dedicación de tiempo, atención y eventualmente afectación transitoria de derechos por la imposición de cargas, medidas cautelares, el transcurso de plazos, etc. Siendo por definición transitoria la relación procesal, y siendo su finalidad resolver un conflicto, será anómalo que los procesos se eternicen, y por ello uno de los elementos del debido proceso es el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, lo cual tendrá diferentes significaciones según la materia: por ejemplo en el área penal o en el área civil, dependiendo de la entidad de la afectación de derechos que el proceso significa y del tiempo razonablemente necesario para tramitarlo y resolverlo en función de su mérito y complejidad.

**18°.-** Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha quedado fuera de este debate, a propósito del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, señalando a este respecto que *"que es el Estado, a través de sus autoridades judiciales, quien debe conducir el proceso. Al respecto, conforme la legislación procesal civil aplicable al presente caso, el juez tiene el deber de dirigir el procedimiento, manteniendo la igualdad de las partes en el proceso, vigilando que la tramitación de la causa procure la mayor economía procesal y evitando la paralización del proceso. Sin embargo, la Corte constata que han existido varios periodos de inactividad en el proceso civil que son enteramente atribuibles a las autoridades judiciales. Asimismo, existió una falta de debida diligencia por parte de las autoridades que no es cuantificable en una demora específica de tiempo, pero que sin duda contribuyó a la dilación en el procedimiento. La Corte advierte que los constantes recursos interpuestos por las partes del proceso pueden generar cierta confusión en su tramitación, no obstante, al ser el juez el director del proceso, debe asegurar la tramitación correcta de los mismo (…)"* (Corte IDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265. Parágrafo 176). Cabe notar que, si bien ello está señalado respecto del proceso civil, el rol de director del proceso cobra mayor relevancia en juicios de interés público, en los cuales entonces el impulso procesal no será de parte y los bienes jurídicos involucrados no serán disponibles por los litigantes.

**19°.-** Que, se concluye entonces que en el presente proceso los afectados por las resultas, y la eventual declaración de abandono, son los pobladores, que no comparecen en el proceso, ni son oídos de manera directa, sino que son representados legalmente por el SERVIU, como ya se viera. En este sentido, resulta evidente que dicho órgano administrativo, en tanto parte, no puede disponer libre y privadamente del proceso, como lo haría por ejemplo al allanarse o al no formular oposición a un incidente de abandono, pues las consecuencias de sus actos procesales o del incumplimiento de sus cargas lo soportarán los pobladores en definitiva y no dicho órgano administrativo. Por otra parte, si el legislador lo permitiera, estaría abriendo una puerta para privar a los pobladores de la tutela judicial de sus intereses sin oírlos en los términos del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

**20°.-** Que, las consecuencias jurídicas que produce el abandono de procedimiento, en el procedimiento y en los demás actos del proceso, permiten distinguir efectos procesales y civiles de la Institución. En efecto, se señala *"Que el abandono del procedimiento produce efectos formales, procesales y de fondo de carácter civil. Desde luego, las consecuencias procesales causados por la sentencia firme que declara abandonado el procedimiento es el inmediato de hacer perder a las partes el derecho a continuar el procedimiento, el cual desaparece totalmente con el efecto mediato de no poder hacerlo valer en un nuevo juicio. Los efectos de carácter civil que esta situación procesal produce son: que no se extinguen las acciones que el actor dedujo en el juicio cuyo procedimiento se declaró abandonado, ni tampoco las excepciones opuestas por el demandado; el que subsisten los actos y contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos, y que no se interrumpe la prescripción por la notificación de la demanda practicada en un procedimiento declarado abandonado, siendo este efecto consecuencia lógica de haber desaparecido todo el procedimiento y extinguido por tanto el juicio (…)"* (Gaceta Jurídica N°196/Octubre/1996. (p. 79)). Cabe señalar que la especial situación de los pobladores en este juicio permite señalar que a pesar de la representación legal estos efectos no pueden ser traspasados a terceros cuyos intereses están representados por un Órgano de la Administración del Estado, pues implicaría afectarlos en un tribunal sin ser oídos en los hechos.

**21°.-** Que, no debe olvidarse que la diversidad de materias y tipos de conflictos derivados de las relaciones jurídicas determinan que el legislador esté dotado de una amplia capacidad regulatoria para configurar los procedimientos según las necesidades y caracteres de las diferentes áreas del sistema de fuentes (derechos de familia, del trabajo, civil, del consumidor, penal, etc.). Así, los procedimientos se estructurarán en base a los denominados principios informadores, de los cuales derivarán reglas específicas que los configuren.

**22°.-** Que, el procedimiento civil, al referirse a derechos e intereses de la órbita del derecho privado, de orden generalmente patrimonial, referidos a relaciones entre particulares y esencialmente disponibles mientras no se afecte el orden público, aparece regido por ciertos principios informadores afines a esa naturaleza. Uno de ellos es que el impulso procesal es de parte y no de oficio por el tribunal, de lo cual deriva que la carga de abogar por el curso progresivo y el avance de la tramitación del proceso es de las partes, estando vedado al tribunal impulsar procesos de oficio. En ese orden, no es infrecuente que los procesos civiles se paralicen sin concluir, entre otras razones, porque cesó la actividad de parte antes de la dictación de la sentencia, en específico la del demandante, quién –se supone- es el interesado en la dictación de la sentencia que se pronuncie sobre su pretensión. Es del caso resaltar que siendo el proceso civil generalmente declarativo o constitutivo, más que las partes en su totalidad, el interesado en su pronta conclusión es el demandante, para que se declare o acoja su pretensión, de lo cual deriva que en realidad la carga del impulso procesal es primariamente suya y no necesariamente de las otras partes (sin perjuicio de que el demandado también lo tenga por ejemplo, por una condena en costas del rechazo o por haber ejercido una acción reconvencional).

**23°.-** Que, además, en el presente proceso, debe considerarse que, si bien se tramita ante Tribunales Civiles, litiga un órgano de la Administración contra privados, a raíz de una declaración de

irregularidad urbanística contenida en un Decreto Supremo. Es decir, no estamos en presencia de un proceso civil en el sentido estricto, sino en presencia de una cuestión contencioso administrativa, que tiene otra particularidad: el SERVIU es el sujeto activo del proceso, y litiga por un interés que no es propio sino ajeno: de titularidad de los pobladores, quienes además de ver involucrado el derecho de acceso a títulos de propiedad y servicios básicos tienen un verdadero interés legítimo -que da cuenta de la posición jurídica subjetiva de estos- (Acerca del concepto de interés legítimo a estos efectos, ver Bordalí Salamanca, Andrés. (2018). Interés legítimo e interés para recurrir en el contencioso administrativo ambiental chileno. Revista de derecho (Valparaíso), (51), 69-94. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512018005000201), pero donde el Estado, representado por el SERVIU, actúa como garante de un interés legítimo de tipo pretensivo, que debe entenderse bajo la lógica de la aplicación de normas de Orden Público, que redundan en un interés público al que se subsume el privado.

Como corolario, cabe señalar que el cumplimiento de la normativa urbanística es de interés público, sus deberes y cargas obedecen a la concreción de la función social de la propiedad y es un límite a este derecho, todo ello de conformidad con lo establecido en el numeral 24° del artículo 19 de la Constitución. De forma tal, la conclusión el proceso de la gestión invocada no es de aquellos referidos a intereses privados.

**24°.-** Que, adicionalmente, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, como ya se señalara, no es cuantificable en base a la medición abstracta de plazos fijos, sino que dependerá de una serie de factores. Además, no todas las demoras serán "dilaciones" y no todas ellas serán "indebidas". En efecto, al aludir a "dilaciones indebidas" se denota una demora de tipo extraordinaria, es decir que está fuera del orden, de manera tal que no debía producirse, siendo por ende excepcional e injustificada, en una situación de anormalidad procesal. Así, para examinar si este derecho ha sido o no vulnerado, deben tenerse presente un conjunto de elementos, dentro de ellos indudablemente:

» Los caracteres y complejidad del asunto, tanto en abstracto como en el caso concreto. Ello implica analizar la materia del proceso, por ejemplo, en asuntos penales este derecho tendrá mayor intensidad y el escrutinio será más estricto porque la afectación de derechos que el proceso implica es mayor, pudiendo llegar a la prisión preventiva. En concreto, la complejización de un proceso específico puede venir dada por los caracteres y latitud de alegaciones o defensas, cuestiones probatorias, de discusión de excepciones, recursivas e incidentales, entre otras, que se formulen en específico, todas las cuales están contempladas dentro de la norma de procedimiento, y significarán que el proceso demore más que si no las tuviera, sobre todo si existen incidencias de nulidad u otras que sean calificadas como de previo y especial pronunciamiento, o recursos con efecto suspensivo. Así, por ejemplo, el efecto suspensivo de recursos, la suspensión por cuestiones de previo y especial pronunciamiento interpuestos, ya mencionadas, no serán constitutivos de una dilación indebida, pues son parte de los efectos normales y previstos por la legislación procesal y por ende constituyen parte de la normalidad y previsibilidad del proceso a la luz de la preexistente legalidad procedimental.

» La conducta y actividad procesal del propio reclamante de la pretendida vulneración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. En efecto, si el proceso ha demorado más de lo previsto por ser el propio reclamante quién ha generado las demoras o las dilaciones a través de su actividad procesal no se estará en presencia de una vulneración de derechos, sino de un profuso e intenso ejercicio del derecho a defensa, que no puede pasar a ser caratulado de irregular a efectos de eludir las resultas del proceso por el mismo sujeto que lo ejerció, lo cual constituiría reconocer la potestad de crear mecanismos para burlar voluntariamente los efectos de la relación procesal cuando sus resultan no sean beneficiosas.

» La eventual lentitud extraordinaria del obrar de los órganos estatales involucrados y el motivo que tenga. Este factor es más delicado de evaluar, pues la saturación del sistema judicial y las demoras estructurales son una constante en el mundo en las últimas décadas, lo que no necesariamente significará la normalización de a demora. Las circunstancias particulares del proceso, a su vez, pueden llevar a examinar si la conducta estatal fue de o no de mera e injustificada inacción, si tal inacción ocurrió solo respecto de ese proceso o fue generalizada en la materia. Se deberá determinar si se tomaron o no acciones remediales con los medios y recursos disponibles y si el proceso en cuestión tuvo o no una demora superior a la estructural y general del sistema judicial en esa época. Adicionalmente, podrá discutirse si una demora estructural y general es o no una vulneración masiva de este derecho si es desmedida o si no se enfrentó, pero ello requerirá siempre un análisis en el caso específico que corresponderá al Juez de fondo al examinar si el proceso se ha tornado inválido tras mutar de una forma de resolución de conflictos a una vulneración al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. Es aquí donde resulta relevante la lectura de los antecedentes revelados por la medida para mejor resolver, pues, a pesar de todo, el avance de la regularización del loteo y la urbanización han sido efectivos, hasta llegar a la recepción provisoria, debiendo contextualizarse ello por la cantidad de miles de hogares y además por la resistencia de los herederos del loteador, que se habrían opuesto en el proceso desde sus inicios.

**25°.-** Que, por otro lado, el determinar cuáles serían los mecanismos de garantía y el remedio para restablecer el imperio del derecho frente a la existencia de violaciones a derechos humanos por juicios con dilaciones indebidas no es un tema pacífico ni uniforme. Si los elementos de la tutela judicial efectiva son presupuestos de validez de un proceso, en este caso se encuentra la excepción: la anulación de lo obrado puede llegar a dejar sin tutela judicial a las partes del proceso. Si el juicio es inválido la consecuencia lógica sería la repetición del mismo, lo cual es acrecentar la duración del juicio cuando lo reclamado es justamente su extensión. Así, enfrentados a esa paradoja, podrán ser otras las garantías para restablecer el imperio del derecho.

Emerge así, entre otra garantía posibles, la figura de las responsabilidades constitucionales por "funcionamiento anormal de la administración de justicia" (como lo contempla la Constitución Española en su artículo 121), mas en Chile nada parecido a ello existe, sino que solamente se consagra la acción de indemnización por error judicial del numeral 7° del artículo 19 de la Carta Fundamental, que nada tiene que ver con esto.

Así, en un examen comparativo, emergen diversos mecanismos para poner término a una vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas: uno de ellos será el abandono de procedimiento, pero además emergerá la rebaja de penas, la inejecución de las mismas, el indulto de carácter compensatorio, la indemnización de perjuicios, la anulación de lo obrado, entre otras (Ver, por ejemplo, Adela Asua Batarrita, Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 87-88/2010. Págs. 157-197, ISSN: 0211-9560), gran parte de lo cual no se encuentra precisamente recogido en la legislación de los Estados, incluyendo al nuestro.

En cada área del derecho el mecanismo de garantía será diferente, en materia patrimonial el abandono del procedimiento será uno, en materia penal podrá ser la anulación de lo obrado e indemnización de perjuicios por las afectaciones de libertad personal, etc.

Así, no debe confundirse el derecho y el mecanismo de garantía, que será específico en función del tipo de proceso y la violación del derecho. De tal forma, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no es sinónimo de abandono de procedimiento, y dicho incidente especial no es, ni menos puede ser, su único y universal medio de garantía para restablecer el imperio del derecho.

**26°.-** Que, en el caso sub lite, si el proceso tiene por finalidad el obtener urbanización y títulos de dominio, los afectados por el tiempo de duración del juicio son en primer lugar los pobladores, como ya se viera, pues son ellos los titulares de los bienes jurídicos respecto de los cuales se ejerce actividad jurisdiccional para tutela y son ellos los que no han podido acceder al título de propiedad y a las condiciones de vida mínimas de cualquier persona en su hogar. Es por ello, que una declaratoria de abandono de procedimiento les afecta en primer lugar y con mayor intensidad, pues se le pone término anticipado a un proceso sin que se cumpla su finalidad, y por ende sin tutela judicial efectiva del derecho a urbanización, servicios básicos y título de propiedad. Es decir, en lugar de restablecer el imperio del derecho, el abandono de procedimiento dejaría a los pobladores en situación de indefensión frente a la irregular actividad del loteador, que de esa forma eludiría sus responsabilidades legales que durante más de 40 años él y sus herederos se han negado a solventar, ya que por la vía del abandono, si bien no se extingue la acción, es evidente que su interposición al año 2020 carece de viabilidad al haber operado de manera manifiesta todos los plazos de prescripción imaginables.

A este respecto, debe tenerse presente que parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva son el derecho a la dictación de una sentencia fundada en derecho que se pronuncie sobre el fondo del conflicto planteado y también el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, todo lo cual se verá amagado respecto del proceso para urbanizar, acceder a servicios básicos y tener título de propiedad, en perjuicio de los pobladores, lo cual ocurrirá por actividad o inactividad procesal que no les es propia, sino del SERVIU, lo cual además no les es imputable a los pobladores afectados.

**27°.-** Por otro lado, si se examina el caso concreto, en la medida para mejor resolver tras la vista de la causa se observa que no hay inactividad: se está en presencia de un loteo irregular de miles de hogares afectados y se constata que la urbanización y la regularización han avanzado notoriamente, encontrándose en sus etapas finales, dándose cuenta de la entidad de las obras y de la dificultad que ha acarreado la ejecución de las mismas. Se da cuenta de haber recepción provisoria de la regularización, y de restar solamente las últimas etapas y la realización de los bienes sujetos a medidas precautorias.

**28°.-** Que, sin haberse remitido las piezas principales de la gestión invocada resulta imposible examinar en detalle la actividad procesal de quien reclama el abandono de procedimiento como elemento de juicio de la vulneración al derecho al juicio sin dilaciones indebidas, lo cual además impide dar por establecida sin más la duración del proceso completo como dilación indebida. Sin perjuicio de ello, es un hecho afirmado reiteradamente en el proceso –incluido en estrados- y no controvertido que la comunidad heredera del loteador se ha defendido con intensidad y que ha incidentado reiteradamente a lo largo del juicio, lo cual también es parte del total de tiempo de la duración del proceso.

**29°.-** Que, este Tribunal no se ha pronunciado con anterioridad específicamente del precepto invocado en el caso concreto, esto es, respecto de la improcedencia del abandono del procedimiento en relación a los juicios de la Ley N° 16.741. Sin embargo, si se ha pronunciado respecto de la Institución del "abandono de procedimiento", existiendo sentencias que acogen y rechazan las presentaciones respecto de normas que lo limitan, conforme a las siguientes consideraciones (se citarán, acogiendo, las STC Roles N°s 7400, 6879, 6469, 6167, 6166, 5822, 5152 y 5151. A su vez, la sentencia Rol N° 5986, rechazó por empate). Entre ellas, cabe mencionar la ROL Nº 5151-2019, referida en esta parte a la parte final del inciso primero del artículo 429 del Código del Trabajo, se señaló que *"(…) el precepto legal en cuestión impide al demandado la posibilidad de oponer el instituto regular del derecho procesal en general del abandono del procedimiento en el supuesto abstracto que corresponde al tribunal dar los impulsos correspondientes a fin de evitar la paralización del proceso y su prolongación indebida, decisión legislativa excepcional que demuestra en la práctica, que permite una paralización que puede ser abusiva y con consecuencias injustas para la parte demandada. De este modo, resulta evidente que la excepción introducida por el legislador en el artículo 429 respecto*

*del abandono del procedimiento, al no impedir las dilaciones abusivas por las partes y el juzgamiento en plazos razonables a fin de dar certeza y seguridad jurídica, vulnera el principio constitucional de igualdad y no discriminación arbitraria y la esencia del derecho a una igual protección en el ejercicio de los derechos, consistente en establecer las garantías de un justo y racional procedimiento, permitiendo el abuso del derecho, todos ellos consagrados en los numerales 2 y 3 del artículo 19, así como en su numeral 26" (Considerando vigésimo).*

*"(…) si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos puedan resultar de tales regulaciones encuentren regulación en el logro de fines constitucionalmente legítimos y sean –las mismas restricciones– proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar (STC Rol 1046, C. 22). En tal sentido, la restricción legal contenida en el artículo 429 del Código del Trabajo y que en esta oportunidad se cuestiona, no satisface este estándar, motivo por el cual forzoso resulta concluir que su aplicación al caso concreto resulta contraria a la Constitución y a la observancia de las garantías de la parte requerida"* (Considerando vigésimo primero).

**30°.-** Por otra parte, esta misma Magistratura en la STC ROL Nº 5986, a propósito de la aplicación del artículo 429 del Código del Trabajo, ha expresado que *"(…) la frase impugnada del artículo 429 del Código del Trabajo fue incorporada por la Ley Nº 20.087, que sustituye el procedimiento Laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, considerada esta situación desde el mensaje del Proyecto de Ley. En efecto, estableció dentro de los principios formativos del proceso el impulso procesal de oficio, respecto del cual señaló "el juez podrá decretar las pruebas que sean necesarias aun cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará aquellas que considere inconducentes. Adoptará, asimismo, las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida, no siendo aplicable en consecuencia la figura del abandono del procedimiento.*

*Todo lo cual se basa en un diagnóstico realizado que concluye que "el funcionamiento actual de la judicatura laboral adolece de innúmeros defectos que implican lentitud en sus fallos, falta de protección a los derechos sustantivos consagrados en las reformas antedichas, lo que conlleva un abandono de las partes a la instancia jurisdiccional, ante la falta de capacidad de ésta de absorber en debida forma los requerimientos a que es llamada" (Historia de la Ley Nº 20.087, Primer Informe Comisión del Trabajo, Cámara de Diputados, P. 42)" (Considerando 6º).*

*De igual forma, añade que "(…) aunque el legislador tuvo motivos atendibles para impedir o prohibir el incidente de abandono del procedimiento en los juicios de cobranza laboral y previsional, la regla procesal consagrada en el artículo 429 del Código del Trabajo, la aplicación de la misma, al menos en la gestión judicial pendiente que origina estos autos constitucionales, ocasiona distorsiones que afectan derechos fundamentales a una de las partes, lo que hace que dicho precepto legal produzca efectos contrarios a la Carta Fundamental"* (Considerando 25º).

Cabe señalar que ninguna de dichas sentencias se refiere a reglas de procedimientos de interés comunitario ni público, menos contencioso administrativo, sino a cuestiones de relaciones laborales, es decir, de vínculos jurídicos generalmente individuales y entre particulares, pero en las que, por haber algún elemento de orden público, irrenunciabilidad o de seguridad social se determinó regla especial de abandono de procedimiento, después de años de debate y divergencias jurisprudenciales.

**31°.-** Que, por su parte, la Excelentísima Corte Suprema ha destacado la trascendencia jurídica de esta institución procesal, al manifestar que el fundamento del abandono del procedimiento es "*impedir que el juicio se paralice en forma indefinida, con el daño consiguiente a los intereses de las partes y evita la inestabilidad de los derechos en especial la incertidumbre del derecho del demandado y la prolongación arbitraria del litigio, como consecuencia de una conducta negligente. Representa, por lo tanto, una sanción procesal para los litigantes que cesan en la prosecución del proceso omitiendo toda actividad y tiende a corregir la situación anómala que crea entre las partes la subsistencia de un juicio por largo tiempo paralizado*" (Sentencia Corte Suprema. Rol Nº 23.754-2014. C. 3).

Cabe reiterar que los efectos de la paralización o de la demora en el caso sub lite no los soporta solamente la parte requirente, ni menos el SERVIU que es su contraparte, sino que, como ya se viera en reiteradas oportunidades, los grandes afectados son los pobladores, que por su situación de precariedad no comparecen directamente ni por sí mismos en el juicio. Nuevamente, emerge que el interés privado del proceso que persigue SERVIU, se subsume en el interés público que trasciende en la decisión de dictar el decreto Supremo y accionar, y en consecuencia el abandono determinaría que se termina un juicio de interés público y verían afectados los pobladores, por un entorno procesal que no les es imputable. Así, si el abandono de procedimiento es una sanción por negligencia o por inactividad procesal, las consecuencias de la sanción las soportarán los pobladores y no el litigante que es SERVIU, lo cual agrega otra anomalía.

**32°.-**Que, por otra parte, existe jurisprudencia de larga data que se ha referido a la institución del abandono de procedimiento en el contexto de un procedimiento que no sean estrictamente civiles y en los que exista un interés público. En este sentido, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas señaló que *"El abandono del procedimiento es una sanción establecida para los juicios civiles y cuyo basamento subjetivo dice relación con el hecho que el abandono que las partes pueden hacer de un proceso es demostración de sus voluntades de dejarlo que se extinga sin que llegue a dictarse la sentencia que le ponga fin. Pero ello no puede ocurrir en procesos destinados a investigar y sancionar la comisión de faltas y contravenciones, en los que hay, además, envueltos intereses superiores de la nación. Tal como ocurre con los procedimientos establecidos en la Ley 18.892 (texto refundido en D.S. 430, D.O. 21 de enero 1992) sobre pesca y acuicultura en cuanto buscan sancionar la comisión de hechos en ella establecidos (…)"* (Sentencia Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Rol 7.212-1993). Es decir, no debe perderse de vista que, en materias que contienen intereses públicos involucrados, a diferencia de los procesos civiles entre particulares, no concurre la justificación del abandono, pues no se ventilan intereses de tipo privado y eminentemente disponibles, además de que la voluntad procesal de SERVIU no se refiere a derechos o intereses propios, sino de terceros, los pobladores.

**33°.-**Que, resulta imposible a esta Magistratura desconocer el carácter especialísimo del procedimiento de la contienda que da origen a la presentación del requirente. Es por ello que lo resuelto a propósito de la aplicación del artículo 429 del Código del Trabajo, no resulta predicable respecto de la norma cuestionada ni del caso concreto, pues nos encontramos ante un proceso con características diferentes, en el cual se ventilan otro tipo de intereses, de eminente carácter público y con actividad procesal que no afecta solamente a las partes, sino a terceros en situación de precariedad, respecto de los cuales el Estado tiene el deber de integración armónica en la sociedad (artículo 1° CPR), en un juicio que tiene por finalidad poner término a una situación de carencia de estándares de vida mínimos y acceder a títulos de dominio, lo cual además es concreción de las normas de acceso y garantía del derecho de propiedad que la misma Constitución contempla en los numerales 23° y 24° de su artículo 19.

**34°.-** En cuanto a la duración de medidas cautelares sobre bienes durante más de cuatro décadas, debe señalarse que las mismas tienen por finalidad asegurar el resultado del juicio y el pago de las obras de urbanización. Atendida la superficie y entidad del loteo irregular, el costo de las obras de urbanización es altísimo, y esa es la justificación de su entidad y duración. Es innegable que es anómalo que estén vigentes durante más de 40 años, mas el embargo de bienes de la gestión invocada emana, por una parte, del contenido del decreto que declara loteo irregular y por otra, del estatuto especial de los arts. 23 y 24 de la Ley N° 16.741, que establecen un régimen distinto para las medidas precautorias. Cabe mencionar que estos dos últimos artículos no operan de pleno derecho ni tampoco son normas imperativas, aún así debe reconocerse que tienen un régimen amplio y laxo de cautelares. Es la aplicación de dichas normas –y no del precepto cuestionado- la razón directa que genera el embargo de autos y su duración, mas no son dichos artículos la normativa requerida de inaplicabilidad en estos autos, por lo que su examen y consecuencias de aplicación no puede ser parte de este proceso. Debe reiterarse que las medidas

precautorias verificadas son para garantizar el pago de los gastos de la urbanización, que es la corrección de un negocio ilícito por medio del proceso, para dar cumplimiento así a un deber legal que es ineludible si el loteo fuera ajustado a derecho, a lo que se agrega que la entidad de las precautorias tiene correlato en la entidad del costo de las obras.

**35°.-** Que, debe considerarse especialmente que las medidas precautorias son decretadas, sustituidas, graduadas y eventualmente dejadas sin efecto por el propio tribunal de la gestión y es actividad del juez del fondo administrarlas, no siendo ello una cuestión de constitucionalidad de la ley, y, si lo pudiera ser, no se ha cuestionado en esta sede de inaplicabilidad la normativa especial de precautorias contenidas en los aludidos artículos 23 y 24. A ello se suma que es el propio juez el que pide la declaración de inaplicabilidad solamente respecto de la norma referida al incidente de abandono de procedimiento.

**36°.-** Que, en conclusión, en el caso concreto la interdicción del abandono de procedimiento tiene fundamento razonable y que, en la especie, no concurre vulneración a la constitución por la aplicación del precepto impugnado, motivos por los cuales no existe hipótesis de discriminación alguna en la norma cuestionada ni tampoco se vulnera la garantía del debido proceso ni el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, motivo por el cual requerimiento debe ser rechazado.

[…]

**SENTENCIA ROL 9503-2020.** *Publicada el 6 de mayo de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 53, inciso tercero, del Código Tributario. Hoteles de Chile S.A. En la causa RUC 15-9-0000085-2, RIT GR-17-00019-2015, sobre procedimiento general de reclamación de liquidaciones, caratulada "Hoteles de Chile S.A. Con Servicio de Impuestos Internos XV Dirección Regional Santiago Oriente", sustanciada ante el Tercer Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana.

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES estuvo por acoger el requerimiento deducido compartiendo únicamente los considerandos 1° a 8°, 10°, 12° y 17° de la sentencia y teniendo además presente las siguientes consideraciones:**

**1°.-** La declaración de inaplicabilidad de los intereses contemplados por el artículo 53 del Código Tributario no puede ser entendida sin su devengo desmedido o desproporcionado a causa de la demora injustificada del obrar de los órganos del Estado a propósito de la resolución de conflictos ligados a la base imponible, pues en ese caso, la finalidad legítima del precepto impugnado se pervierte constitucionalmente, cuestión que es especialmente relevante en materia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que se configura como un instituto de control concreto, en el cual las circunstancias de hecho y derecho del caso concreto son relevantes, al punto que lo juzgado es el resultado que la aplicación de la norma genera en el caso concreto.

**2°.-** En este sentido, este Tribunal ha declarado la inaplicabilidad del artículo 53 del Código Tributario en el entendido que demoras de ese tipo hacen devenir en inconstitucional la aplicación de una norma que, prima facie estaría dotada de razonabilidad, señalando expresamente que *"en abstracto considerado, el interés fijado por el susodicho artículo 53 podría encontrar su razón de ser en la necesidad de asegurar el pronto pago de los tributos que se adeudan al fisco. Esto es, en impedir que los contribuyentes prioricen el cumplimiento de otras deudas en desmedro de aquellas que se tienen con el Estado. Sin embargo, este no es el caso. Se trata aquí de una tardanza no imputable a la requirente"*,

*que hace que el devengo de intereses "cristalice en una sanción; en un mal dimanado de circunstancias en que al contribuyente no le ha cabido culpa ni gobernabilidad"* (Rol N° 3440, cons 2°), lo cual en el caso concreto empalma con el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, que se alega como infringido en el requerimiento, no pudiendo preterirse que entre las garantías de procedimiento racional y justo se encuentra el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y en un plazo razonable.

**3°.-** De esta forma, el estándar de juicio de los procesos de inaplicabilidad de los intereses establecidos artículo 53 del Código Tributario no puede prescindir del origen de la demora en el caso concreto y los elementos que la rodean. Así, esta Magistratura, acogiendo inaplicabilidades de esta preceptiva, ha señalado que *"el Código Tributario debió distinguir entre los deudores que retrasan inmotivadamente el pago de los impuestos, de aquellos que lo difieren por efecto natural de controvertir las razones en las que reposa un acto administrativo de liquidación. Mientras que puede ser razonable aplicarles a los primeros una tasa como esa, por encontrarse en mora sin justificación, respecto a los segundos no lo es"* (Rol N° 3440, cons. 5°), cuestión que es plenamente predicable respecto del caso concreto y que no puede ser omitida, al permitir la configuración de un verdadero castigo pecuniario por el legítimo ejercicio del derecho a la acción y a la impugnación de actos administrativos en materia tributaria.

**4°.-** En efecto, lo razonado precedentemente se ve reforzado por lo razonado en otra sentencia estimatoria de inaplicabilidad recaída en el mismo precepto, en la que uno de los elementos de juicio fue constatar que *"la deuda que se intenta cobrar tiene su génesis en fecha remota, motivo por el cual se acumularon al capital adeudado, los altos intereses moratorios de que se trata en este caso. En ello no ha incidido la mera voluntad o desidia de la requirente, sino que se aprecia una demora tanto en el plano administrativo como jurisdiccional. Se trata de una diferencia impositiva vinculada al año comercial 2009 y que recién fue administrativamente liquidada pasada la mitad del año 2013. Deducida la reclamación por la requirente, recién se dictó el fallo por el Tribunal Tributario, casi cinco años después" (*Rol N° 7864, cons. 7°), en un caso en el cual la reclamación tributaria fue acogida parcialmente, pero producto de la demora en la tramitación y fallo de la reclamación los intereses devengados eran un monto mayor que aquel rebajado por la sentencia, a pesar de que el contribuyente tenía razón en derecho.

**5°.-** En el caso concreto, se constata que los impuestos reclamados se refieren a una liquidación del año tributario 2006, que la reclamación se inicia en el año 2018 y que en la antigua y deficitaria justicia tributaria de competencia del Director regional del servicio y/o su "juez delegado" estuvo en tramitación el proceso hasta el año 2015, año al cual corresponde el rol de la gestión invocada, por ejercicio del derecho de acceder a los nuevos tribunales tributarios y aduaneros en el conocimiento y resolución de su causa, la cual, se encuentra recién etapa probatoria.

**6°.-** Así, en la gestión pendiente se está en presencia de un proceso de más de una década, en una duración desmedidamente larga, lapso que es imputable a la actividad estatal y no al contribuyente, como se observaba en los casos de las sentencias estimatorias de inaplicabilidad que se citaron, por lo que se determina una perversión de las consecuencias de aplicación del precepto cuestionado que amerita ser tachada de inconstitucional.

**7°.-** Todo lo expuesto determina que concurren los elementos que la jurisprudencia de este Tribunal ha determinado para acoger un requerimiento de inaplicabilidad de este tipo.

[…]

## 5.g. Derecho a defensa e inmediación en el proceso penal.

**SENTENCIA ROL 8892-2020.** *Publicada el 10 de diciembre de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la expresión "en forma absoluta", contenida en el artículo 9°, inciso segundo, de la Ley N° 21.226, que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad Covid-19 en Chile. Carlos Ariel Cárcamo Hernández. En el Proceso Penal RUC N° 1800776367-7, RIT N° 11-2020, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción.

**VOTO MAYORÍA**

[…]

**I. ANTECEDENTES PRELIMINARES. CASO CONCRETO Y CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD.**

**PRIMERO**.- Que, Osvaldo Pizarro Quezada, defensor regional de Biobío; Claudio Fierro Morales, Javier Ruiz Quezada, Marcela Bustos Leiva y Sebastián Undurraga del Río, abogados de la Defensoría Penal Pública, actuando en representación de don Carlos Cárcamo Hernández, dedujeron requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 9, inciso segundo de la Ley Nº 21.226, que establece un régimen Jurídico de Excepción para procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile.

**SEGUNDO**.- Que, conforme al certificado emitido por el Tribunal de Juicio Oral de Concepción, como consta a foja 47, de fecha 24 de junio del año 2020, se certifica que la causa RIT Nº 11/2020, seguida en contra del acusado, don Carlos Cárcamo Hernández, se encuentra en tramitación y la audiencia de juicio oral estaba fijada para el día 03 de julio del año 2020.

**TERCERO**.- En este sentido, cabe hacer presente que el actor intenta que se declare la INA de la expresión "en forma absoluta", contenida en el inciso segundo del artículo 9, de la Ley Nº 21.226.

Para ello, la requirente aduce que es un hecho indiscutido que la realización del juicio por videoconferencia acarrea dificultades para el ejercicio pleno de los derechos del acusado; especialmente considerando que la teoría del caso de la defensa implica que el acusado preste declaración ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y se tratará, por consiguiente, de un juicio absolutamente adversarial y contradictorio, donde resultará particularmente relevante poder contra examinar a los testigos ofrecidos por el Ministerio Público y –eventualmente poder utilizar las herramientas contempladas en el artículo 332 del Código Procesal Penal (lectura de declaraciones previas del testigo, como apoyo de memoria o para evidenciar contradicciones), como igualmente implicará por su parte exigir el pleno respeto del artículo 329, inciso sexto del Código Procesal Penal (prohibición de los testigos y peritos de comunicarse entre sí, ver u oír la audiencia en la que depondrán).

**CUARTO**.- Argumenta que, frente a los diversos impedimentos fácticos existentes para la realización de un Juicio Oral no presencial, la expresión lingüística que constituye el precepto legal impugnado es absolutamente decisiva en aras de la protección del debido proceso, el derecho a defensa y la igualdad ante la ley.

Precisa, en este sentido, que supeditar la posibilidad de suspender el Juicio Oral ante la verificación de un impedimento que deba ser *"absoluto"*, para el ejercicio de las facultades que la ley le otorga a

la defensa, supone desconocer que el núcleo esencial de los derechos fundamentales señalados se ve igualmente lesionado al existir impedimentos "relativos o parciales" que impiden la realización de un juicio oral —donde el requirente arriesga una pena de 8 años de presidio— en condiciones óptimas que permitan dotar de legitimidad constitucional a una eventual decisión condenatoria.

**QUINTO**.- De acuerdo con lo señalado precedentemente, el requirente funda su requerimiento sobre la base de los siguientes derechos, que a su entender son vulnerados:

a. Artículo 19 N° 2 de la CPR, en concordancia con los arts. 8.2, d) de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el art. 14.1 y 14.3 letra d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello por cuanto si el imputado manifestó claramente en la audiencia que quería ser juzgado presencialmente, no obstante, tuviese que esperar lo que fuere necesario, el plazo que está establecido como garantía en su favor finalmente termine operando en su contra y lo perjudique. Con todo, aduce que la pandemia que nos afecta podrá trastocar ciertas etapas del juzgamiento, pero nunca la etapa central del mismo. Aceptar lo anterior acarrea efectos totalmente indeseables y discriminatorios, tales como que el sujeto con mayores capacidades económicas tenga mejor acceso a internet y pueda tener en definitiva mejor conectividad, a diferencia de un sujeto de un estrato socioeconómico bajo (quien podría no tener conexión o bien en el caso de tenerla, que no sea de la mejor calidad), lo que constituye diferencias en relación a la posición que cada sujeto tiene frente al sistema de justicia, nuevamente huyendo de criterios aceptables para establecer diferencias, lo que riñe con nuestro texto constitucional. Aquello no solo incide en el acceso mismo a las plataformas tecnológicas, sino que también afecta otras cuestiones relevantes en este aspecto, tales como la educación o nivel de instrucción del acusado, ser o no hábil en el manejo de la tecnología, todo lo cual quedará a disposición y uso del gendarme que lo custodie en aquel momento, de modo que el Sr. Cárcamo no podrá hacer uso de su derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensa.

b. Artículo 19 Nº 3°, incisos segundo y sexto de la Constitución. En este sentido, el requirente estima que, a propósito de la oralidad, se han vuelto fundamentales los principios de inmediación y de continuidad, pues dotan de racionalidad al proceso penal, sobre todo en la audiencia de juicio oral.

Asimismo, destaca que en relación al principio de inmediación, éste está compuesto de dos fases, material y formal, destacando en la primera elementos como la presencia ininterrumpida de los jueces y la posibilidad que puedan observar por si mismos la incorporación de la prueba entre otros aspectos. Por otro lado, en lo relativo a la materialidad de este principio dice relación con la posibilidad de extraer inferencias de prueba por sí mismos, sin utilizar equivalentes probatorios, siendo el fundamento de esta última el valor que se reconoce al juicio oral como instrumento para poner a prueba la confiabilidad de la información que el tribunal recibe. De esta forma, y considerando la serie de dificultades prácticas, estima que se alteraría la calidad de la información de la prueba que se pretende incorporar a juicio. Entonces, tal como se desprende de lo señalado, si se excluye la inmediación a consecuencia de que la norma impugnada obliga a hacerlo, se expone al acusado a un juicio de menor calidad, vulnerando de ese modo el proceso previo legalmente tramitado y con ello el artículo 19 N° 3°, inciso sexto de la Constitución.

Por otra parte, argumenta que es imposible poder brindar la debida asesoría, puesto que al contrario de como lo plantea el fallo de primera instancia en sede de amparo, las limitaciones que se reconocen como menores, realmente importan un impedimento, perturbación y restricción a la debida intervención del letrado, al real ejercicio de la Defensa Material, en conjunto el imputado junto a su defensor. En ese orden de ideas, no hay que perder de vista que el acusado

y su defensa no estarán en el mismo espacio físico (de hecho, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción está a 80 kilómetros de la comuna de Arauco), de manera que no es posible garantizar la confidencialidad de la comunicación, su fluidez, respetando su forma espontánea y oportunidad de la comunicación, porque es menester recordar que de acuerdo a lo que señala nuestra legislación el acusado puede intervenir en cualquier momento tal como lo dispone el inciso final del artículo 326 CPP.

Igualmente hace presente que lo señalado adquiere más relevancia porque cuando el legislador detalla los motivos absolutos de nulidad en el Código Procesal Penal, establece una marcada diferencia entre las causales de nulidad. Tratándose de aquellas causales contempladas en el artículo 374 de dicho cuerpo legal, presume el perjuicio por parte del legislador, tal como se transparenta en el encabezado de dicha norma, cuando señala que juicio y sentencia serán "siempre anulados" y en su letra c) señala "Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga" y en el caso de marras una de las facultades que no sólo la ley otorga a través del artículo 327 del Código Procesal Penal, sino que va mucho más allá, puesto que se trata de una condición de legitimidad de todo el proceso, como lo es el derecho a la defensa, en los términos examinados previamente, generándose un impedimento por el legislador al respecto en la norma anotada, secundada por los falladores, dentro de la gestión pendiente, como lo es el juicio oral pendiente de realización seguido en contra del Sr. Cárcamo.

**SEXTO.**- Con fecha 10 de agosto del año 2020, como consta a fojas 534 y siguientes, el Fiscal Nacional del Ministerio Público contestó el traslado conferido solicitando que se rechace en todas sus partes el requerimiento deducido, sobre la base de los siguientes fundamentos:

Destaca que se trata de una objeción anticipada, general y teórica, dirigida contra la realización de un juicio oral por medios telemáticos.

En este caso no se alega impedimento alguno generado por la calamidad pública o por la emergencia sanitaria, ocasionadas por la enfermedad COVID-19, antes bien, lo que se reclama es de la supuesta incompatibilidad – teórica y anticipada - del juicio remoto, con el respeto cabal de las garantías judiciales aseguradas por la Constitución Política de la República y los tratados.

Agrega, que el precepto objetado no tiene ninguna vinculación con la realización, o no, de un juicio por vía remota, sino con la aparición de impedimentos generados por la crisis sanitaria que vive el país actualmente, es decir, impedimentos actuales y no futuros o teóricos como aquellos que se hacen valer en el requerimiento, de suerte que incluso de declararse inaplicable la regla no variará mayormente la cuestión relacionada con los juicios virtuales, todo lo cual se hizo ver por esta parte oportunamente.

A reglón seguido, expresa que si bien es manifiesto el propósito de llevar la discusión Constitucional sobre la realización de juicios por vía remota, se ha dirigido contra un precepto que en esa materia no juega rol alguno, en tal grado de evidencia que el objetado inciso segundo del artículo 9° de la Ley N° 21.226, ni siquiera distingue si la vista de la causa o las audiencias a que alude, son presenciales o remotas.

El juicio, por lo tanto, no queda exento de control, sino por el contrario, está sujeto al control recursivo previsto en el Código Procesal Penal, en a lo menos dos de las causales del recurso de nulidad, a saber, la del artículo 373 letra a) y la del artículo 374 letra c) del mencionado cuerpo de normas, correspondiente su revisión a la Corte Suprema o a la respectiva Corte de Apelaciones, dependiendo de la causal que se esgrima, siendo especialmente pertinente traer a colación la primera de las mencionadas disposiciones que concurre cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente

derechos o garantías asegurados por la Constitución o los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

## II. LA CELEBRACIÓN DE AUDIENCIAS MEDIANTE PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS EN SEDE PENAL, EN TIEMPOS DE COVID-19.

**SÉPTIMO**.- En primer lugar, los juicios mediante plataformas electrónicas se han convertido en el medio que los diferentes Estados han preferido para administrar la justicia en el contexto de la enfermedad por COVID-19, lo cual ha significado ir adoptando un modelo de "justicia digital", que ha transformado la forma en la que desarrollan la actividad jurisdiccional los Tribunales. Lo anterior, no ha estado exento de dificultades en su implementación y ha conducido a la doctrina y jurisprudencia a razonar acerca de su configuración a la luz de las garantías procesales y cómo se inserta en los diferentes ordenamientos jurídicos, es decir, cómo se debe compatibilizar el ejercicio irrenunciable de la labor jurisdiccional con las garantías propias del racional y justo procedimiento, hecho que es particularmente analizado a propósito del requerimiento del caso de marras, que versa sobre las garantías del proceso penal, especialmente en el contexto del juicio oral.

**OCTAVO**.- Es así como esta misma Magistratura desde el mismo momento en que la comuna de Santiago fue sometida a cuarentena por la autoridad sanitaria, en marzo de este año, implementó un sistema de audiencias remotas, habiendo realizado, al 5 de noviembre de 2020, sin interrupciones, más de 77 sesiones de Pleno, para continuar ejerciendo las atribuciones que le confiere la Constitución. Ello, no sólo ha permitido continuar realizando normalmente la vista de causas, adopción de acuerdos y demás actuaciones procesales, sino que ha facilitado que abogados situados en los más diversos lugares del país hayan podido acceder a presentar sus alegatos por medios remotos y que, incluso, se hayan celebrado audiencias públicas cuando así se ha resuelto;

**NOVENO**.- Cabe hacer presente que desde antes de la pandemia diversos ordenamientos jurídicos han empleado la videoconferencia como herramienta tecnológica como medio de auxilio para la actividad jurisdiccional (en este sentido ver a Albornoz, Jorge; Magdic, Marko (2013) Revista chilena de Derecho y Tecnología. 2 (1) p. 229-260. DOI 10.5354/0719-2584.2013.27012). Sin embargo, su utilización sigue siendo estudiada desde la perspectiva de la satisfacción de las exigencias y garantías derivadas del debido proceso (cuestión que es crítica en materia penal), parámetro que es dado por el acervo internacional en materia de derechos humanos, que se caracteriza por su *"contenido complejo, comprensivo de todo un haz de derechos, instituciones y principios específicos, interrelacionados entre sí, con unidad de sentido y objetivo común, cuyo fundamento esencial se halla en rodear al proceso de garantías suficientes de equidad y justicia, y que puede identificarse con las nociones internacionales de derecho a "un proceso regular" y/o a "un juicio justo y equitativo". Dentro de ese haz confluyen categorías garantistas (juez legal, competente, independiente e imparcial), principios y derechos matrices (igualdad de armas y contradicción, en íntima conexión con el derecho de defensa efectiva y el derecho a la prueba, y a la presunción de inocencia con prohibición de toma en consideración de la prueba ilícita) y principios instrumentales (publicidad, oralidad, inmediación, principio acusatorio), todo ello con fundamento en la necesidad de no llegar a un resultado del proceso penal sino en virtud de un juicio previo tras el desenvolvimiento de un proceso con todas las garantías"* (ver a Tirado Estrada, Jesús José. (2017). Videoconferencia, cooperación judicial internacional y debido proceso. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, 5(10), 153-173. https://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a5.n10.p153).

**DÉCIMO**.- Adicionalmente en nuestro país, cabe mencionar que la realización de procesos y actuaciones judiciales regidas por el principio de oralidad mediante herramientas telemáticas ha sido autorizada expresamente por la Ley N° 21.226 (al habilitar proceder "en forma remota",

expresión que ocupa en 6 normas de su texto), en el marco de la pandemia global del COVID-19 y que el precepto impugnado, se refiere a los procesos regidos por el Código Procesal Penal, estableciendo al efecto reglas. Además de ello, desde la entrada en vigencia de dicha ley los procesos penales se han verificado utilizando la aplicación zoom -siendo usual que se les denomine *"juizooms"*- estando en plena vigencia la Ley N° 21.226. Es evidente así que, siendo el juicio oral regido por el Código Procesal Penal, estando vigente la Ley N° 21.226 y refiriéndose el precepto impugnado a los procedimientos del Código Procesal Penal, dicha norma sí se refiere a la realización de juicios orales telemáticos (todos los que corresponda bajo pandemia), por lo que es un error sostener lo contrario.

**UNDÉCIMO.-** A su vez, no se contiene en el requerimiento de estos autos un cuestionamiento general y abstracto al uso de herramientas tecnológicas de tipo telemático o videoconferencia para actuaciones procesales. En efecto, el uso de la videoconferencia en actuaciones procesales específicas es, en sí mismo, un avance en materia de acceso a la justicia, en el marco de un sistema jurisdiccional que ya lleva años con tramitación electrónica. Así, no debe dejar de reconocerse que el uso de la video conferencia es una herramienta útil en diversos actos procesales en los cuáles su uso no genera inconvenientes de afectación de garantías del derecho a defensa. Sin embargo, el avance tecnológico y el uso de herramientas informáticas no puede significar el sacrificio ni la degradación de las garantías mínimas del debido proceso, cuya mayor intensidad se manifiesta por necesidad en el sistema procesal, y dentro de él, reconociendo como punto cúlmine de su nivel de garantía al juicio oral penal.

**DUODÉCIMO.-** En este sentido cabe observar que la legislación ha asumido un nuevo paradigma de justicia digital, mas en cuanto a los principios y formas de manifestación de la misma los estándares específicos no han sido previstos por el legislador, habiéndose limitado a asegurar su desarrollo conforme al debido proceso, siendo misión de este tribunal determinar en un ejercicio de control concreto cuando podría afectarse por legislador y con qué intensidad, para constatar así si concurre o no un vicio que atenta en contra del debido proceso asegurado en la Constitución Política y en Tratados internacionales. Ello debe realizarse considerando los caracteres de las redes y de los medios tecnológicos que existen en nuestro país en la actualidad, y que se encuentren a disposición de los ciudadanos justiciables, sin prescindir de examinar también su forma de utilización. Debe tenerse presente que lo cuestionado en este proceso no es el estatuto general de los procedimientos judiciales telemáticos, ni en el derecho procesal chileno ni tampoco en materia penal, sino que lo cuestionado es solo una parte del **inciso segundo del artículo 9° de la Ley Nº 21.226,** que dispone *"En las causas de los procedimientos contemplados en el Código Procesal Penal y en el Código de Procedimiento Penal, en el que hubiere persona privada de libertad, sólo se podrá alegar la causal del inciso primero cuando el impedimento obstaculice en forma absoluta que alguna de las partes o intervinientes puede ejercer las facultades que la ley le otorga"*, cuestionándose por la parte requirente solo la entidad *"absoluta"* del impedimento - generado por la calamidad pública o por la emergencia sanitaria, ocasionadas por la enfermedad COVID-19, que motiva a decretar la suspensión de un juicio oral (que hoy se realizan por videoconferencia), impidiéndole al Juez del Fondo, por expreso mandato legal, adoptar esa decisión en los casos en el impedimento, afectando a las partes, no alcanza esa entidad.

El razonamiento a efectos de determinar el objeto de control del presente proceso es el siguiente:

- Se asume que existen impedimentos que obstaculizan el ejercicio de derechos establecidos por la ley para los intervinientes en juicio, uno de los cuales, el principal e invocado, es el derecho a defensa.
- El juicio se puede suspender, pero las circunstancias alegadas para pedirlo deben impedir "en forma absoluta" que se ejerza el derecho a defensa, lo que significa que sí hay afectación

del mismo, pero al no ser total, el juicio no se suspende y debe ser realizado a pesar de estar afectado el derecho a defensa, sin que la judicatura pueda reestablecer su imperio impidiendo la realización del juicio en esas precarias condiciones, impidiendo que el mismo sea suspendido, aun cuando se asume que los derechos al debido proceso y a la defensa se ven degradados, cuestión que se reconoce bajo la fórmula de asumir en la ley que hay impedimentos y regular en ella la suspensión de juicios, pero en un sentido degradante de dichos derechos al exigir como condictio sine qua non para suspender, que el impedimento de ejercicio del derecho fundamental sea "absoluto", dejando fuera los que tengan menor entidad.

## III. EL ACCESO A LA JUSTICIA. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO Y SU IMPACTO EN LAS AUDIENCIAS MEDIANTE EL SISTEMA DE VIDEOCONFERENCIAS.

**DECIMOTERCERO**.- El proceso es el medio o instrumento mediante el cual el Estado resuelve los conflictos que son sometidos al conocimiento de los Tribunales, determinando la vigencia del derecho que resultará aplicable y resolviendo en favor de una de las partes. En materia penal, ello se traduce en la prohibición de la venganza privada y en el reconocimiento de la titularidad estatal del ius puniendi, pasando a ser el imputado la contraparte del mismo en el proceso penal, lo cual exige que se consagre necesariamente un conjunto de normas jurídicas que establezcan los límites de esa relación jurídica, marco en el cual surgirá el derecho al debido proceso como límite adjetivo al ius puniendi y como uno de sus estándares de validez.

**DECIMOCUARTO**.- En este sentido, la Constitución de Chile no contiene una norma expresa que determine con diáfana claridad el contenido mínimo de lo que la doctrina ha denominado histórica y universalmente como debido proceso, optando por garantizar el derecho a la legalidad del juzgamiento (que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado) y a propósito del mismo se determina la garantía normativa del racional y justo procedimiento e investigación como contenido y vector regulatorio de la ley procesal funcional, regulando además, dos de los elementos configurativos del debido proceso: el derecho a defensa jurídica y el derecho al tribunal predeterminado por la ley.

En cuanto al derecho a defensa letrada, esta Magistratura ha destacado su relevancia, con especial énfasis en el orden punitivo, señalado que *"en el proceso penal constituye el derecho a la defensa en juicio, para la víctima y para el imputado, una garantía esencial, por lo que tal institución se encuentra caucionada tanto en la Constitución Política, como en la ley procesal penal, como así lo ha referido esta Magistratura (STC Rol N° 3171-16). En este sentido, el texto constitucional asegura a toda persona el acceso a la justicia, lo que implica el derecho a contar con un letrado que intervenga en la defensa de sus derechos no solamente en los casos judiciales, sino también en situaciones de orden administrativo."* (STC 3123 c.19)".

**DECIMOQUINTO**.- Ahora bien, más allá de la técnica y configuración precisada por el legislador al delimitar el derecho, resulta ampliamente aceptado que este consagra el derecho esencial de acceder a la jurisdicción para formular una pretensión, es decir, tanto el derecho abstracto a reclamar la función jurisdiccional y, por otra parte, el reclamo concreto de aquello que se alega, en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye dentro de sus elementos al debido proceso.

El ordenamiento jurídico internacional ha contribuido ampliamente al desarrollo de este derecho, en tal contexto la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8, que *"Toda persona tiene el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley,*

*en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*. Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, lo precisa.

**DECIMOSEXTO.**- Que, en este contexto, una vez reconocido el derecho de acceso a la justicia, ahora en el marco del desarrollo de un proceso, será posible vislumbrar la necesidad de asegurar las demás condiciones mínimas del proceso, que serán absolutas y servirán de punto de partida para la determinación del haz de derechos que gozan las personas.

En este sentido que La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención establece las garantías mínimas que, *"por lo menos"*, deben ser aseguradas por los Estados a toda persona durante el proceso, en plena igualdad, en función de las exigencias del debido proceso legal (Opinión Consultiva OC-11/90, párr. 24, y Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados, párr. 84.).

De igual forma, también integra el derecho a defensa la circunstancia que al inculpado se le conceda el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa (artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos), no debiendo preterirse que se encadena indisolublemente con el derecho a ser asistido por un defensor de su elección o por uno proporcionado por el Estado, marco en el cual jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cual ha declarado la violación conjunta de dichos derechos en el caso que la víctima no haya podido contar con el patrocinio letrado de un defensor público o bien que, una vez que pudo obtener un abogado, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él (Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, párr. 83), el abogado defensor tuvo sólo un día para examinar un expediente completo (Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, párr. 141, y Caso López Mendoza vs. Venezuela, párr. 121) o bien su labor fue restringida.

En todos esos casos, la Corte ha considerado que la imposibilidad o las limitaciones en el derecho a defenderse personalmente o a través de un defensor impiden que, en los hechos, el imputado cuente con los medios para preparar su defensa, en los términos del artículo 8.2.c de la Convención, lo cual es particularmente relevante en el presente caso, ya que los juicios orales telemáticos implican una limitación importante o significativa en la comunicación con el defensor.

A su vez, el derecho a defensa técnica, asimilable a la defensa letrada, supone que un defensor asesore al imputado sobre sus deberes y derechos, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos, y ejecute, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas (Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, párr. 61, y Caso Vélez Loor vs. Panamá, párr. 132), lo cual en nuestro sistema procesal penal ha de ser predicado en etapa de juicio oral regido por oralidad, inmediación y contradictorio, debiendo agregarse que es indisociable del derecho a una comunicación libre y privada entre el imputado y el defensor (sobre este derecho, ver Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit., párrs. 146 y 148, y Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, op. cit., párr. 83), lo cual ha de ser entendido en un sentido dialéctico, es decir, un defensor sin comunicación y sin posibilidades de actuar producto de ello -lo que sería la satisfacción solamente de la dimensión formal de la defensa-, conllevaría a una situación que podría resumirse en que *"el nombrar un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados"* (Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit., párr. 155).

A su vez, a partir de la consagración del derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (artículo 8.2.f de la Convención), la Corte Interamericana ha establecido que en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para "que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos" (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 132, y Caso Palamara Iribarne vs. Chile, op. cit., párr. 178.). En el mismo sentido, la Corte aludida ha predicado respecto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos los estándares del Tribunal Europeo en los casos, Barberà, Messegué y Jabardo vs. Spain y Bönisch vs. Austria, la Corte ha indicado que "dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones que el Estado, con el objeto de ejercer su defensa" (Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit., párrs. 153-154, y Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados, op. cit., párr. 84.) "y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos" (Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit., párr. 155)

**DECIMOSÉPTIMO**.- De este modo no puede preterirse que la interdicción de la indefensión es un principio general (en nuestro sistema su consagración es sencilla: la defensa letrada no puede ser interferida, es inviolable, es irrenunciable y es elemento del racional y justo procedimiento, todo lo cual se contiene en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política que prohíbe impedir, restringir o siquiera perturbar la debida intervención del letrado) y que en ese orden toda hipótesis de indefensión puede ser total o parcial, debiendo además agregarse que al estar la actividad jurisdiccional regida por el principio de legalidad del juzgamiento y por el deber de motivación de la sentencia, el derecho de defensa necesariamente debe incluir la asistencia letrada, y se ha sostenido que esa asistencia ha de cumplir las condiciones de ser concreta y efectiva, lo que no se satisface con el mero nombramiento de un abogado defensor (ver, en este sentido, por ejemplo, lo razonado por el Tribunal Constitucional español, en sentencia 196/1987, de 11 de diciembre, publicada en Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional, Luis López Guerra, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 315-328).

Tal asistencia, pues no puede reducirse a una formal y mera designación de abogado patrocinante ni a un mero consejero distante y virtual mediante mensajería instantánea, sino que -al solo tenor del idioma castellano en el Diccionario de la Lengua- debe poder concretarse en la *"acción de estar o hallarse presente"* en la diligencia realizada, con posibilidades ciertas de que esta concurrencia pueda resultar en asesoría efectiva y no un puro formulismo de comparecencia y contemplación, carente de acción y sin significación real.

En el mismo sentido, en relación a la posibilidad de que se produzca prueba incriminatoria sobre la base de hechos sustentados en declaraciones del imputado sin la presencia de letrado, debe señalarse que *"la asistencia de un abogado es, por así decirlo, la clave que abre la puerta a todos los derechos y posibilidades de defensa en el sentido sustantivo del término. No hay posibilidad de dar más detalles al respecto. Está claro que la ley -tanto sustantiva como procesal – es un asunto bastante complicado, que a menudo es ininteligible para el lego. En otras palabras, se trata de ofrecer al demandado la mejor oportunidad de obtener el resultado más favorable del procedimiento"* (Human Rights in Criminal Proceedings. Oxford University Press, 2005 Trechsel, p. 245, extractado del cons. 19 del voto particular del Ministro señor Juan José Romero Guzmán en sentencia Rol N° 5189), complementándose tal tesis en orden a que "(…) la Corte Interamericana ha resaltado que el derecho a la defensa, necesariamente, debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena (Ver en caso Barreto Leiva vs Venezuela,

párr. 29, y caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, párr. 154)" y que de acuerdo con la misma Corte *"sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a defensa a que el investigado se encuentre en determinada etapa procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual evidentemente es contrario a la convención". Precisa que "en la misma línea la Corte ha establecido que impedir que la persona ejerza su derecho a defensa, desde que se inicia un proceso que la involucra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de las personas (Ibáñez, p. 232)".*

**DECIMOCTAVO.**- En este sentido, cabe destacar que el legislador está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad.( STC ROL Nº 1411, C. 7.) (En el mismo sentido, STC 1429 c. 7, STC 1437 c. 7, STC 1438 c. 7, STC 1449 c. 7, STC 1473 c. 7, STC 1535 c. 18, STC 1994 c. 24, STC 2053 c. 22, STC 2166 c. 22, STC 2546 c. 7, STC 2628 c. 6, STC 2748 c. 14, STC 2757 c. 40, STC 3107 c. 9, STC 3297 c. 13, STC 3309 c. 3309, STC 3171 c. 28, STC 6399 c. 19, STC 7972 c. 56).

**DECIMONOVENO.**- Como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar, al menos, las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores (STC ROL Nº 478, C. 14.) (En el mismo sentido, STC 576 cc. 41 a 43, STC 699 c. 9, STC 1307 cc. 20 a 22, STC 1448 c. 40, STC 1557 c. 25, STC 1718 c. 7, STC 1812 c. 46, STC 1838 c. 11, STC 1876 c. 20, STC 1968 c. 42, STC 2111 c. 22, STC 2133 c. 17, STC 2354 c. 23, STC 2381 c. 12, STC 2657 c. 11, STC 2697 c. 17, STC 2687 c. 14, STC 2799 c. 14, STC 2853 c. 16, STC 2757 c. 41, STC 2743 c. 24, STC 2791 c. 24, STC 2983 c. 4, STC 3107 c. 7, STC 3309 c. 28, STC 3119 c. 19, STC 3649 c. 7, STC 5219 c. 10, STC 5418 c. 17, STC 5419 c. 17, STC 6411 c. 11, STC 6962 c. 11, STC 4222 c. 48, STC 5121 c. 13, STC 4379 c. 5, STC 4533 c. 5, STC 4972 c. 5, STC 4988 c. 5, STC 5104 c. 5, STC 5778 c. 5, STC 5993 c. 5, STC 5613 c. 5, STC 5751 c. 5, STC 5979 c. 5, STC 5999 c. 5, STC 6108 c. 5, STC 6163 c. 5, STC 6473 c. 5, STC 6349 c. 5, STC 6353 c. 5, STC 6381 c. 5, STC 6508 c. 5, STC 6750 c. 5, STC 6941 c. 5, STC 7076 c. 5, STC 7228 c. 5, STC 7232 c. 5, STC 7233 c. 5, STC 7311 c. 5, STC 7398 c. 5, STC 7430 c. 5, STC 7606 c. 5, STC 3969 c. 8, STC 4434 c. 55, STC 7641 c. 30, STC 6611 c. 4, STC 7060 cc. 11 y 15, STC 7061 cc. 11 y 15, STC 3625 c. 30, STC 3938 c. 16, STC 3770 c. 35, STC 7203 c. 31.)

**VIGÉSIMO.**- La noción de debido proceso como garantía constitucional judicial, tiene una vertiente formal y otra sustantiva. Desde el ángulo formal, consiste en que toda decisión de un órgano jurisdiccional debe ser el resultado de un proceso previo, ante tribunal competente, realizado conforme a un procedimiento que asegure posibilidades básicas de defensa, orgánica y funcionalmente, tanto para definir derechos civiles como cuando se enfrenta una acusación de naturaleza penal. Sustantivamente, debido proceso significa que tal decisión jurisdiccional terminal debe ser racional y justa en sí, vale decir, proporcional, adecuada, fundada y motivada sustancialmente en el derecho aplicable, mas no en criterios arbitrarios. (STC ROL Nº 2137, C. 5.) (En el mismo sentido, STC 2723 c. 5, STC 2798 c. 6, STC 3365 c. 3, STC 5219 c. 6)

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- La importancia del derecho al debido proceso radica en la necesidad de cumplir ciertas exigencias o estándares básicos dentro del procedimiento o de la investigación, en su caso, a objeto de que el derecho a la acción no se torne ilusorio y que la persona que lo impetre no quede en un estado objetivo de indefensión. (STC Rol Nº 2371, C. 7, en el mismo sentido, STC 2372 c. 7)

**VIGÉSIMO SEGUNDO.**- Este Tribunal ha señalado que es posible comprender, en primer lugar, que se estimó conveniente otorgar en la Constitución Política un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador. (STC ROL Nº 478, C. 14) (En el mismo sentido, STC 481 c. 7, STC 529 c. 14, STC 1518 c. 23, STC 1528 c. 9, STC 1838 cc. 13 y 22, STC 1907 c. 51, STC 1994 c. 22, STC 2053 c. 20, STC 2111 c. 21, STC 2166 c. 20, STC 2371 c. 6, STC 2372 c. 6, STC 2381 c. 12, STC 2626 c. 27, STC 2627 c. 27, STC 2682 c. 6, STC 2702 c. 31, STC 2802 c. 11, STC 2723 c. 8, STC 2722 c. 8, STC 2936 c. 3, STC 2895 c. 5, STC 3005 c. 7, STC 3107 c. 6, STC 3309 c. 13, STC 3121 c. 11, STC 4422 c. 10, STC 5225 c. 16, STC 5599 c. 15, STC 5674 c. 5, STC 5505 c. 15, STC 7368 c. 14, STC 7369 c. 14, STC 7370 c. 14, STC 7371 c. 14, STC 3969 c. 7, STC 4381 cc. 48 y 49, STC 7641 c. 30, STC 7060 cc. 11 y 15, STC 7061 cc. 11 y 15, STC 4446 c. 4, STC 7760 c. 16, STC 7352 c. 17, STC 7750 c. 17, STC 7290 c. 8). De esos principios, y en particular de la bilateralidad de la audiencia, emanará el principio del contradictorio, que dota de contenido al derecho a defensa en el marco de un juicio oral, haciendo ver como uno de los presupuestos necesarios del mismo, el contraste y examen en tiempo real de la prueba de la contraria, en el marco de la comunicación directa y presencial de los letrados con sus representados.

## El derecho a defensa en la Constitución Política y el Ordenamiento Jurídico Internacional adscrito por Chile.

**VIGÉSIMO TERCERO.**- Desde la dictación de la Ley de reforma constitucional N° 20.516 -que agregó norma constitucional que dispone que *"Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley"*- el derecho a defensa jurídica en el proceso penal ha pasado a ser un verdadero requisito de validez del proceso, en la medida que se configura como una garantía que:

» Es irrenunciable.

**VIGÉSIMO CUARTO.**- 2. El ejercicio de dicho derecho es inviolable, rigiendo ello incluso para el legislador. A su vez, dentro de las "garantías judiciales" del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos se contempla el *"Derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley"*.

Cabe señalar que los presupuestos mínimos del debido proceso tienen una doble dimensión, pues además de tales son al mismo tiempo un conjunto de elementos de validez de la actividad procesal punitiva, en la medida que son los límites adjetivos a la actividad punitiva estatal, cuya observancia constituye la delgada línea que permite distinguir si la actividad persecutoria y de juzgamiento que se ejerza en nombre del poder punitivo es o no legítima, de tal manera que si el proceso no es *"debido"*, deja de ser legítimo ejercicio de poder público y pasamos estamos en

presencia de un acto irregular, identificable como de nudo poder, un factum que se encuentra fuera de los límites al ius puniendi estatal y fuera del límite material mínimo a todo poder estatal: el ejercicio de derechos fundamentales.

**VIGÉSIMO QUINTO**.- En este sentido no puede preterirse que la relación jurídica procesal penal es por esencia desigual, ya que en un Estado democrático el conflicto penal no solamente es de última ratio, sino que además obedece a la lesión de bienes jurídicos de relevancia social, motivo por el cual el conflicto reconoce como sujetos a la comunidad y al imputado. Así, la comunidad, políticamente organizada en instituciones, es representada en el conflicto penal por un órgano estatal dotado de atribuciones al efecto, resultando que el imputado es además un *"gobernado"*, es decir, un sujeto sometido al poder público de ese mismo Estado que será su contraparte en calidad de persecutor, lo cual exige que la legislación procesal penal goce de un alto estándar de garantías de derechos fundamentales para lograr una igualdad de armas propia de un proceso debido.

**VIGÉSIMO SEXTO**.- De igual manera, los derechos fundamentales emergerán en el constitucionalismo posmoderno como verdaderos contrapesos frente al poder estatal en el ejercicio de potestades, en el marco de un sistema de poder controlado por el derecho, con frenos y contrapesos para evitar que el mismo se desborde. En ese sentido, mientras mayor es la entidad e intensidad del poder ejercido en una atribución específica, mayor entidad e intensidad ha de tener el contrapeso del mismo, si es que de verdad se desea que el poder esté limitado y tenga mecanismos de control eficaces, que se traducirán en límites exigibles por el ciudadano mediante el ejercicio de derechos subjetivos. En dicha comprensión, el proceso penal es la actividad estatal que mayor relevancia tiene respecto de los derechos fundamentales de las personas al generar la mayor afectación conocida de los mismos: puede concluir en privación de uno de los derechos más básicos que se reconoce al ser humano: la libertad personal, incluso de manera perpetua, (sin olvidar adicionalmente que aún subsisten delitos con pena de muerte en el derecho chileno), además de contemplar penas accesorias que también son privación de otros derechos.

Así, en materia penal, el conjunto de garantías del debido proceso constituye el necesario contrapeso de ese intenso poder punitivo, y así emerge el derecho a defensa como uno de sus elementos esenciales, el cuál en el texto constitucional vigente tiene un tratamiento específico y expreso en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, independiente de la garantía del racional y justo procedimiento e investigación que consagra el mismo numeral. Esta premisa ha sido extendida a otras relaciones jurídicas, en las cuales el Estado ejerce el ius puniendi estatal, como lo es la administrativa sancionadora. Específicamente, este Tribunal, connotando el rico contenido del artículo 19 N° 3, inciso sexto, de la Carta Fundamental, ha hecho exigible al legislador establecer un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de alguna de las sanciones que contempla la ley, dándole la posibilidad de defenderse de los cargos que la autoridad le formule, y de reclamar la sanción impuesta en sede judicial (STC Rol N° 389-2003, 2682-2014, 7584-2019).

Así, el derecho a defensa letrada, garantizado como inviolable e irrenunciable, tiene una doble dimensión:

» Es un derecho subjetivo el imputado, de su exclusiva titularidad y disposición, debiendo señalarse que en el marco de un proceso tramitado y resuelto conforme a derecho debe tener el carácter de defensa letrada.

» Es al mismo tiempo un elemento de validez del proceso, en la medida que su ejercicio es irrenunciable, lo que significa que su no ejercicio se traduce en un proceso con infracción a la Constitución, lo que por definición es irregular, en la medida que ella contempla los primeros elementos delimitatorios de la actividad jurisdiccional del ius puniendi. Ello

significa que toda atenuación, relativización, o degradación del estándar puede conllevar cuestionamientos de validez.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.**- A su vez, en tanto derecho subjetivo del imputado, el derecho a defensa tiene, adicionalmente, dos dimensiones:

» La dimensión formal, que se traducirá en la existencia y designación de un defensor letrado, que será de confianza del imputado o de designación estatal si no tiene recursos para procurarlo y elegirlo. Este defensor será designado con atribuciones de actuación dentro del proceso, en todos los trámites y actos contemplados en el mismo, con las atribuciones que la ley contemple.

» La dimensión material, consistente en el contenido del derecho a defensa, lo cual incluye diversos elementos, entre ellos el secreto profesional, la libre comunicación, el planteamiento de la teoría del caso (incluyendo la hipótesis de hechos, alegaciones y defensas de derecho, hechos controvertidos y prueba a rendir), además de su planteamiento ante el tribunal, compareciendo y actuando en función de ello en cada acto procesal. Parte de la dimensión material es el derecho a una defensa de calidad, pues si el pleno ejercicio de este derecho es irrenunciable y es un estándar de validez del proceso, será su contenido y calidad lo que determine si efectivamente hubo defensa eficaz y apta para servir de contrapeso a las potestades persecutorias y punitivas. En este sentido, la calidad de la defensa reconoce diversos elementos, partiendo porque más allá de la designación formal del defensor, el mismo actúe de manera celosa, en pleno conocimiento del derecho y en pleno ejercicio de sus atribuciones, en defensa directa del interés del imputado. La evaluación de este estándar es forzosamente de caso concreto, e implica pre suponer la posibilidad de examinar y cuestionar la teoría del caso del persecutor y de examinar y cuestionar su prueba. Además, es imposible desarrollar una defensa de calidad sin poder ejercer el letrado el derecho a la libre, oportuna y reservada comunicación con su defendido, que en un juicio telemático no se encuentra a su lado, sino en un espacio común de una cárcel siguiendo su propio juicio por una pantalla.

**VIGÉSIMO OCTAVO.**- Como lo ha sostenido este Tribunal, el derecho a la defensa jurídica es uno de los elementos esenciales que deben concurrir como mínimo para que se esté en presencia de un justo y debido proceso, porque sin abogado defensor vano es el quehacer de un juez, se está ante un tribunal independiente e imparcial, que como tal está impedido de cubrir ese déficit de defensa entendida como actividad procesal de parte. Precisamente, un Estado de Derecho encuentra su sostén en que las personas puedan hacer valer sus derechos ante un juzgador de las características referidas, realidad que el sistema jurídico constitucional chileno asegura y consagra plenamente en el sistema penal, cuestión que encaja en la dimensión material previamente enunciada, pues requiere como contrapartida una defensa letrada dotada de todas las herramientas necesarias para actuar en el proceso.

**VIGÉSIMO NOVENO.**- De igual forma, al encomendar a la ley el arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos, se tuvo en consideración el que una materia tan relevante no pudiera ser alterada ni por vía administrativa ni por otro mecanismo, asegurando que las personas que lo requieran, puedan en los hechos ejercer su derecho al asesoramiento y defensa jurídica. (STC 755 cc. 31, 32 y 45), lo cual incluye también a la degradación de los estándares del derecho a defensa por vía legislativa, en la medida que está dotado de un contenido esencial, que no puede ser sometido a condiciones, exigencias o gravámenes que impidan su libre ejercicio, en función de la garantía del contenido esencial de los derechos del numeral 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

**TRIGÉSIMO.**- A su vez, no puede preterirse que el diseño del proceso penal existente en Chile desde la dictación del Código Procesal Penal es concreción de una concepción garantista del mismo, y no puede ser de otra manera, pues en clave constitucional y de derechos, el sistema jurídico es un conjunto de instrumentos al servicio de un fin, que es la garantía de la dignidad humana, es decir, como lo diría Luigi Ferrajoli, implica concebir *"el derecho como un sistema de garantías"* (ver Derecho y Garantías, la Ley del más Débil, Ferrajoli, Luigi, Ed. Trotta, Madrid, España, 1999, capítulo 1, titulado "El derecho como sistema de garantías"), que hemos de entender referido a aquello que en nuestro sistema constitucional se reconoce como la dignidad humana, a su vez traducida en que *"los derechos fundamentales constituyen para el derecho contemporáneo el máximo objeto de protección y la finalidad última del sistema jurídico"* (STC Rol N° 1243, cons. 22). Ello significa que el poder estatal reconoce su fundamento de legitimidad en ser una herramienta destinada a asegurar el respeto de ciertos derechos mínimos para todo ser humano, de forma tal que el Estado chileno, en casos como este, se encuentra virtualmente obligado a aproximarse a los procesos en perspectiva garantista, pues del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política, emanan ciertas consecuencias normativas:

» El derecho a defensa, al ser fundamental, es un límite al poder estatal, entendido entonces como una frontera infranqueable.

» El rol del Estado con dichos derechos no es de mera pasividad para no violarlos, sino que es también activo: de aseguramiento y de promoción de su ejercicio (art. 5°, inciso segundo de la CPR), lo cual es todo lo contrario de su degradación por vía legislativa.

**TRIGÉSIMO PRIMERO.**- A su vez, el cierre de todo lo expresado precedentemente se encuentra en la propia Constitución: el reconocimiento de la dignidad humana como elemento base del sistema jurídico en su artículo 1° y la consagración explícita y formal del derecho a defensa en el numeral 3° de su artículo 19, con un refuerzo normativo específico de inviolabilidad e irrenunciabilidad, que es adicional al rol y posición que los derechos fundamentales ya tienen en el artículo 5°, inciso segundo, del texto constitucional.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO.**- De tal forma, si en el marco de las reservas de ley de las normas de juzgamiento con racionalidad y justicia del numeral 3° del artículo 19 de la CPR, el proceso penal se configuró en base a oralidad e inmediación en el marco del principio del contradictorio, ello se traducirá posteriormente en una conclusión que puede ser incomoda pero que se puede considerar necesaria: la única instancia, en la medida que, en una primera aproximación, *"los principios de inmediación y de contradicción significan, en concreto, trabajar en el juicio directamente con la fuente de la información, de modo tal que la información que surja de dicha fuente, lo sea en un contexto contradictorio, sometido al control de la contraparte, quién vigilará que la calidad de la información que fluye de la misma sea la mejor posible, de modo que el juez que presencia el fluir de la información tenga a su alcance todos los antecedentes de credibilidad del testigo y de su testimonio que le permitan asignarle un valor probatorio coherente con la apreciación directa que es capaz de efectuar en ese contexto contradictorio"* (Decap Fernández, Mauricio, El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, N° 36, 2014, México). Ello llama a una poderosa reflexión: si se relativizan oralidad, inmediación y contradictorio, la justificación de la única instancia puede ver mermada e incluso cuestionada su legitimidad.

**TRIGÉSIMO TERCERO.**- Cabe mencionar que en materia de juicio oral penal, el estándar de inmediación si ha sido abordado como una cuestión de derechos humanos, en la medida que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en la sentencia del Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú de 30 de mayo de 1999, alude a la inmediación en los términos siguientes: *"Este tipo de juicio debe ser también juicio concentrado y con inmediación, lo que lleva necesariamente a que todo lo que pueda influir en la decisión judicial tiene que haberse practicado en presencia judicial, de modo que la decisión no puede atender sino a las alegaciones o a las pruebas hechas o practicadas ante el juez de sentencia y en audiencia pública".*

**TRIGÉSIMO CUARTO.**- En tal sentido, el uso de videoconferencia puede generar afectaciones en la dimensión de inmediación formal en el procedimiento, a lo menos en dos frentes (extraído de Vera Vega, Jaime, Los "Juizooms": la celebración de la audiencia de juicio oral a través de plataformas de videoconferencia en tiempos de COVID-19. Problemas de legalidad e inmediación formal (parte 1), en Criminal Justice Network, https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/los-juizooms-la-celebracion-de-la-audiencia-de-juicio-oral-a-traves-de-plataformas-de-videoconferencia-en-tiempos-de-covid-19-problemas-de-legalidad-e-inmediacion-formal-parte-1#_edn16, consultado el 5 de octubre de 2020):

» no permitir que el juez reciba "toda" la información que provee la prueba desde la fuente misma. Si bien es cierto en los "juizooms" no hay una alteración de la fuente probatoria, si existe a lo menos un riesgo de que no se reciba toda la información que se requiere para la toma de una decisión sobre la responsabilidad penal. Cuando la decisión que se adopta es condenatoria, quien tiene que soportar todo este riesgo es el imputado.

» Del mismo modo, en caso de no existir una transmisión óptima en el caso de los juizooms, podría tener lugar una de las afectaciones del principio de inmediación que Roxin llama: "reducción de la capacidad de observación del juez". Según dicho autor, en virtud del principio de inmediación, el juez debe estar siempre en condiciones de seguir los acontecimientos del proceso, pues en caso contrario no estaría en condiciones de formar su convicción a partir de la totalidad del juicio, de modo que cuando ello no ocurre se lesiona tal principio.

**TRIGÉSIMO QUINTO.**- Que, en el caso de marras la cuestión constitucional dice relación con la satisfacción, en el contexto de la utilización de video conferencias en la audiencia de juicio relativa al caso sublite, del estándar de diferentes principios presentes en torno al debido proceso, todos los cuales deben concurrir de forma absoluta en el desarrollo de cualquier controversia sometida al conocimiento de un tribunal, previamente establecido y competente. Lo anterior se traducirá en el hecho que el defensor pueda ejercitar en el juicio el conjunto de facultades que la ley otorga para percibir los cargos y la prueba, así como para mantener contacto directo y en tiempo real con su representado, ofrecer y presentar la prueba, así como poder expresar de forma clara e ininterrumpida sus fundamentos durante el debate en el desarrollo del juicio.

## La regulación contenida en el Código Procesal Penal chileno.

### » El principio de contradicción en el Código Procesal Penal.

**TRIGÉSIMO SEXTO.**- Que, el juicio Oral es la etapa del procedimiento en materia penal que se caracteriza por ser oral, generalmente público, concentrado, que se realiza ante el Tribunal Oral en lo Penal que resulte competente, oportunidad en la cual el Ministerio Público, el acusador particular y el Actor civil , si los hubiere, presentarán su caso; en tanto el acusado formulará su defensa, respecto de cuyos elementos fácticos los intervinientes pretenderán sustentar o rebatir con las pruebas a rendirse exclusivamente en esta instancia, formulando los alegatos de clausura para demostrar la procedencia o no de que se haga efectiva la pretensión punitiva estatal, luego de lo cual y antes del término de la audiencia los miembros del tribunal oral en lo penal deben dar a conocer su veredicto (Ver en este sentido Maturana Miquel, C., Montero López, R., (2017) Derecho Procesal Penal. Tomo II, Santiago, Chile, Librotecnia, p.p. 950-951).

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO.**- Que, en este sentido resulta indiscutible la importancia del juicio oral, toda vez que en dicha oportunidad se resolverá el conflicto sometido al conocimiento del tribunal, configurado por el ejercicio de la pretensión punitiva estatal confrontado con el derecho a la libertad del acusado, amparado por la presunción de inocencia (en este sentido ver

a Maturana Miquel, C., Montero López, R., (2017) Derecho Procesal Penal. Tomo II, Santiago, Chile, Librotecnia, p. 951). Es en el juicio oral también cuando se ejercerá lo medular y más relevante del derecho a defensa, en intensa contradicción oral e inmediata a la pretensión de condena pena privativa de libertad y a sus fundamentos de hecho y derecho.

**TRIGÉSIMO OCTAVO**.- Que, como se colige de la presente sentencia, la contradicción en el proceso penal representa un pilar central, pues significa tanto la presencia ininterrumpida de los jueces durante todo el juicio oral, siendo la ausencia de uno de los jueces causal de nulidad del juicio oral y de la sentencia que se dicte en el, conforme a los artículos 284 y 374 letra b, del Código Procesal Penal.

En el mismo sentido, la presencia del fiscal debe ser ininterrumpida, siendo la ausencia de éste también una causal de nulidad en contra de la sentencia definitiva que fuere dictada en el contexto de dicho juicio.

En el mismo orden, la presencia del acusado al inicio de la audiencia es un requisito indispensable para dar inicio al juicio oral, pues en caso de la ausencia de éste procederá la suspensión de la audiencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 252 del Código Procesal Penal.

A reglón seguido, cabe destacar que será un elemento de la esencia de esta etapa del proceso la comparecencia ininterrumpida del defensor, siendo la ausencia de este también una causal para deducir recurso de nulidad, de acuerdo con los artículos 103, 286 y 374 letra b, del Código Procesal Penal), lo cual debe ser entendido a la luz de la funcionalidad del pleno ejercicio del derecho a defensa como elemento de validez de la actividad procesal penal, lo cual presupone que ese pleno ejercicio se refiere a las dimensiones formal y material de su ejercicio, pudiendo incluso ser declarado el abandono de la defensa por un ejercicio negligente o insuficiente de la misma. Así, el entender la comparecencia del defensor como un requisito de validez que se satisface con una defensa degradada en lo material es rebajar el estándar de garantía de un derecho que al ser ininterferible por "ninguna autoridad o individuo" no puede ser susceptible de disposición por el legislador en términos de desconocer total o parcialmente su dimensión material o de contenido.

Finalmente, es dable precisar que respecto a la actuación del querellante, la falta de comparecencia injustificada de éste o si se ausentare sin autorización del tribunal hace procedente que se declare abandonada la querella, sin que se pueda seguir actuando en el proceso, de acuerdo a los artículos 120 letra c, y 121 del Código Procesal Penal. Caso en el cual, según lo expuesto por Maturana y Montero, no resulta procedente el recurso de apelación en contra de la resolución que declara el abandono, de acuerdo con el artículo 120 inciso final del Código Procesal Penal. En el mismo sentido, los mismos autores señalan que si el que no comparece a la audiencia de juicio oral es la víctima que hubiere ejercido la demanda civil se declarará el abandono de la acción civil (artículo 64 del CPP).

**TRIGÉSIMO NOVENO**.- Que, el principio contradictorio tiende a cautelar la presencia física de quienes son parte esencial del proceso, cuestión que a propósito de los juicios orales a través de plataformas electrónicas varía, toda vez que la presencia física es reemplazada por la comparecencia virtual, la que está supeditada, en lo relativo a su calidad, intermitencia de la conexión, protección frente a la intromisión de terceros a la red, al servicio otorgado por el prestador de internet, así como a los software de seguridad que el usuario posea, cuestiones todas que dependerán tanto de la capacidad económica del interviniente, o bien de la calidad del servicio entregado por el prestador que corresponda, limitando la posibilidad de que las partes puedan hacer valer sus derechos o intereses legítimos por motivos que les son del todo ajenos, cuestión que también puede afectar a los integrantes del tribunal de juicio oral, que se conectan al juicio telemático de igual forma.

**CUADRAGÉSIMO.**- Este principio a su vez se manifiesta en el otorgamiento a los sujetos procesales de su derecho a formular los alegatos iniciales para exponer sus pretensiones y defensas, de acuerdo con los artículos 325 inciso final y 326, inciso primero, del Código Procesal Penal. Sin embargo, no se agota solamente en ello, pues el derecho a la prueba, a su producción y al examen y objeción de la prueba contraria son además elementos del derecho a defensa eficaz y también de un debido proceso, lo cual incluye como parte esencial la interrogación y la contrainterrogación de los testigos y peritos que se presenten durante el juicio oral, cuestión que a nivel legal se encuentra recogida de conformidad a lo establecido en el artículo 330 del CPP, y los alegatos de clausura en relación con las conclusiones formuladas por las partes, artículo 338 del CPP.

## » El principio de oralidad en el Código Procesal Penal.

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO.**- Que, el artículo 291 del Código Procesal Penal establece que *"La audiencia de juicio se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las alegaciones como a las argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas, en general, a toda intervención de quienes participaren en ella (…)".*

Lo anterior, significará que incluso la declaración de testigos y peritos no puede ser practicada mediante la lectura de registros o documentos en que ellas se contuvieren (art. 329 inciso primero del CPP), sin perjuicio de las excepciones previstas en los artículos 331 a, 331 b, 331 c, 331 d, y 332 del Código Procesal Penal, entre las cuales no se considera una hipótesis como la del caso de autos.

Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 334 del inciso primero del CPP, se prohíbe la incorporación como medio de prueba ni dar lectura en el juicio oral a los registros y demás documentos que den cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público.

En este sentido, un juicio telemático solo garantiza que es imposible verificar el cumplimiento de esta prohibición de lectura. En efecto, en una sala de audiencias, el examen de vista a corta distancia permite constatar que no hay lectura, mas en un juicio telemático, la pantalla de un computador puede contener varias ventanas abiertas al mismo tiempo, incluyendo mensajería instantánea y documentos de texto, que pueden ser leídos mirando la misma pantalla donde está la aplicación de video conferencia, lo cual abre pie a la posibilidad incluso de declaraciones de testigos digitadas en tiempo real, sin que el tribunal tenga como siquiera examinar o precaver tal circunstancia, lo cuál además puede ocurrir respecto de peritajes, haciendo desaparecer el valor y funcionalidad de las reglas de oralidad e inmediación como herramientas de contra examen y escrutinio de probanzas, elemento esencial del derecho a defensa, e impidiendo al tribunal formarse convicción a través del examen de la actitud y expresión corporal real del deponente, que no puede siquiera ser percibida al verse solo su rostro dirigido a la pantalla.

## » El principio de inmediación en el Código Procesal Penal.

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.**- El principio de inmediación tiene por objeto asegurar que los jueces del tribunal oral en lo penal tengan una presencia ininterrumpida durante toda la audiencia del juicio oral, conforme a lo dispuesto en el artículo 284 del Código Procesal Penal, pues en caso de la ausencia de cualquiera de ellos procederá un motivo absoluto de nulidad (art. 374 letra b) del Código Procesal Penal).

**CUADRAGÉSIMO TERCERO.**- Para la doctrina autorizada, no hay duda en orden a que el principio de la inmediación resulta esencial en el proceso penal, puesto que no es posible delegar las funciones (artículo 35), debiendo los jueces que dictarán la sentencia estar presentes durante

toda la audiencia, dado que el tribunal debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral (artículo 340 inciso segundo), cuyo valor deben determinar los propios jueces conforme al sistema de sana crítica (artículo 297), debiendo fundamentar tanto su veredicto que deben comunicar al término de la audiencia (artículo 343) y, en especial, la sentencia definitiva que deben dictar con posterioridad de acuerdo con los hechos que determinarán según la valoración de la prueba rendida en el juicio oral (artículo 342 letra c), todo lo cual es posible de realizar exclusivamente sólo por los jueces que hubieren estado presentes en el juicio oral (en este sentido ver a Maturana Miquel, C., Montero López, R., (2017) Derecho Procesal Penal. Tomo II, Santiago, Chile, Librotecnia, p. 959).

**CUADRAGÉSIMO CUARTO**.- Que, en el mismo sentido el principio de inmediación está compuesto de dos fases una formal y otro material, destacando dentro de esta última elementos relevantes como la presencia ininterrumpida de los jueces y la posibilidad que puedan observar por si mismos la incorporación de la prueba entre otros aspectos. Por otro lado, en lo relativo a la materialidad de este principio dice relación con la posibilidad de extraer inferencias de prueba por sí mismos, sin utilizar equivalentes probatorios, siendo el fundamento de esta última el valor que se reconoce al juicio oral como instrumento para poner a prueba la confiabilidad de la información que el tribunal recibe (en este sentido ver a Horvitz, María Inés. López, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, Santiago, año 2014, pp. 97 – 98). En ello, la dimensión material de la inmediación se ve relativizada y degradada por los juicios telemáticos, pues la transmisión por pantalla y el enfoque solamente en el rostro acompañado de la voz pasa a ser un sucedáneo de la más completa e inmediata percepción presencial, siendo este mecanismo de videoconferencia una suerte de *"mediación telemática en tiempo real"*, también denominable como "presencia virtual" que es tenido en principio por una equivalencia de presencialidad, pero sin los elementos de percepción presencial, pues ni siquiera el campo visual puede ser el mismo y tampoco se puede percibir si se cumple o no la prohibición de lectura de libretos.

**CUADRAGÉSIMO QUINTO**.- Que, en consecuencia, si se excluye – a lo menos parcialmente- la inmediación a consecuencia de que la norma impugnada obliga a hacerlo mediante la mediación telemática, se expone al acusado a un juicio en el cual eventualmente podrá ver vulnerados sus derechos, infringiendo de ese modo el proceso previo legalmente tramitado y con ello el articulo 19 N° 3°, inciso sexto de la Constitución, al no poder comunicarse directamente y en tiempo real con su defensor, lo que se traduce en no poder interactuar con él en el escrutinio y examen de las pruebas que sostienen la imputación en su contra, privándolo de comunicarle oportunamente circunstancias que sólo él puede observar y constatar.

**CUADRAGÉSIMO SEXTO**.- Adicionalmente, sin la dictación de la Ley N° 20.226, es un piso mínimo de debido proceso en el sistema procesal penal vigente el respeto por oralidad, inmediación y contradictorio en el juicio oral, verificado en audiencia, bajo el examen de los intervinientes y en presencia del tribunal, lo que incluye el impedimento de lecturas y declaraciones del tipo libreto o memorizadas, garantizando por esa vía un examen de exposición para desnudar la real idoneidad de la prueba, que después es sometida nuevamente a examen mediante el interrogatorio cruzado, entendido como quinta esencia del principio del contradictorio. Nada de eso es asegurado un juicio por una app de videoconferencia (ya que incluso podría accederse a la conexión por teléfono sin necesidad de computador y mientras se desarrolla el "juizoom" puede entrar una llamada telefónica, recibir mensajes de whatsapp, alertas de correos, etc.), pues el tribunal carece de elementos básicos que en una audiencia presencial sí se tienen: constatar que el testigo o el perito no están leyendo en la misma pantalla que proyecta la imagen de zoom: constatar que nadie instruye al declarante por mensajería instantánea mientras se verifica su declaración, cosa que podría ocurrir también en la misma pantalla, constatar que fuera de la

órbita de la webcam el testigo no es objeto de presiones, coacciones o instrucciones por otras personas, entre otros posibles vicios.

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO**.- De igual forma, un juicio oral en inmediación y contradictorio requiere un alto estándar profesional del derecho a defensa, y en el marco de objeciones, contra interrogatorio, examen y cuestionamiento de la prueba, surgen cuestiones que deben ser ponderadas y planteadas por los intervinientes en el acto, y resueltas por el tribunal en la misma audiencia. En tal sentido, si de dichas incidencias se generarán consecuencias para el resultado del juicio, es insostenible que el imputado no esté en contacto presencial directo con su defensor mientras se desarrolla el juicio, que en tales términos exige para el derecho a defensa un estrecho contacto e interacción en tiempo real.

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO**.- Desde esta perspectiva, el juicio telemático puede resultar en una degradación del principio de inmediación, en la medida que el mismo *"ordena que el tribunal del juicio perciba a través de sus propios sentidos, de forma directa, sin intermediarios, la información que proviene de la fuente directa donde ésta se encuentra registrada, de modo que no se produzcan mayores filtros interpretativos que el propio y esencial a la fuente de la prueba de que se trate"* (Decap Fernández, Mauricio, El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, N° 36, 2014, México). De esta forma, inmediación no es solamente presencia ininterrumpida del tribunal, sino que el impedimento de lecturas también es uno de sus elementos. Por otra parte, inmediación significa ausencia de mediación, sea personal o mediante cosas, incluyendo la lectura y la tecnología. De esa forma, nuevamente se observa que la *"presencia"* no es real sino "virtual" al no haber sala común en que las personas interactúen por sus propios sentidos sino mediante la web sin una percepción completa y directa. A su vez, el computador y el soporte de la video conferencia son el *"medio"* que permite el pretendido contacto, que es a su vez parcial, de tal manera que estamos en presencia de una suerte de *"mediación telemática"* en tiempo real o *"sincrónica"*, que puede significar *"inmediatez"* en tiempo real pero que en cuanto a sus caracteres dista de ser inmediación procesal en el sentido estricto de su dimensión material. En este sentido, al estimar "necesario" los órganos colegisladores la dictación de una norma legal expresa que autorizara los juicios orales por zoom, reconocieron expresamente que no tenían cobertura legal habilitante suficiente en el Código Procesal Penal, lo cuál debe ser entendido a la luz de la afectación del derecho a defensa respecto de inmediación, oralidad y contradictorio y en el marco de las atribuciones de ponderación del artículo 10 del Código Procesal Penal.

### » Continuidad y concentración a la luz del Código Procesal Penal chileno.

**CUADRAGÉSIMO NOVENO**.- Que, como se ha señalado precedentemente, dado que se exige la presencia ininterrumpida durante el juicio oral no solo de los jueces, sino que también del fiscal, el defensor, el acusado, el acusador particular y del actor civil, se requiere que para que ello sea posible que el juicio se desarrolle sin solución de continuidad y, además realizando las actuaciones del mismo en la forma más concentrada y con las mayor brevedad, eficacia y precisión posible, ello de acuerdo a lo establecido en los artículos 282, 283, 292, 343, y 344 del Código Procesal Penal.

**QUINCUAGÉSIMO**.- Uno de los avances del nuevo proceso penal acusatorio con respecto al antiguo proceso penal inquisitivo es que superada la mediación como principio informador, ya no se juzgan "papeles", como lo era el resolver tras la lectura del expediente, sino que se juzga lo que se produce y percibe en tiempo real en una audiencia mediante el uso de los sentidos por seres de carne y hueso, que plantean un caso y producen prueba en dicha audiencia, la cual es examinada y contrastada in situ, bajo la percepción directa de los jueces del tribunal y de

los demás intervinientes, marco en el cual el contraste es necesario, surgiendo la necesidad del principio del contradictorio como pre supuesto necesario para que dicho contraste sea eficaz en términos de permitir apreciar y establecer hechos y a partir de ellos tomar determinaciones en derecho sustantivo, de las cuales derivará una sentencia definitiva que resolverá acerca de la pérdida de la libertad personal.

**QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.**- Este ejercicio requiere de la oralidad como regla operativa al menos y de la inmediación en los términos señalados, y traerá como consecuencia la superación del sistema de prueba legal tasada, pues lo juzgado no serán fojas de un expediente de papel, sino la credibilidad, razonabilidad, expertiz, idoneidad y coherencia de las probanzas producidas en el juicio oral. Así, el informe pericial no producirá fe solo por estar escrito y ser agregado a una carpeta de investigación, sino por ser expuesto y defendido en una audiencia, tras lo cual debe resistir el examen cruzado propio del principio de contradicción, en función del cuál puede ser derribado si el perito no es capaz de sostenerlo, mostrando que más allá de sus dichos en papel, no tenía el conocimiento ni la expertiz ni la base necesaria para aseverar lo que escribió y firmó, mismo ejercicio que es crucial para determinar el valor de la prueba de testigos. Así, el uso de herramientas telemáticas en juicios orales puede impedir un examen integral de la prueba e impide la comprobación del cumplimiento de la prohibición de lecturas, impidiendo además comprobar que un testigo está declarando sin ser forzado por terceros fuera del campo visual de la webcam.

**QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO.**- Es esta la oportunidad para señalar que en materia procesal penal la opción legislativa por los principios informadores del procedimiento no es una cuestión meramente técnica ni tampoco tienen el mismo valor constitucional todos los principios informadores de los procedimientos. En este sentido, entre escrituración y oralidad, debe tenerse presente que esta última ha sido una opción por motivos de mayor estándar de garantía de derechos. En este sentido, debe traerse a colación lo razonado por el maestro Iñaki Esparza Leibar, quién en referencia al sistema constitucional español, señala que *"Los motivos de la preferencia por la oralidad son posiblemente variados, pero nosotros nos inclinamos a pensar que el fundamental de entre ellos sea que un procedimiento en el que rija la oralidad (y naturalmente sus principios consecuencia), es con notoria diferencia más apto para obtener la tutela efectiva a que se refiere la propia CE. en su artículo 24.1, y específicamente más adecuado para articular un proceso con todas las garantías"* (Esparza, Iñaki, El Principio del Debido Proceso, J.M. BOSCH, Madrid,1995, la cita está extraída de la pag. 71 de la publicación web del texto como tesis doctoral, disponible en https://www.tdx.cat/handle/10803/10427#page=1). Dicho razonamiento es plenamente predicable respecto del estándar de pleno ejercicio del inviolable e irrenunciable derecho a defensa y también de las garantías de racionalidad y justicia que se establecen en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, además de ser también plenamente predicable acerca de los deberes del Estado Chileno respecto del cumplimiento de los estándares de garantías judiciales del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

**QUINCUAGÉSIMO TERCERO.**- En efecto, un proceso penal en única instancia requiere forzosamente de un alto estándar de inmediación, oralidad, escrutinio y contradicción mediante actividad procesal de parte, principios que pasan así a ser necesidades del debido proceso, motivo por el cual en la presente sentencia serán reconocidas como elementos integrantes de la garantía constitucional del debido proceso penal en el sistema chileno plasmado en el Código Procesal Penal. A su vez, si los principios de oralidad, inmediación, unidos al contradictorio hacen necesario resolver en única instancia para no resucitar la superada mediación. Así, la única instancia reconocerá su justificación en el pleno respeto y ejercicio de las garantías de oralidad, inmediación y contradictorio, acompañada además del control horizontal propio de un tribunal

colegiado, de tal manera que si todas o bien alguna de dichas garantías se ven degradadas o no se respetan, el juzgamiento penal en única instancia se puede volver ilegítimo, al desaparecer los contrapesos y romperse el fino equilibrio que son necesarios para legitimar la actividad punitiva.

## IV. ANÁLISIS DE FONDO. INAPLICABILIDAD DEL PRECEPTO IMPUGNADO A PARTIR DEL CASO CONCRETO.

**QUINCUAGÉSIMO CUARTO.**- Es de fácil comprensión entonces que la norma permite, o más bien ordena, la realización de juicios orales telemáticos asumiendo que el derecho a defensa esté reconocidamente afectado, exigiendo para suspenderlos que la afectación sea "absoluta", lo que significaría la imposibilidad total de ejercer el derecho a defensa, permitiendo la realización de juicios en todas las otras hipótesis de afectación "no absoluta", es decir, "relativa" o parcial del derecho a defensa. No deja de llamar la atención a estos sentenciadores que dicha norma sea interpretada de forma literal y restrictiva, pues la interdicción de la indefensión es un principio absoluto y un proceso penal sin defensa es por definición un proceso nulo en la medida que es un derecho irrenunciable y a la vez un elemento integrante del debido proceso, cuyos elementos son estándar de validez del mismo.

De tal forma, debe recordarse en materia de hermenéutica jurídica el criterio de efecto útil, es decir, que las normas han sido dictadas para tener un efecto determinado que es inexistente al momento de su entrada en vigencia o a lo menos uno que no es igual al que producen las normas preexistentes. En este sentido queda patente que es insensato sostener que se dictó la Ley N° 21.226 para prohibir la indefensión, sencillamente porque ya estaba prohibida, y salta a la luz que el sentido de la norma cuestionada no es entonces prohibir la indefensión, pues la Constitución, el Derecho internacional de los derechos humanos y el Código Procesal Penal ya la prohibían, sino que en realidad el sentido de la norma cuestionada en la Ley N° 21.226 es habilitar la realización de juicios orales incluso si el derecho a defensa se ve mermado, impidiendo que la judicatura los suspenda al no ser "absoluto" el impedimento de defensa que se invoque, resultando que las afectaciones del derecho a defensa requeridas para suspender el juicio no serían totales y por ende el juicio se verifica de todas formas, permitiendo por vía legislativa una degradación del estándar y funcionalidad del derecho a defensa, paradojalmente bajo la vigencia de normas constitucionales que en el año 2011 lo transformaron en irrenunciable y lo reforzaron (Ley de reforma constitucional N° 20.516).

**QUINCUAGÉSIMO QUINTO.**- En este sentido, no debe olvidarse lo obvio: si el ejercicio a defensa se ve obstaculizado por un *"impedimento absoluto"*, ello significa que no se puede ejercer de ninguna forma, lo que significa que esa es una hipótesis de indefensión total, cuestión que en el derecho chileno no era necesario proscribir por la Ley N°21.226, pues la interdicción de la indefensión ya es parte de las garantías de la dimensión constitucional del debido proceso penal, además de sancionarse en el Código de diversas formas, dentro de las cuáles cabe mencionar al menos la nulidad de lo obrado en indefensión (sea por vía incidental o recursiva) y el abandono de la defensa.

**QUINCUAGÉSIMO SEXTO.**- En efecto, si lo buscado por el artículo 9° de la Ley N° 21.226 era reforzar los estándares del derecho a la defensa, amén de dar continuidad al ejercicio de la jurisdicción en esta materia, para una pronta y cumplida administración de justicia, como impone el artículo 76 de la Constitución, de sus normas resulta una paradoja, pues frente a afectaciones calificables como *"no absolutas"* ni *"totales"* del ejercicio del derecho a defensa, el precepto cuestionado es una regresión: las normas del Código Procesal Penal -en particular su artículo 10 al consagrar la jurisdicción de cautela, inciso primero- permiten adoptar en sede jurisdiccional todas las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de los derechos del

imputado, agregando el inciso segundo del aludido artículo 10 que *"Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo".*

**QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO.-** Es decir, la judicatura sí tenía atribuciones ordinarias y suficientes para ponderar afectaciones parciales o *"no absolutas"* del ejercicio del derecho a defensa *"en cualquier etapa del procedimiento"*, sin necesidad de que se dictara la Ley N° 21.226, que solamente vino a autorizar los juicios telemáticos y en el precepto cuestionado a cercenar la ponderación de impedimentos "no absolutos". Del contraste del artículo 9° de la Ley N° 21.226 con el artículo 10 del Código Procesal Penal surgen una serie de consecuencias de constatación:

» El artículo 10 en comento permitiría suspender una audiencia por *"afectación sustancial"* (no necesariamente impedimento absoluto, que es un estándar más alto y rígido) del derecho a defensa y posteriormente determinar el curso del proceso.

» El artículo 9° de la Ley N° 21.226 impide suspender si el impedimento es parcial o sustancial pero no es *"absoluto"*, y de tal estatuto deriva que ordena realizar el juicio de todas formas.

Así, queda de manifiesto que es un craso error sostener que se está en presencia de una cuestión de mera legalidad que debe ser resuelta por el juez del fondo, pues justamente lo que el precepto impugnado determinó es la imposibilidad del tribunal para ponderar impedimentos "absolutos", los cuales además dejan al órgano jurisdiccional sin margen de ponderación en una norma de garantía aparente, pues solo puede suspender un juicio en indefensión, lo cual ya estaba prohibido constitucional y legalmente, por lo cual la norma nada asegura como estándar de garantía especial.

**QUINCUAGÉSIMO OCTAVO.-** Así, es evidente que el precepto cuestionado limitó las atribuciones ordinarias que la jurisdicción de cautela tiene en el artículo 10 del Código Procesal Penal, impidiendo la ponderación de impedimentos *"no absolutos"* para ejercer el derecho a defensa como factor de suspensión de juicios orales y permitiendo la realización de los juicios en todas las otras hipótesis de afectación del derecho a defensa, lo que significa que el legislador ha dispuesto mediante el precepto que se declarará inaplicable validar afectaciones a un derecho a defensa que la Constitución Política proclama como inviolable, deviniendo así en ineficaces, tautológicas y vacuas todas las otras proclamaciones normativas en orden a que los juicios telemáticos han de realizarse con pleno respeto a los derechos fundamentales, incluida la declaración de la norma general del artículo 10 de la misma ley, pues la misma en su artículo 9 contiene la norma especial cuestionada que permite degradar ese respeto, lo que significa negar la "plenitud" del derecho a defensa, degradando su estándar de ejercicio, e impidiendo al Poder Judicial velar cabalmente por su respeto y cumplimiento, como quedó en evidencia durante este proceso constitucional al constatarse que, prácticamente sin excepción, los Tribunales Superiores de Justicia han debido desestimar sistemáticamente toda acción o recurso destinado a evaluar situaciones de impedimentos no absolutos.

Si se pretende fundar la norma en la celeridad y en la necesidad de realizar los juicios a todo evento durante la pandemia, ha de tenerse presente que, como lo ha razonado este tribunal a propósito de otras limitaciones al derecho a defensa, *"estamos en presencia de una regla procesal que tiene costos y beneficios en su aplicación y que la magnitud e importancia de unos y otros puede ser determinante para verificar el grado de racionalidad de la norma. Como se explicará, más adelante, la aplicación de la regla legal impugnada afecta negativamente y en una magnitud relevante la racionalidad y justicia procedimental, lo cual no parece compensado por la existencia de algún beneficio o ventaja que lo justifique", que "el beneficio que puede servir de justificación para esta regla es el de evitar*

*obstáculos para la substanciación ordenada del proceso y, en definitiva, para la eficiente administración de justicia. No obstante, esta ventaja no siempre resulta completamente clara" y que "la aplicación de la regla genera una serie de costos que, en la práctica y en el caso, dan lugar, al final, a una vulneración de derechos constitucionales"* (respecto de las tres últimas citas ver STC 3123. Cons. 31° a 33°), en este caso en la dimensión material del derecho a defensa, que no puede ser sacrificado en un área tan relevante y aflictiva como el proceso penal, menos en aras de la celeridad y la economía de gestión punitiva.

**QUINCUAGÉSIMO NOVENO**. - En este orden, el artículo 10 de la Ley N° 21.226 dispone en una norma general que *"En los casos en que, conforme a las disposiciones de esta ley, un tribunal disponga proceder en forma remota, deberá tomar todas las medidas necesarias que aseguren las condiciones para el cumplimiento de las garantías judiciales del proceso, contempladas en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*, cuestión que en principio desnuda que el propio legislador partió reconociendo que el uso de herramientas telemáticas podía degradar el estándar de garantía del debido proceso y del derecho a defensa, por lo que buscó expresar directamente la necesidad de su respeto. Sin embargo, como respuesta a la posible degradación en cada caso concreto, la disposición de dicha norma resulta insuficiente, al realizar a nivel de ley una proclama que constitucionalmente es del todo obvia y además innecesaria de señalar expresamente en la ley, pues el legislador no podría haber dispuesto lo contrario, ya que nadie duda que está sometido al mandato constitucional del debido proceso y al derecho internacional de los derechos humanos que lo asegura, y que la Constitución hace suyo en su artículo 5°, inciso segundo, resultando de toda obviedad que no tiene potestades para preterir dicha sumisión dictando una ley.

Además, no es el artículo 10 la norma habilitante de la realización de juicios telemáticos con derechos mermados por un impedimento "no absoluto" para ejercerlos. En efecto, el artículo 10 presupone ya la existencia de las atribuciones de procedimiento telemático (que se contienen en otras normas de la Ley N° 21.226, al habilitar proceder "en forma remota", expresión que ocupa en 6 oportunidades en su texto), declarando los límites de su ejercicio, cuestión que, de tener sentido y eficacia fuera de lo señalado precedentemente, significaría que como regla general cualquier tipo de actuación de cualquier tipo de tribunal no podría verificarse si hay afectación de derechos por uso de medios telemáticos, pero significaría también que en materia penal ese criterio se vería modificado por la exigencia de impedimento absoluto de ejercicio de derechos para denegar la verificación de la actuación, en este caso, un juicio oral. De tal forma, resulta un error sostener que debió cuestionarse el artículo 10 y no el artículo 9 de la Ley N° 21.226.

A su vez, exigir al imputado que requiera de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 10 encierra una paradoja: es manifestarle que debe cuestionar y etiquetar de inconstitucional una norma que señala que debe ser juzgado en el marco de sus propias garantías del debido proceso, incluyendo su irrenunciable derecho a defensa jurídica.

**SEXAGÉSIMO**.- Cabe recalcar que la presente declaración de inaplicabilidad no es un cuestionamiento general acerca del uso de tecnologías en actuaciones procesales, las cuales son regularmente usadas también en alegatos de esta Magistratura, sino que es una inaplicabilidad de una norma específica, que impide a los jueces suspender audiencias en función de la ponderación de diferentes grados e intensidades de afectación y degradación del derecho a defensa del imputado, exigiendo que para suspender el impedimento de ejercicio de derechos sea absoluto. Así, el efecto de la presente declaración de inaplicabilidad no es una nulidad mecánica ni automática de un futuro juicio oral, sino solamente devolver a la judicatura de cautela las atribuciones de ponderar en específico la afectación de derechos de los intervinientes, cualquiera sea su grado e intensidad, para determinar si ello incide o no en una suspensión o realización del juicio oral, más allá de si

el impedimento invocado es o no *"absoluto"*, ampliando dicho examen y potestad a todo tipo de impedimentos constituidos por afectaciones *"no absolutas"* de derechos.

**SEXAGÉSIMO PRIMERO**.- Así, declarada la inaplicabilidad caso a caso, y no siendo cuestionada general ni abstractamente la autorización legislativa para juicios orales penales telemáticos, serán los tribunales del fondo los que deberán ponderar si la afectación de derechos y garantías en el caso concreto invocado es o no de la entidad suficiente para determinar si se accede o no a la realización o a la suspensión del juicio oral telemático en el caso específico, en función de lo que se acredite respecto de la degradación o limitación del ejercicio de los derechos del imputado privado de libertad, sobre todo en materia de defensa y debido proceso. Debe tenerse presente además, que la suspensión o el reagendamiento seguirán regidas por las normas del artículo 7 de la misma Ley N° 21.226, lo cual despeja toda duda acerca de la validez de lo que se obre al fijar un estándar expreso y eventualmente suspender en cada caso concreto.

## V. OTRAS CUESTIONES.

**SEXAGÉSIMO SEGUNDO**.-Que el precepto cuestionado no fue objeto de control de constitucionalidad abstracto y preventivo en la sentencia Rol N° 8564 de esta Magistratura, que se refirió a algunos preceptos de la Ley N° 21.226, debiendo recalcarse que es evidente que la Constitución no permite limitar ni restringir el acceso a la justicia ni el derecho al debido proceso ni el derecho a la tutela judicial efectiva ni el derecho a defensa por parte del legislativo bajo la vigencia de un Estado de Excepción constitucional, pues es diferente un proyecto que entrega atribuciones para decidir cómo se administra la emergencia o una simple prórroga de plazos, de un proyecto que ordena denegar tutela y rebajar el estándar del inviolable derecho a defensa establecido por la Constitución Política.

**SEXAGÉSIMO TERCERO**.- Que, por otra parte, sostener que el recurso de nulidad por infracción de derechos fundamentales del artículo 373, letra a), Código Procesal Penal sería la vía para enmendar las vulneraciones a derecho alegadas por el requirente constituye un error por varias razones. La primera de ellas es que dicho recurso no es un medio idóneo para verificar control de constitucionalidad de normas con rango de ley que afecten derechos, es decir, claramente no es un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, pues su objeto es el juicio y/o la sentencia, mas no la ley habilitante para ello. En el mismo sentido, la infracción debe ser "sustancial", es decir, que sea trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho al debido proceso, (399), entendida dicha "sustancialidad" a efectos de respetar el principio de que la nulidad sin perjuicio específico no operaría (ver Los Recursos Procesales, Mario Mosquera Ruiz y Cristián Maturana Miquel, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición , 2020, pp. 382 y 399). Así, dicha "sustancialidad" configura un elemento propio de un recurso extraordinario, determinando no solo la concurrencia del vicio alegado, sino una entidad alta y una conexión indispensable con el resultado.

Desde esta perspectiva, la declaración de inaplicabilidad del precepto cuestionado se revela como esencial y necesaria para poder dar cumplimiento a los estándares de debido proceso a que el Estado de Chile se encuentra obligado en el sistema penal, ya que solo así se podrán ponderar en sede de recurso de nulidad los impedimentos no absolutos de ejercicio del derecho a defensa, pue son puede preterirse lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito de ello y respecto de nuestro país, al señalar que "la interpretación que los tribunales internos realicen de la referida causal debe asegurar que se garanticen el contenido y criterios desarrollados por este Tribunal respecto del derecho a recurrir el fallo (supra párr. 270). El Tribunal reitera que las causales de procedencia del recurso asegurado por el artículo 8.2.h) de la Convención deben

posibilitar que se impugnen cuestiones con incidencia en el aspecto fáctico del fallo condenatorio ya que el recurso debe permitir un control amplio de los aspectos impugnados, lo que requiere que se pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en las que está fundada la sentencia condenatoria" (CASO NORÍN CATRIMÁN Y OTROS, DIRIGENTES, MIEMBROS Y ACTIVISTA DEL PUEBLO INDÍGENA MAPUCHE VS. CHILE, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2014, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS).

El segundo motivo es que sostener que el recurso de nulidad sería la vía para enmendar el efecto inconstitucional alegado por la aplicación del precepto cuestionado es que tal hipótesis implicaría acoger un recurso en contra de un juicio oral "visado y autorizado" por ley especial tras litigar sin éxito la entidad acerca del impedimento "no absoluto" de ejercicio del derecho a defensa, autorización de enjuiciamiento que se expide mediante una sentencia interlocutoria dictada en virtud del precepto impugnado, motivo por el cuál concluir que la presente causa es un tema de nulidad y no de inaplicabilidad sería concluir que dicho recurso extraordinario y de derecho estricto habilitaría a proceder contra legem al acogerlo, lo cual es en sí mismo una contradicción conceptual, pues el juicio se desarrolló por habilitación expresa del artículo 9 de la Ley N° 21.226, y si se procediera contra legem en un proceso penal, el juicio se encontraría fuera de la legalidad procedimental, cuestión que también constituiría un cuestionamiento de validez, pues, en efecto, el artículo 377 del Código contempla expresamente la nulidad por infracción de ley de procedimiento al regular la preparación del recurso, señalando que "Si la infracción invocada como motivo del recurso se refiriere a una ley que regulare el procedimiento, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto". Es menester entonces considerar que no tiene sentido sostener que el recurso de nulidad habilitaría a preterir la vigencia del artículo 9° cuestionado en estos autos.

En tercer lugar, si se considera que el recurso de nulidad sería la vía idónea en lugar de la inaplicabilidad en el caso sublite, invocando la causal de afectación del ejercicio de las facultades del derecho a defensa, se topa con que dicho motivo anulatorio que se establece al efecto en la letra c) del artículo 374 del Código Procesal Penal se configura "Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga", determinando entonces que es la ley el canon de juicio del mismo, lo cual obliga a constatar que en este caso es la misma ley la que permite enjuiciar con un degradado derecho a defensa, declarando válido el juicio si el impedimento no es "absoluto", lo cual impide que el recurso prospere por sí sólo salvo en situaciones de indefensión total, dejando de manifiesto la necesidad de la declaración de inaplicabilidad para que en todos los otros casos para que el motivo de nulidad pueda ser útil.

**SEXAGÉSIMO CUARTO.**- Por otra parte, en cuanto a la situación de las medidas cautelares de los imputados que se encuentren en hipótesis de juicios orales telemáticos, el artículo 9° de la Ley N° 21.226 se refiere genéricamente al caso "en el que hubiere persona privada de libertad", sin señalar específicamente hipótesis de prisión preventiva ni tampoco descartando otras medidas cautelares personales que pudiesen llegar a grado de privación de los derechos y garantías de la libertad personal del numeral 7° del artículo 19 de la Constitución Política, por lo que será labor de los jueces del fondo determinar el sentido y alcance de dicha norma del artículo 9° en comento, no correspondiendo a esta Magistratura precisar criterios hermenéuticos al respecto para la gestión respectiva, por lo cual es irrelevante determinar si en el caso específico hay o no prisión preventiva al momento de requerir de inaplicabilidad.

**SEXAGÉSIMO QUINTO.**- Sin perjuicio de lo expresado precedentemente, debiendo la solicitud de inaplicabilidad interponerse antes de que se concrete el posible resultado inconstitucional derivado de la aplicación de la norma que se cuestiona, no cabe sino hacer un ejercicio hipotético

y eventual en cuanto a su futura aplicación, bastando entonces la mera posibilidad de la misma, motivo por el cual el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución exige como presupuesto de admisibilidad que la aplicación del precepto "pueda" resultar decisiva, ya que en esas condiciones hipotéticas y eventuales no puede sino exigirse solamente una mera posibilidad. En ese sentido la administración de medidas cautelares personales en el proceso penal es un tema propio de las atribuciones de la judicatura del fondo, que siempre es dejado a salvo por esta Magistratura en un proceso de inaplicabilidad, existiendo la posibilidad de decisiones relativas a privación de libertad a ese respecto, en el marco de la sustanciación de la gestión pendiente y del ejercicio de atribuciones del órgano jurisdiccional respectivo, aun cuando se decrete la suspensión del procedimiento.

**SEXAGÉSIMO SEXTO.**- En efecto, corolario de lo expuesto es que la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que basta la existencia de una mera posibilidad de esa aplicación del precepto cuestionado para que el Tribunal deba entrar al fondo del asunto y pronunciarse acerca de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad que pueda afectarle. (Ver STC 505 c. 11 y en el mismo sentido, STC 634 c. 8, STC 790 c. 7, STC 808 c. 7, STC 943 c. 9, STC 1006 c. 4, STC 1046 c. 8, STC 1215 c. 11, STC 1253 c. 8, STC 1279 c. 9, STC 1295 c. 42, STC 1463 c. 7, STC 1674 c. 7, STC 1741 c. 7, STC 2237 c. 14, STC 2246 c. 9, STC 2651 c. 7, STC 2678 c. 9, STC 506 c. 11, STC 2982 cc. 5 y 15, STC 2907 c. 9, entre otras).

**SEXAGÉSIMO SÉPTIMO.**- Que, de tal forma, se declarará la inaplicabilidad del precepto cuestionado y el requerimiento será acogido.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**
**I. QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EXPRESIÓN "EN FORMA ABSOLUTA", CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 9°, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 21.226, QUE ESTABLECE UN RÉGIMEN JURÍDICO DE EXCEPCIÓN PARA LOS PROCESOS JUDICIALES, EN LAS AUDIENCIAS Y ACTUACIONES JUDICIALES, Y PARA LOS PLAZOS Y EJERCICIO DE LAS ACCIONES QUE INDICA, POR EL IMPACTO DE LA ENFERMEDAD COVID-19 EN CHILE, EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1800776367-7, RIT N° 11-2020, SEGUIDO ANTE EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE CONCEPCIÓN. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**
[…]

## 5.h. Debido proceso y persecución penal.

**SENTENCIA ROL 12.041-2021.** *Publicada el 28 de junio de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 248, letra c); y 259, inciso final, del Código Procesal Penal. José Ignacio del Sagrado Corazón Montes Ariztía. En el proceso RUC N° 2010047421-3, RIT N° 8865-2020, seguido ante el Segundo Juzgado de Garantía de Santiago.

**VOTO MAYORÍA**

[…]

**I. REFERENCIAS RELEVANTES EN RELACIÓN CON EL CASO CONCRETO.**

**PRIMERO**.- René Núñez Ávila, abogado, en representación de José Ignacio del Sagrado Corazón Montes Aristía, deduce requerimiento de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 248, letra c) y 259 inciso final, ambos del Código Procesal Penal, pues a su juicio, en el caso concreto, con su aplicación se infringiría el artículo 19 Nº 3, inciso 1º, de la Constitución Política de la República, en relación con los artículos 76, inciso 2º y 83, inciso 2º, todos del Código Político.

**SEGUNDO**.- Que, en este sentido, como consta a foja 22, el segundo Juzgado de Garantía de Santiago, certificó que ante dicho Tribunal se tramita la causa RIT 8865-2020. Asimismo, certifica que con fecha 09 de septiembre del 2020 se interpuso querella por el delito creado por la Ley Nº 21.013, artículo 403 TER del Código Penal. Señala que la causa, a la época de la certificación, se encuentra en estado de tramitación, habiéndose fijado la audiencia para comunicar decisión de no persevera, el día 12 de noviembre del 2021.

**TERCERO**.- Que, el requirente, a fojas 11 y siguientes, arguye que el efecto de aplicar el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal es que *"El querellante no podrá forzar la acusación si no existe formalización" siendo imposibilitado de obligar al Ministerio Público a formalizar, impidiendo a la víctima, a su juicio, ejercer la acción penal en plenitud. Agrega que, a propósito de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 258 en relación con el 259 inciso final del Código Procesal penal, a foja 13 "(…) la única solución en la aplicación de esta norma para que sea armónica con la protección de este derecho constitucional a ejercer la acción penal, sería la aplicación expresa del artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, y respetar su tenor literal, esto es, entender que toda comunicación de una decisión de no perseverar supone una formalización previa".*

**CUARTO**.- El actor, expresa, a foja 15, que "(…) dado que el Ministerio Público no ha formalizado la investigación a los querellados, resulta (…) improcedente autorizar al querellante para que fuerce la acusación, conforme a lo establecido en el artículo 258 del Código Procesal Penal, dado que, según dicha interpretación, en ausencia de formalización sería imposible cumplir con el principio de congruencia". De tal modo, sostiene que "(…) si se decide aceptar la comunicación de la decisión de no perseverar, sin que exista formalización, entonces corresponde que no se exija al querellante la aplicación del inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal".

**QUINTO**.- Que, a reglón seguido, a foja 16 y siguientes, el requirente señala que la norma impugnada vulneraría el derecho a tutela judicial, reconocido en el artículo 19 Nº 3, incisos 1º y 2º, de la Constitución Política de la República, toda vez que su aplicación significaría que la víctima, sea vulnerada en su derecho a exigir protección y pronunciamiento por medio del legítimo ejercicio de la acción penal que la Constitución le reconoce en su artículo 83, inciso 2º.

## II. ACERCA DEL CAMBIO DE LÍNEA JURISPRUDENCIAL

**SEXTO**.- No puede preterirse que el control de inaplicabilidad es de carácter concreto y de efectos inter partes, de lo cual deriva que para acoger un requerimiento es presupuesto necesario el acreditar un potencial efecto inconstitucional derivado de la aplicación del precepto cuestionado a la gestión pendiente, lo cual ha de ser evaluado en mérito de los elementos de hecho y derecho del caso concreto, en función de su estado procesal específico. De ello redundará que en función de los elementos del caso concreto un mismo precepto legal puede resultar inaplicable en algunos casos y en otros no.

**SÉPTIMO**.- A su vez, las necesidades de certeza jurídica y de igualdad ante la ley y ante la Constitución hacen relevante que las líneas jurisprudenciales de este Tribunal gocen de un nivel de homogeneidad consolidación que las haga reconocibles, cuestión que empalma con el derecho de todo justiciable a la igual protección por el sistema jurídico en el ejercicio de sus derechos (artículo 19, numeral 3°, inciso primero, de la Constitución vigente).

**OCTAVO**.- En tal orden, el precepto legal cuestionado es parte de aquellos que reiteradamente han sido sometidos a control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, con resultados disímiles a lo largo de la historia de este Tribunal. En tal sentido, este tribunal fijó doctrina y estándares de rechazo de las inaplicabilidades del artículo 248, letra c) del Código procesal penal, en la sentencias Rol 1341-09, con criterio reiterado en la sentencias roles N°s 1394-09 y 1404-09 (registrándose además resoluciones de rechazo por empate en los procesos roles 2561-13 y 2680-14), *"evolucionando desde una posición original que consideraba que los derechos de la víctima estaban por sobre las facultades del fiscal, hasta una postura más atenuada, que establece ciertos criterios a través de los cuales se logra un equilibrio entre los derechos de ésta y las facultades de aquél" (sentencia Rol N° 1341, cons. 10), lo cual "puede apreciarse en la dictación, en orden cronológico, de las siguientes sentencias: STC rol Nº 815 de 19-08-2008, que se pronuncia sobre la supuesta inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 230 CPP; STC rol Nº 1244 de 02-06-2009, cuyo requerimiento impugnaba los artículos 229, 230 y 237 CPP; STC rol Nº 1337, de 20-08-2009, donde se cuestiona la supuesta inconstitucionalidad de los artículos 230 y 186 CPP; STC rol Nº 1380 de 3-11-2009, que se pronuncia sobre los mismos artículos del fallo anterior; STC rol Nº 1467 de 29-12-2009, en que se cuestionaba el artículo 230 del CPP; STC rol Nº 1535 de 28-01-2010, donde se cuestionaba la imposibilidad del querellante de apelar frente a la exclusión de ciertas pruebas que establece el artículo 277 del CPP; y la STC rol Nº 1445, de 29-01-2010, donde se impugnaba, entre otros aspectos, la suspensión condicional del procedimiento simplificado en el CPP"* (id. ant.).

**NOVENO**.- A su vez, recién desde octubre de 2019 se registran sentencia estimatorias de inaplicabilidad respecto del artículo 248, letra c), siempre en votación dividida, en una suerte de retorno a lo razonado y resuelto en la sentencia Rol N° 815, del año 2008, que deja sin efecto la línea jurisprudencial fijada a partir de la sentencia Rol N° 1341. Este retorno a los estándares de la sentencia Rol N° 815 durará aproximadamente 2 años y medio, en la que se registran, entre otras, las sentencias Roles N°s 5653-18, 6718-19, 7237-19, 8060-19, 8142-20, 8161-20, 8798-20, 8887-20, 8925-20, 9239-20, 9266-20, 9835-20, 9853-20, 10112-21, 10166-21, 10826-21, 10953-21, 11442-21, 11603-21 y 11526-21.

**DÉCIMO**.- En esta oportunidad, y tras cambios recientes de integración, esta Magistratura modificará la línea jurisprudencial que fue determinada por mayoría del Pleno desde octubre de 2109 hasta inicios del presente año, sin dejar de tener presente que en materia de Derecho Procesal Constitucional, uno de los más preclaros y reconocidos autores de nuestro continente ha sostenido que *"dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está la predicción y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las*

*reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales"* (Osvaldo Alfredo Gozaíni (2014), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional* Latinoamericano, Tomo III, Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, p. 604). Es en ese orden que esta sentencia anuncia expresamente un cambio de línea jurisprudencial respecto del control de la preceptiva cuestionada, y no solamente una variación de criterio respecto de la presente causa.

**UNDÉCIMO**.- Adicionalmente, a propósito del valor de lo que se suele denominar "precedente", no puede preterirse alguna reflexión a la cuestión de si este Tribunal Constitucional está obligado o no a seguir la línea jurisprudencial que emana de sus sentencias previas (el auto precedente o auto vinculación), la cual generalmente es invocada por las partes que recurren a él, o si existe la posibilidad de que efectúe un cambio jurisprudencial a pesar de la igualdad sustancial de los supuestos del caso. Entendemos que la dificultad se plantea especialmente cuando dicha jurisprudencia constituye una doctrina reiterada que establece esta Magistratura al decidir causas que tienen elementos de derecho similares, doctrina que ha supuesto seleccionar un determinado significado atribuido a las normas que interpreta descartando otros. En tal sentido, deben señalarse varias cuestiones.

**DUODÉCIMO**. - En primer lugar, siendo la inaplicabilidad un control de carácter concreto, como ya se especificara, no puede pretenderse una repetición automática, mecánica y ciega de sentencias por el solo hecho de plantearse una cuestión sobre las mismas normas de manera reiterada.

**DECIMOTERCERO**.- En segundo lugar, ni la ley orgánica de esta Magistratura ni la Constitución vigente establecen ni regulan en ninguna parte un sistema de precedentes jurisprudenciales ni de extensión de efectos de sentencia extra proceso en el control de inaplicabilidad, que además tiene solo efectos particulares y se refiere solo al caso concreto.

**DECIMOCUARTO**.- En tercer lugar, que despejado el carácter concreto del control de inaplicabilidad, debe tenerse presente que lo que sí merecería una lectura posiblemente más allá del caso específico es el estándar de constitucionalidad que se fije como parámetro de control, en la medida que ello se traduce en determinar el sentido, alcance y significado de normas constitucionales, cuya eficacia -no obstante el efecto inter partes de la sentencia- es abstracta y erga omnes.

**DECIMOQUINTO**.- Que, en tal sentido, la labor del intérprete constitucional es eminentemente fijadora de sentido dentro de un abanico de posibilidades hermenéuticas, debiendo tenerse presente que "El legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y esta libre actuación requiere en muchos casos (aunque no, claro es, en todos) que el enunciado de sus preceptos Constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas. No de interpretaciones jurídicas, sino de interpretaciones políticas, es decir, de maneras diversas de entender el texto Constitucional cuyos enunciados han de construirse, por tanto, con conceptos de valor de un alto grado de abstracción" (Francisco Rubio Llorente, *"La interpretación Constitucional"*, en *"La Forma del Poder, estudios sobre la Constitución"*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pag. 573 y sigs.). En el mismo sentido, no puede preterirse que la interpretación constitucional se hace con una finalidad: resolver conflictos teniendo como estándar el significado de la norma que recoge los valores y principios fundamentales para estructurar en cohesión, unión y paz la convivencia de los miembros de una sociedad diversa en un momento histórico determinado, por lo cual es una innegable necesidad la evolución de la interpretación de la Constitución para entender su rol en los paradigmas culturales, jurídicos y sociales actuales, pues se usa para resolver conflictos hic et nunc, aquí y ahora. En tal orden la doctrina señala que "la actividad interpretativa no puede desligarse de

las condiciones generales que conforman el ordenamiento jurídico y del desarrollo histórico a que éste se ve sometido" (María Luisa Balaguer Callejón, "INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO", ED. Tecnos, Madrid, 1997). Así, por ejemplo, los conceptos de la cláusula constitucional de la dignidad humana y la igualdad como valor supremo en el artículo 1 de la Constitución felizmente no tienen el mismo significado hoy, año 2022, que el que se le asignaba en el año 1980, aunque su texto y literalidad puedan ser los mismos.

**DECIMOSEXTO.**- De tal manera, el recurso a la jurisprudencia como referente y elemento de juicio no puede significar la petrificación del derecho a los estándares de una época pretérita y superada, ni tampoco puede significar la negación de la necesaria interpretación evolutiva de las normas constitucionales. En ese sentido, no puede olvidarse que la Ley de reforma constitucional N° 19.519 fijó las bases constitucionales de un sistema penal acusatorio para Chile, introduciendo al Ministerio Público como órgano constitucional autónomo, junto al principio de oficialidad en la persecución penal, encarnado en este órgano del poder estatal, que como tal en un Estado de Derecho representa a la comunidad en el interés público comprometido en el conflicto penal. Este punto no puede ser pasado por alto, pues configura un elemento de avance y guía hermenéutica, cual es la superación a nivel constitucional del viejo sistema inquisitivo del Código de Procedimiento Penal, que tras el naufragio de la creación de los promotores fiscales entregaba en las normas no solo la investigación sino también el impulso procesal a los jueces del crimen en los delitos de acción pública, impulso procesal que frente a la saturación de un sistema regido por la inexcusabilidad terminaba de facto entregado al querellante, ya que solo avanzaban aquellas causas en las que el querellante asumía el impulso, deviniendo en una regresiva, arcaica y retrógrada privatización del conflicto penal, en una era en la que el mundo occidental ya asumía que el conflicto penal es de orden e interés público y que en él es parte primordialmente la comunidad por su relevancia y dañosidad social.

**DECIMOSÉPTIMO.**- De tal forma, es regresivo y no es constitucionalmente correcto sostener una interpretación que tienda a la privatización del conflicto penal o a preterir el principio de oficialidad que deriva del interés público involucrado en él, a pretexto de profundizar de manera extensiva la acción penal de la víctima que establece el inciso segundo del artículo 83 de la Constitución, la cual no puede ser interpretada en analogía a los poderes del Ministerio Público, pues éstos no se refieren solo al ejercicio de la acción, sino que anteriormente a la dirección de la investigación, su gestión y la evaluación de su mérito y resultado, en el entendido que un sistema acusatorio es por definición selectivo y no universal respecto de qué causas se formalizan, y en cuáles de ellas se acusa para determinar si irán o no finalmente a etapa de juicio oral, marco en el cual además es ineludible como estándar mínimo el deber de correlación o congruencia, en tanto elemento inexcusable del debido proceso penal y del derecho a la defensa, cuestión que, además de lo ya expresado, motiva a su vez el cambio de línea jurisprudencial respecto del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal.

## III. CRITERIOS INTERPRETATIVOS

**DECIMOCTAVO.**- Que, el dilema constitucional a sistematizar en el conflicto concreto motivo del presente fallo, es un cuestionamiento de la constitucionalidad de la norma impugnada por infracción a los artículos 19, Nº 3, incisos 1º y 2º y 83 inciso 2, de la Constitución Política de la República, dado que, a juicio del requirente, la aplicación que está haciendo el Ministerio Público de la facultad establecida en el artículo 248, letra c) del Código Procesal Penal, contraviene, en su aplicación, el derecho constitucional a ejercer la acción penal y, en consecuencia, la exigencia constitucional de racionalidad y justicia del procedimiento.

**DECIMONOVENO**.- Que, para abordar el cuestionamiento jurídico antes señalado, resulta pertinente en dicho análisis considerar lo expresado en el motivo 13 de la sentencia de este órgano, de 23 de junio de 2002 (Rol N°325-01, c. 13º), cuando señala que: "Los principios hermenéuticos aplicables para interpretar la Constitución son más amplios que los que rigen para las leyes. La Constitución, a diferencia de las leyes ordinarias, "es una super-ley, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de establecer con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quienes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de Derecho."

**VIGÉSIMO**.- Que, complementado lo anterior, la hermenéutica ha considerado la "presunción de legitimidad" o "interpretación de conformidad a la Constitución", que el Tribunal ha aplicado de manera reiterada. De sus fallos se infiere que los preceptos que le corresponde controlar deben estimarse, en principio, constitucionales, válidos o legitimados y que sólo deben declararse inconstitucionales, una vez que el análisis depurado de ellos lleve a los sentenciadores a la íntima convicción, más allá de toda duda razonable, que no es posible armonizarlo con la preceptiva de la Carta Fundamental (Valenzuela Somarriva, Eugenio, Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional, Cuaderno N° 31, Tribunal Constitucional de Chile, 2006, p.35);

**VIGÉSIMO PRIMERO**.- De tal modo, esta Magistratura ha utilizado el criterio de la razonabilidad, como método resolutivo sobre la constitucionalidad de una o más normas, de forma que la fundamentación de la convicción de los magistrados sobre la legitimidad o invalidez de un determinado precepto jurídico dentro de nuestro ordenamiento constitucional, hace palpable que la llamada "razonabilidad técnica" configure una especie de principio general, situación que en el caso que nos ocupa se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley procesal penal y los medios que se planifican para lograr el objetivo. En otras palabras, la existencia de una correspondencia o vínculo entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar se expresa en un método que requiere de una justa adecuación entre los fines perseguidos por la norma superior y los medios empleados por la de inferior jerarquía para lograrlos.

## IV. LA PROGRESIÓN DEL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO.

**VIGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, conforme ha sido considerado previamente por este Excelentísimo Tribunal Constitucional, el sistema procesal penal chileno, tras la última reforma procesal, ha abandonado la fórmula del proceso penal inquisitivo, procediendo a desconcentrar las funciones que ejercía el juzgador y reservar la labor investigativa de forma exclusiva a un ente público, distinto del juez, instaurando para dichos efectos el Ministerio público. Así ha sido consignado en fallos anteriores de esta judicatura, donde se expresa: "la naturaleza del nuevo sistema penal y las formas en que los sistemas de persecución penal han ido cambiando a través de la historia se condicen con los objetivos alcanzados por la justicia penal. En un primer momento se aplicó el sistema de venganza o justicia privada. El sistema de venganza privada fue sustituido por un sistema de justicia pública, en el cual se castiga al culpable por un mal similar al que él ha causado. Es en la Edad Media tardía en que surge un nuevo modelo de proceso penal conocido como "Proceso Inquisitivo". Se trata de un proceso de investigación controlado e impulsado oficialmente, en donde el proceso penal pierde el carácter adversarial y antagónico entre ofensor y ofendido que tenía en su origen, para pasar a constituirse en una relación "bipolar" entre el juez

y acusado. De esta evolución histórica se puede subrayar que el derecho procesal penal pasó de manos de los particulares a manos del órgano jurisdiccional. El sistema inquisitivo era el que imperaba en nuestro ordenamiento hasta la Reforma Procesal Penal. Esta última modificó tanto la concentración de funciones como el principio de legalidad procesal (STC 1341 cc. 17 a 20) ";

**VIGÉSIMO TERCERO.** - Analizada la basta jurisprudencia de este Excelentísimo Tribunal Constitucional, resulta claro que mediante la Reforma Procesal Penal se establecieron las instituciones necesarias para lograr, entre otras cosas, un sistema de juzgamiento a través del cual se garantizaría la imparcialidad e independencia del juzgador respecto del querellado. De este modo, para alcanzar dichos objetivos, se separó en distintos órganos la investigación y el juzgamiento, y para evitar cualquier objeción de constitucionalidad. Para ello se llevó a cabo una reforma constitucional, posicionando al Ministerio Público con un rol protagónico dentro del proceso penal, pues en adelante será el órgano que dirigirá la investigación de forma exclusiva, a fin de propender a alcanzar uno de los objetivos de la Reforma Procesal Penal, separar en distintos órganos las facultades jurisdiccionales y las propiamente administrativas.

**VIGÉSIMO CUARTO.** Que, en tal orden, el nuevo Sistema Procesal Penal chileno, vino a reemplazar una arcaica estructura de enjuiciamiento inquisitiva y, en lo que importa al caso concreto, a evitar que los casos que no terminaran en la imposición de condena fueran sobreseídos temporalmente en etapas avanzadas del procedimiento -como ocurría en el contexto del Código de Procedimiento Penal, en aplicación de su artículo 409 Nº 2-, con el consecuente uso de recursos públicos y tiempo destinado a la investigación, que a posterior podría ser declarada inconducente. De este modo, mediante la Reforma Procesal Penal, el legislador promovió salidas "expeditas" de investigaciones que no serán objeto de sanción penal, por no existir antecedentes suficientes para fundar la acusación, incorporando en el Ordenamiento Jurídico mecanismos para definir criterios de oportunidad en la investigación, dotando al Ministerio Público a fin de entregarle facultad discrecional para lograr salidas desjudicializadas a conflictos penales que no tienen perspectiva de éxito, por el motivo ya aludido, intentando maximizar los recursos y reducir el plazo de las investigaciones, todo ello en beneficio del querellado y la víctima. Así, el artículo 248 letra c), del Código Procesal Penal, se establece como uno de aquellos mecanismos con los que cuenta el Ministerio Público, para no continuar con investigaciones que, al final del proceso, igualmente, serían declaradas "inconducentes".

## V. PERTINENCIA CONSTITUCIONAL DE LA NORMA PROCESAL PENAL CUESTIONADA.

### La atenuación del principio de legalidad en el nuevo proceso penal chileno.

**VIGÉSIMO QUINTO.**- Que, el principio de legalidad en su faz procesal "enuncia que el Ministerio Público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla, hacerla cesar a su mero arbitrio". El proceso penal inquisitivo se estructuraba en base a cierta concepción del principio de legalidad: se debían perseguir y sancionar todas las situaciones delictivas. Dicho principio así comprendido, sin embargo, fue atenuado por la Reforma Procesal Penal. En ese sentido, se ha otorgado al Ministerio Público amplias facultades para dirigir la investigación y decidir sobre el curso de esta, facultades en las cuales puede actuar con cierta discrecionalidad. En los modelos con esta dosis de discrecionalidad, *"la facultad de selección de casos aparece como una excepción del principio de legalidad. Dicha discrecionalidad se justifica en el principio de racionalidad del uso de los recursos públicos, en virtud del cual éstos deber ser usados de manera eficiente. Permitirle al Ministerio Público organizar la persecución penal bajo criterios de eficiencia y racionalidad, tiene un sustento lógico. La persecución penal que lleva adelante el Ministerio Público se caracteriza por ser una persecución*

*penal pública, en que los órganos encargados de la persecución penal forman parte del aparato estatal. Sólo en una persecución penal de este tipo tiene sentido hablar de selección de casos y de aplicación del principio de eficiencia en el uso de los recursos"* (STC 1341 cc. 27 a 33);

**VIGÉSIMO SEXTO.**- Es en tal sentido que deben ser entendidas instituciones como el principio de oportunidad y la decisión de no perseverar, y es por ello que son atribuciones del ente persecutor.

## La facultad de no perseverar.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.**- Que, esta forma de cerrar el procedimiento es facultativa, es decir, el Fiscal decide si la aplica o no, y es una de sus facultades discrecionales que el sistema le entrega al Ministerio Público en el proceso de dirección de la investigación. Para que el Ministerio Público pueda ejercer la facultad de no perseverar en la investigación, es necesario que se cumpla una serie de requisitos previos. Estos son los elementos reglados de la potestad que se le otorga, sin perjuicio de que en ellos existan elementos discrecionales. (a) En primer lugar, es imprescindible que el fiscal haya practicado todas "las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores", de acuerdo al artículo 248 en análisis. (b) Como segunda condición, es necesario que el fiscal haya cerrado la investigación y que se pronuncie dentro de los 10 días siguientes a dicho cierre. (c) Como tercera condición, es preciso que, habiendo realizado las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el Fiscal llegue a la conclusión de que los antecedentes reunidos no son suficientes para fundar una acusación. (d) En cuarto lugar, es necesario que la facultada de no perseverar se comunique en una audiencia convocada especialmente con ese objeto por requerimiento del fiscal. La decisión de no perseverar en el procedimiento no está sometida a la aprobación del juez de garantía. Dicha característica tiene relación con la naturaleza investigativa de la facultad de no perseverar y con la lógica de la Reforma, es decir, separar funciones administrativas y jurisdiccionales en distintos órganos. Durante la tramitación legislativa se consideró que la existencia o no existencia de un mérito probatorio que permitiera fundar una acusación era una cuestión cuya determinación correspondía esencialmente al órgano encargado de la investigación penal no constituía, en cambio, materia de pronunciamiento jurisdiccional. La víctima respecto de la cual se ejerce la facultad de no perseverar, no queda en la indefensión, ni tampoco la aplicación de dicha facultad por parte del Ministerio Público vulnera su derecho a la defensa, su derecho a la acción penal, el principio de esencialidad de los derechos ni la obligación del Ministerio Púbico de investigar" (STC 1341 cc. 45 a 56, 61 a 63 y 86) (En el mismo sentido, STC 1394 cc. 19 a 24 y 27 a 29, STC 1404 cc. 19 a 24, STC 2026 cc. 14 a 20, STC 2697 c.14);

## Contexto de la investigación penal. La posición de la víctima tras la reforma procesal penal.

**VIGÉSIMO OCTAVO.**- Que, es indudable que el proceso penal es la vía que tiene la víctima para obtener la reparación frente a la infracción de los más importantes bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento Jurídico Penal, que se reconocen en su doble faz, como derechos y garantías de los derechos inherentes a las personas, y que se encuentran, incluso, en un estadio superior a los propios intereses que pueda poseer el Estado en determinadas materias.

**VIGÉSIMO NOVENO.**- Que, como sostienen los profesores Maturana y Montero *"un proceso racional y justo no sólo debe resguardar los intereses del imputado, sino que, en la misma jerarquía, los derechos de las víctimas de gozar de garantías equivalentes y efectivas en orden a acceder a la justicia, entendida como el derecho al ejercicio de la jurisdicción (…)"* (Cristián Maturana, Raúl Montero.

Derecho Procesal Penal, tomo I. Tercera edición actualizada, 2017, editorial librotecnia, p. 416). Derecho que ha sido reconocido por éste Excelentísimo Tribunal Constitucional, ya desde larga data.

**TRIGÉSIMO**.- Que, a pesar de que la víctima tiene diversos derechos en el proceso penal (1. Derecho a ser atendida; 2. Derecho a denunciar el delito; 3. Derecho a ser informada; 4. Derecho a solicitar protección; 5. Derecho a obtener reparación; 6. Derecho a ser escuchada; 7. Derecho a interponer querella; 8. Derecho a participar en el proceso; 9. Derecho a reclamar; 10. Derecho a contar con asesoría y defensa gratuita) no se puede afirmar que esta tenga directamente un derecho a que se investigue. La víctima no sustituye al Ministerio Público en su labor de investigar, sin perjuicio de que excepcionalmente, ella pueda forzar la acusación y solicitar diligencias de investigación. En otras palabras, los intereses de la víctima no son vinculantes ni para el Fiscal, en sus labores investigativas, ni para el juez en su función jurisdiccional, sin perjuicio de los derechos ya precisados.

**TRIGÉSIMO PRIMERO**.- De tal forma, la estrategia de investigación que lleva adelante el Ministerio Público no es "pautada" por la voluntad de la víctima o querellante, lo que significará que ésta no pueda someter sus derechos en cualquier tiempo y lugar, sino que en la forma que la ley lo establezca. De modo tal que, se establecen resguardos en favor del ejercicio de sus derechos, pues si el Ministerio Público, por ejemplo, evitara llevar adelante la investigación por razones arbitrarias, estaríamos ante una infracción normativa, lo que no debe ser confundido con la violación de un derecho subjetivo de los sujetos procesales ya referidos, ni a la condena del supuesto culpable del delito.

## La dirección exclusiva de la investigación penal por parte del Ministerio Público.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, el legislador y el constituyente han depositado en este nuevo actor del sistema la confianza necesaria como para que éste pueda actuar con libertad y eficiencia dentro de las labores que le han sido encomendadas. Dirigir la investigación de los hechos de modo exclusivo significa que "ninguna otra persona ni órgano puede asumirla ni interferir en su dirección". El constituyente decidió de manera clara e inequívoca entregar el monopolio investigativo del proceso penal al Ministerio Público. En el proceso de dirección de la investigación del Ministerio puede actuar ejerciendo potestades configuradas con elementos que pueden calificarse como discrecionales, que convocan a su estimación o juicio subjetivo (STC 1341 cc. 34 a 44) (En el mismo sentido, STC 1394 c. 14, STC 1380 CC. 6 Y 7, STC 2680 c.16, STC 2702 c.14);

**TRIGÉSIMO TERCERO**.- Que, en tal sentido, al estar en presencia de un sistema acusatorio, resulta necesario y evidente que la decisión de determinar por qué, cuando y bajo qué estándar se formaliza la investigación se refiere a un examen del mérito de la misma, de la viabilidad proyectiva de sostener una acusación y de la posibilidad futura de sostener un juicio oral. Tales decisiones son propias de la dirección de la investigación y a partir del mérito y resultado de la misma, de la decisión de ejercer o no la acción por el Ministerio Público en tanto titular de poderes públicos. En tal sentido, es de toda lógica de un sistema acusatorio que el Código Procesal penal disponga en la no cuestionada letra b) de su artículo 248 que es atribución del fiscal *"Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma"*, estableciendo la formalización de la investigación como presupuesto de la acusación y limitándola a quienes hayan sido formalizados, además de establecer un verdadero examen de mérito para determinar si otorga o no sustento para ir a etapa de juicio oral. A la luz de dicha norma es evidente que la

inaplicabilidad pretendida en estos autos no puede ni podría jamás habilitar a que sea acusado quien no fue objeto de formalización de la investigación, bastando tal constatación para rechazar el requerimiento, sin perjuicio de lo cual se razonará sobre la base de otros elementos de juicio adicionales en la presente sentencia, en particular acerca del deber de correlación o congruencia.

**TRIGÉSIMO CUARTO**. - Que, por otra parte, el poder de dirección de investigación, de formalización y de acusación no son ilimitados no menos omnímodos, pues en una república democrática dotada de Estado de Derecho, bajo la óptica de los principios de servicialidad y responsabilidad (artículos 1, 4, 6 y 7 de la Constitución Política), no es extraño, sino que es necesario, que el Ministerio Público tenga sus potestades limitadas y que deba responder por su ejercicio. En efecto, el artículo 5° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público dispone en su inciso primero que *"El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público"*, regulando responsabilidad patrimonial y eventualmente personal del fiscal en los incisos siguientes, de tal forma que queda claro que el acto de imputar formalizando la investigación y acusando no es de carácter misceláneo, infundado, ni menos inofensivo, debiendo estar dotado de justificación y mérito suficiente como para después no ser calificado de arbitrario ni injustificadamente errado, cuestión en la cual el poder público compromete responsabilidad. En efecto se registran líneas jurisprudenciales claras respecto a concluir que puede hacerse efectiva la responsabilidad estatal por actos del Ministerio Público, bastando ver las sentencias de la Corte Suprema Roles Nºs 12.505-2019; 38.096-2017; 4.739-2017; 52.932-2016; 30.956-2016; 16.978-2016; 7.726-2016; 28.901-2015; 16.527-2015 y 8.095-2015; 2.765-2009.

**TRIGÉSIMO QUINTO**.- Que, además de lo expresado, el principio de responsabilidad aludido es indisociable de lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, en orden a que *"En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen"*, cuestión que redunda en que la formalización de la investigación y la acusación no pueden depender solamente de la intención u opinión de denunciantes y querellantes, debiendo verificarse un examen de mérito y consistencia para determinar si se verifican o no tales actos de imputación por el ente persecutor, y no existiendo el pretendido deber de formalizar investigación a todo evento.

**TRIGÉSIMO SEXTO**.- Que, ni en el requerimiento deducido ni en los alegatos de estrados la parte requirente se hace cargo de las cuestiones planteadas precedentemente, y que redundan en el necesario rechazo del requerimiento.

## El artículo 186 del Código Procesal Penal no entregó la tutela al imputado, sino a los jueces de fondo, para que estos controlen el monopolio del Ministerio Público, respecto del avance del proceso penal.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, el artículo 186 del Código Procesal Penal relativo al control previo a la formalización, constitucionalmente interpretado, no admite circunscribir su alcance a la sola tutela del imputado. De esta manera, es un mecanismo que el legislador ha otorgado al juez en miras a impedir que la aplicación de las normas relativas a la formalización de la investigación confiera al Ministerio Público un monopolio arbitrario del avance del proceso penal que afecte el derecho conferido a la víctima por el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución (STC 138 c.18) (En el mismo sentido, STC 2510 c.20, STC 2680 cc. 54 y 55);

**TRIGÉSIMO OCTAVO.** - En este sentido, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, la interpretación que debe darse al procedimiento penal debe ser siempre lógica y garantista, siendo esencial para mantener vigente un procedimiento penal que existan antecedentes ciertos que le permitan avanzar, no siendo lógico por ello, que para adoptar decisiones que conducen a su cierre por falta de antecedentes como ocurre en la decisión de no perseverar en el procedimiento, deba exigirse que previamente se adopten decisiones que sí importen la existencia de determinados antecedentes como acontece en la formalización de la investigación; y que, además, se fuerce por el Juez al Ministerio Público a ejercer una facultad que se ha considerado en cuanto a su ejercicio como una atribución facultativa y exclusiva del Ministerio Público y no del órgano jurisdiccional.

Por lo demás, como sostienen Maturana y Montero *"semejante interpretación de imposibilidad de aplicar la decisión de no perseverar en el procedimiento nos llevaría al absurdo que producida la intervención del juez de garantía, sin que se hubiere formalizado la investigación, ella podría no terminar nunca al no poderse aplicar ninguna de las tres situaciones previstas en el artículo 229 del CPP"* (Op. Cit. Tomo II, página 904).

## Las facultades de los fiscales de investigar y formalizar no son actos discrecionales.

**TRIGÉSIMO NOVENO.**- Desde larga data, este Excelentísimo Tribunal Constitucional ha sido consistente en resolver que *"las facultades de investigar y, luego de formalizar, no pueden ser entendidas como actos discrecionales y aislados, ya que forman parte y constituyen la fase de iniciación del nuevo proceso penal. Por tal motivo, concurriendo los presupuestos procesales que las sustentan, los Fiscales tienen el deber de practicarlas"* (STC Rol 815, c. 3);

**CUADRAGÉSIMO.**- La decisión de no perseverar, al tratarse de una prerrogativa exclusiva del Ministerio Público, con un criterio de procedencia específico, es decir, estar ante "casos en los cuales el ente persecutor no logró reunir antecedentes probatorios suficientes para fundar una acusación", se concluye sobre la base de un análisis probatorio que debe ser razonado.

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO.**- A reglón seguido, se debe precisar que, si bien no resultará admisible que, con los mismos antecedentes de la investigación anterior, en la cual no se perseveró, el Ministerio Público formalice nuevamente la investigación, pues ello resultaría contrario a la teoría del acto propio. En concordancia con el Oficio Nº 556-03 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, dada en recomendación a los Fiscales *"en los casos en que hayan ejercido la facultad de no perseverar en el procedimiento sólo vuelvan a formalizar la investigación contra el mismo querellado y los mismo hechos cuando tuvieren antecedentes suficientes contundentes y que realmente puedan justificar dicha decisión"*. Conciliando así los derechos del querellado con los de la persecución penal que efectúa el Estado, dejando indemne la posibilidad de reaperturar la investigación, pues la decisión de no perseverar no es equiparable a un sobreseimiento definitivo o a la imposibilidad de reaperturar la investigación. En coherencia con dicha posición en oficio Nº 060/2014, el Fiscal Nacional sostuvo que el ejercicio de la decisión de no perseverar "no implica ningún efecto similar a la cosa juzgada", en atención a la naturaleza administrativa de tal ejercicio y al hecho que este no pueda ser homologado a la decisión de un órgano jurisdiccional.

## Derecho a defensa y principio de congruencia en el proceso penal.

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.**- Que, el Código Procesal Penal consagra un principio nodal del nuevo sistema de procesal penal, cual es el denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con

imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa (STC 1542 c.5);

**CUADRAGÉSIMO TERCERO**.- Que, la acusación, en el Sistema Procesal Penal vigente, en cualquiera de sus manifestaciones (es decir, incluso la que sea sostenida por el querellante ante la pasividad o determinación contraria del Ministerio Público) debe necesariamente ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en ella, para garantizar el legítimo ejercicio del derecho a defensa (STC 1542 cc. 5 y 6). El nuevo proceso penal obedece a un preclaro sistema de principios reformadores y adecuadores al moderno proceso penal comparado;

**CUADRAGÉSIMO CUARTO**.- Que, un aspecto del debido proceso y una manifestación del principio acusatorio es el deber de correlación o congruencia, el cual vincula al juez y su potestad de resolver. El principio de congruencia puede definirse como aquel elemento del debido proceso que obliga al juez a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar solo respecto de los hechos y de las personas materia de la acusación, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica. Una posible infracción a este principio no podría verificarse si aún está pendiente la etapa procesal de fallo en la gestión pendiente. Solo con la dictación de la sentencia se puede determinar si ésta es o no congruente con el requerimiento fiscal (STC 2314 cc. 12, 13 y 27);

**CUADRAGÉSIMO QUINTO**.- Que, es del caso señalar que *"La relación entre acusación y formalización es consecuencia de la progresiva precisión y depuración del objeto del proceso y de la garantía procesal de la defensa, ya que al establecerse que sólo se puede plantear acusación respecto de hechos y sujetos previamente imputados (formalizados), se otorga eficacia concreta al derecho a conocer desde el primer momento la acusación (imputación) y a defenderse eficazmente de la misma"* (Del Río Ferretti, Carlos, LA CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA CON LA ACUSACIÓN Y LA DEFENSA. ESTUDIO COMPARADO DEL DERECHO ESPAÑOL CON EL CHILENO, 2006, tesis doctoral disponible en http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/15224/rio.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Es decir, si aparecen imputaciones acusatorias sin haber sido objeto de formalización, el conocimiento de la misma ya no es oportuno, pues todas las garantías del derecho a defensa posteriores a la formalización han sido entonces omitidas y denegadas sin siquiera decirlo, pasando la potestad acusatoria del querellante a ser ilimitada y a no tener el contrapeso de un derecho a defensa oportuno ni eficaz en etapa investigativa, para saltar directamente de una investigación innominada (sin formalizar) a la acusación. Resulta así innegable el carácter garantista de la institución de la formalización en un sistema acusatorio: es mediante la formalización que se tiene noticia y certeza de ser sujeto pasivo de una investigación pues el imputado es siempre una persona con nombre y apellido. Si no se tiene conocimiento oportuno de la imputación, mal podrá haber defensa, pues nadie puede defenderse de lo que ignora, además de lo cual el estar formalizado hace posible el ser futuramente acusado, lo que a su vez determinará el contenido y dirección del ejercicio del derecho a defensa.

**CUADRAGÉSIMO SEXTO**.- Así, el carácter garantista de la formalización de la investigación es evidente: solo desde ese punto se puede tener formalmente el estatuto jurídico de imputado, desde ese momento se sabe que, de los 17 millones de habitantes de la República, la investigación se dirige en contra de una persona determinada, con nombre y apellido, que solo tras ser formalizada, eventualmente podrá tener el estatuto y la condición de acusada en un proceso penal, con todas las limitaciones a derechos que implica ello, por lo cual ser acusado sin formalización de la investigación, es decir, sin saber previamente que se tiene el estatuto de imputado, sin saber que existe posibilidad de defenderse, sin saber de qué defenderse y sin haber sido parte en etapa de investigación, todo ello mediante actos procesales de un particular, por fuera del principio de

oficialidad, en una persecución penal privatizada a pesar de existir Ministerio Público y sistema acusatorio, es en sí mismo un escenario regresivo en materia de debido proceso.

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, en una sentencia de hace más de una década, este Excmo. Tribunal, resolviendo el fondo de una inaplicabilidad referida al artículo 259 del CPP señaló que esta norma

> *"[…] tiene por objeto consagrar un principio nodal del nuevo sistema de procedimiento penal, cual es el denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa;*
>
> *SEXTO.- Que lo razonado en el motivo precedente debe conducirnos a la conclusión de que, en el sistema procesal penal vigente, la acusación, en cualquiera de sus manifestaciones (es decir, incluso la que sea sostenida por el querellante ante la pasividad o determinación contraria del Ministerio Público) debe necesariamente ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en ella, que es precisamente lo que se señala por la norma impugnada. En consecuencia, debemos entender que ésta no incurre en la discriminación arbitraria de tratamiento entre el Ministerio Público y el querellante que pretende ver el requirente, por lo cual la impugnación planteada deberá ser desestimada, y así se declarará;" (STC Rol N° 1542).*

Es decir, se está en presencia de un tema ya resuelto por este Excmo. Tribunal, que declaró expresamente que el principio de congruencia o deber de correlación, es uno de los elementos mínimos del debido proceso en materia penal. No es la sentencia rol N°1542 el único pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la materia. En sentencia rol N°2314 dicha línea se vio confirmada:

> *"DECIMOSEGUNDO.- Que un aspecto del debido proceso y una manifestación del principio acusatorio es el deber de correlación o congruencia, el cual vincula al juez y su potestad de resolver, prescribiendo "que no se puede dictar sentencia ni por hechos distintos de los incluidos en la acusación ni respecto de persona distinta de la acusada" (Del Río, Carlos (2009): Los poderes de decisión del Juez Penal. Principio Acusatorio y determinadas Garantías Procesales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 93);*
>
> *DECIMOTERCERO.- Conforme a lo anterior, el principio de congruencia puede definirse como aquel elemento del debido proceso que obliga al juez a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar sólo respecto de los hechos y las personas materia de la acusación fiscal, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica;*
>
> *DECIMOCUARTO.- Que, en el mismo sentido, el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal indica que "[l]a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica". De esta forma, el principio de congruencia también se extiende, con menor intensidad, a etapas previas del juzgamiento, vinculando la acusación fiscal con la formalización, de manera de establecer progresivamente la "precisión y depuración del objeto del proceso y de la garantía procesal de la defensa" (Del Río, Carlos (2009): Los poderes de decisión del Juez Penal. Principio Acusatorio y determinadas Garantías Procesales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 96);*
>
> *DECIMOQUINTO.- Que esta Magistratura ya ha considerado que el precepto legal citado "tiene por objeto consagrar un principio nodal del nuevo sistema de procedimiento penal, cual es el denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa" (STC Rol N° 1542, de 31 de agosto de 2010);*

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO**.- Que, en este sentido y como se ha señalado, el actor solicita en su requerimiento la inaplicación del precepto impugnado, porque el Ministerio Público, al no haber formalizado la investigación contra los imputados, como lo exige el artículo 248, se impide a la parte querellante ejercer su derecho constitucional de víctima, infringiendo de esta forma los artículos 83 de la Carta Fundamental, en el sentido que la aplicación de las norma legal cuestionada importa que la víctima sea afectada en su derecho a exigir protección y pronunciamiento judicial a través del legítimo ejercicio de la acción penal que le reconoce la constitución; del mismo modo que afectaría la garantía constitucional del artículo 19 Nº 3, pues la no formalización implicaría que el querellante quedaría sin medios para preservar su acción penal; por lo que se vulneraría, en el caso concreto, su garantía constitucional de acceso a la justicia.

## VI. OTRAS CUESTIONES.

**CUADRAGÉSIMO NOVENO**.- Que, la Constitución ha optado por garantizar el derecho al racional y justo procedimiento e investigación, regulando, además, elementos configurativos del debido proceso. En primer lugar, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. En segundo lugar, que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo (STC 821 c.8) (En el mismo sentido, STC 2702 c.30);

**QUINCUAGÉSIMO**.- Que, la víctima podrá *"ejercer igualmente la acción penal"* (artículo 83, inciso segundo, parte final, de la Constitución), por lo que el sistema la dota de diversos instrumentos en todo el contexto del proceso penal (presentar denuncia o querella; solicitar la realización de diligencias de investigación y obtener pronunciamiento de éstas; oponerse a la solicitud de sobreseimiento definitivo; oponerse a la suspensión condicional del procedimiento; acusar de forma análoga o diversa a la pretensión fiscal; impetrar la dictación de medidas cautelares reales o personales; recurrir respecto de la sentencia; entre otras).

La opción del legislador procesal penal chileno, para la doctrina, *"fue coherente con la Constitución. La acción penal privada vigente permite la actuación de un actor particular que defiende un interés público –el que subyace a la creación del tipo penal, antes definido por el legislador– pero que se acota a su interés privado. Así, a la víctima se le dota de persecución penal, mas no de un poder público (Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, t. I., Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile, 2004, p. 288.)"* (STC 5653, c. 15º, disidencia);

**QUINCUAGÉSIMO PRIMERO**.- Que, de este modo es posible inferir que el precepto que se intenta inaplicar se aviene con la constitución y el modelo determinado por el legislador, mediante la Reforma Procesal Penal, vigente en Chile desde el año 2000.

» **Las facultades del Ministerio Público se deben interpretar a la luz del respeto a la Constitución y a la Ley, la cual contiene la atribución exclusiva de investigar los hechos constitutivos de delitos.**

**QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, el Ministerio Público tiene la exclusividad de dirigir la investigación penal, lo que además reviste una garantía de control judicial sobre la misma: *"... la Constitución Política exige que la investigación efectuada por el Ministerio Público sea racional y justa y que se ha convocado al legislador a garantizarla, es comprensible que la exclusividad con que este organismo dirige la investigación penal, no impida el control de sus actuaciones, sino que, por el contrario, requiera de mecanismos legales de control que aseguren que la actividad persecutoria se someta a aquella exigencia. Más aún, la consagración de la aludida exclusividad de la investigación penal tuvo por objeto facilitar el control judicial y de otros organismos respecto de las actuaciones del Ministerio Público. En efecto, como sostuvo la Ministra de Justicia de la época, "buscamos concentrar las funciones*

*investigativas en un solo ente estatal, con el objeto de que sea posible diseñar una política de persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios que resulten por lo tanto más fáciles de controlar y fiscalizar por parte del Poder Judicial y de otros órganos llamados a supervisar la labor de los fiscales, según se explicita en la reforma propuesta y, desde luego, en el futuro Código de Procedimiento Penal. Todo lo anterior –o sea el conjunto de mecanismos de fiscalización– no se logra si las facultades de investigación se diseminan en diferentes entidades, con integraciones disímiles y con sistemas de controles diferenciados". Concluyendo que, por lo mismo, "los diversos mecanismos de control diseñados (...) entre ellos la existencia de jueces de control de instrucción que acompañarán permanentemente al fiscal para velar por las garantías de las personas, lo cual nos parece fundamental en un sistema democrático, y que actualmente también estamos impulsando en el régimen procesal penal, permiten que, no obstante la exclusividad con que se reviste el Ministerio Público en materia de investigación criminal, existan sistemas de revisión e impugnación ante los órganos judiciales respecto de las decisiones adoptadas por el Ministerio Público. Vale decir, si este último se ha excedido o ha cometido un acto arbitrario, podrá recurrirse a través de las instancias correspondientes ante el Poder Judicial en contra de dicha decisión, situación que es efectiva desde el punto de vista de la investigación de los delitos, pero, al mismo tiempo, preserva las garantías de las personas. Por ello, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en la cual participaron Senadores y Diputados integrantes de los respectivos organismos técnicos de ambas ramas del Congreso, determinó –por las razones que acabo de explicar– la exclusividad de tal decisión en el Ministerio Público." (Senado, discusión particular, 3 de junio de 1997); (STC 1445 cc. 14°);*

» **La facultad del Ministerio Público es discrecional, pero no arbitraria.**

**QUINCUAGÉSIMO TERCERO**.- Que, las facultades privativas del Ministerio Público son discrecionales pero no arbitrarias: *"...si bien el Código Procesal Penal ha otorgado al Ministerio Público el ejercicio discrecional de diversas prerrogativas, ello no importa permitir la arbitrariedad en su desempeño pues, como bien ha señalado este sentenciador, "esta hipótesis se encuentra excluida por el conjunto de disposiciones contenidas en dicho cuerpo legal y en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que reglan sus potestades y que establecen el control jerárquico y jurisdiccional de su actuación"* (sentencia Rol No 1.467);" (STC 1445 cc. 15°);

**QUINCUAGÉSIMO CUARTO**.- En tal sentido, si bien la formalización de la investigación es una actuación que sólo toca realizar al Ministerio Público, el legislador, con el fin de asegurar una investigación racional y justa, ha establecido el control procesal de la investigación mediante la intervención judicial y la participación del querellante en la investigación. En efecto, el Código Procesal Penal permite, entre otros controles: a) Que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento soliciten al fiscal todas aquellas diligencias que estimen pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, debiendo aquel ordenar que se lleven a efecto las que estime conducentes. Incluso, si el fiscal rechazare la solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la Ley Orgánica Constitucional respectiva (artículo 183); b) Que el imputado o los demás intervinientes puedan asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación cuando el fiscal lo estimare útil (artículo 184); c) Que cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, pueda pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueren objeto de ella, fijándole, incluso, un plazo para formalizarla (artículo 186); d) Que los intervinientes en el procedimiento puedan ser citados a la audiencia de formalización de la investigación, permitiéndoles también plantear peticiones en la misma (artículos 231 y 232); y e) Que el querellante particular pueda oponerse a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, instando, en cambio, por el forzamiento de la acusación (artículo 258) (Sentencia Rol No 1.244; STC 1.445 c. 20°);

**QUINCUAGÉSIMO QUINTO**.- Que, además debe recordarse lo razonado por este tribunal en orden a que el fundamento de un acto, a la luz del artículo 8 de la Constitución, es aquello en que se basa; la razón principal o el motivo para decidir en un sentido determinado. Son los

documentos, los testimonios, las observaciones, los informes. Estos son los datos que en sede administrativa la autoridad debería tener en cuenta al momento de resolver en (artículos 17 y 18, Ley N° 19.880), en la medida que los procedimientos que se utilicen para la dictación de un acto administrativo, constituyen el conjunto de reglas que configuran un método o sistema que conlleva a un órgano del Estado a adoptar una decisión que se traduce en un acto jurídico administrativo o, bien, en la ejecución de un acto determinado. (STC 2379 c. 43) (En el mismo sentido, STC 2870 c. 15, STC 2871 c. 15, STC 2982 c. 45). En tal orden, debe tenerse presente además que en materia jurisdiccional, la obligación de motivar las sentencias judiciales no tiene consagración expresa en nuestra Constitución, pero sí puede inferirse de la aplicación conjunta y sistemática de varios preceptos. Así el artículo 76 se refiere a los "fundamentos" de las resoluciones judiciales; el artículo 8° destaca la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de sus fundamentos; el artículo 19, N° 3, señala que toda sentencia debe "fundarse" en un proceso previo, y el artículo 6° establece implícitamente la exigencia de argumentar las decisiones jurisdiccionales. Esta obligación o principio, según la jurisprudencia de este Tribunal sí encuentra consagración en nuestra legislación procesal. (STC 1837 cc. 6 y 7) (En el mismo sentido, STC 2898 cc. 4 y 5, STC 2873 cc. 4 y 5, STC 2971 cc. 5 y 6, STC 3042 cc. 5 y 6, STC 3008 cc. 5 y 6, STC 2988 cc. 5 y 6, STC 3116 cc. 33, STC 3883 c. 8, STC 4376 c. 3, STC 4397 c. 3, STC 4398 c. 3, STC 4989 c. 3), lo cual es plenamente predicable respecto del ejercicio de la atribución de no perseverar establecida en la letra c) del artículo 248, por la vía de la publicidad establecida en el artículo 8° constitucional, que presupone la fundamentación de decisiones, de manera tal que para ser ajustada a tal norma debe fundamentarse específica y expresamente.

» **Las facultades exclusivas de dirección de la investigación se materializan en el principio de eficacia, donde la nueva concepción de la reforma procesal penal faculta al Ministerio Público para conducir la investigación de forma exclusiva.**

**QUINCUAGÉSIMO SEXTO**.- Que, las facultades exclusivas de dirección de la investigación materializan el principio de eficacia, la nueva concepción de la legalidad que introduce la reforma procesal penal y la facultad de conducir la investigación de manera exclusiva: "...en el proceso de dirección de la investigación el Ministerio Público puede actuar ejerciendo potestades configuradas con elementos discrecionales, que convocan a su estimación o juicio subjetivo.

En ese sentido, le corresponde ejercer la acción penal (artículo 166, CPP); además, puede decidir sobre el archivo provisional en los términos del inciso primero del artículo 167 del CPP; por otra parte, está facultado para no iniciar investigación, de acuerdo al artículo 168 del CPP; asimismo, en los casos en que el hecho de que se tratare no comprometiere gravemente el interés público, se autoriza a los fiscales a no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada (artículo 170, CPP); del mismo modo, le corresponde al fiscal formalizar y decidir la oportunidad para la formalización (artículo 230, CPP); en el mismo sentido, puede solicitar la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237, CPP); puede declarar el cierre de la investigación (artículo 248, CPP); y puede formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma (artículo 248, letra b), CPP).

Como se observa, estas facultadas materializan el principio de eficacia, la nueva concepción del Principio de Legalidad que introduce la reforma procesal penal y la facultad de conducir la investigación de manera exclusiva;

dentro del marco de sus facultades investigativas, del monopolio que tiene sobre la dirección de la investigación y de la discrecionalidad con la que puede actuar en el proceso de investigación, es que el Ministerio Público está facultado para no perseverar en la investigación. Dicha facultad es, una expresión más del rol que le corresponde ocupar en el proceso penal; (STC 2680-14 c. 3° N°12°);

### » El principio de congruencia.

**QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO.** - Que, como ya se viera, el artículo 259, consagra principio nodal de la reforma procesal penal: el principio de congruencia, que a la letra dice "La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica", tiene por objeto consagrar un principio nodal del nuevo sistema de procedimiento penal, cual es el denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa, lo cual se ve confirmado, como ya se viera, en el artículo 248, letra b) del mismo cuerpo legal;

**QUINCUAGÉSIMO OCTAVO.**- Que, lo señalado precedentemente nos conduce a concluir que, en el sistema Procesal Penal vigente, la acusación, en cualquiera de sus manifestaciones – es decir, incluso, aquella que sea sostenida por el querellante ante la pasividad del ministerio público- debe, necesariamente, ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en ella que es precisamente lo que se señala por la norma impugnada. En consecuencia, debemos entender que ésta no incurre en discriminación arbitraria de tratamiento entre el Ministerio Público y el querellante que pretende el requirente, por lo que la impugnación, a juicio de estos disidentes debe ser desestimada.

La conclusión antedicha no significa que, por el hecho de no haberse formalizado la investigación por el fiscal a cargo del caso, el querellante quede en indefensión al verse impedido de llevar adelante la persecución penal contra el imputado. En efecto, si bien la formalización es un trámite esencial del nuevo proceso penal y su ejercicio responde a una facultad discrecional del Ministerio Público, ésta no puede ser concebida en una dimensión omnímoda que sólo el fiscal pueda decidir si la materializa o no, ya que el propio Código Procesal Penal ha consagrado la posibilidad para el querellante de inducir dicha formalización, cuando posee antecedentes suficientes que la justifiquen, por la vía de solicitar al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueren objeto de la investigación y, con el mérito de la misma, incluso fijarle un plazo para que la formalice (artículo 186 del citado cuerpo legal);(STC 1542 cc. 5°,6° y 7°);

## VII. CONCLUSIONES.

**QUINCUAGÉSIMO NOVENO.**- Que, el artículo 83 constitucional define al Ministerio Público como un órgano autónomo y jerarquizado, cuya misión es la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito, la participación de los involucrados o en el evento la inocencia del imputado, lo cual redunda, en el ejercicio de la acción penal. Es más, la Ley 19.640, en su artículo 3° consagra el Principio de Objetividad, de forma tal la regla del artículo 248 letra b) del Código Procesal Penal fija la regla que una vez cerrada la investigación el Fiscal podrá formular acusación, cuando lo estimare que la investigación tiene fundamento para

el enjuiciamiento, obligación que importa que dicha determinación para formular la acusación escapa a la competencia de la judicatura a fin de inmunizar la imparcialidad del juez y en el contexto del Principio Acusatorio que ilumina el sistema procesal penal, vigente;

**SEXAGÉSIMO.**- Que en nada afecta el texto constitucional el ejercicio exclusivo de investigar los hechos punibles y la participación, como tampoco que el Ministerio Público para ejercer la acción penal de manera que respete el Principio de Legalidad penal, sea depositario del mandato de averiguar no sólo los hechos constitutivos de delito, sino también aquellos que acrediten la inocencia del imputado;

**SEXAGÉSIMO PRIMERO.**- Que, en el proceso hermenéutico conducido por el Fiscal, tanto la decisión de acusar como la de no perseverar, tienen idéntico fundamento, que exista una investigación y que la apreciación lleve a la conclusión de tener suficientes antecedentes para acusar en un juicio, todo en virtud del mandato constitucional que le permite al Ministerio Público dirigir la investigación.

**SEXAGÉSIMO SEGUNDO.**- Que, al confrontar las variables del principio acusatorio y el fin de separar la función investigativa de aquella de naturaleza jurisdiccional, la revisión, la valoración y la ponderación de los antecedentes emanados de la investigación nos conduce indefectiblemente a la exclusividad en la dirección que la indagatoria de imputaciones penales en la constitución quedó en manos del Ministerio Público;

**SEXAGÉSIMO TERCERO.**- Que, del mismo modo "imputar e investigar" los hechos punibles y la participación se engarzan con el principio acusatorio el cual corre aparejado con el derecho a ser Juzgado por un Tribunal imparcial.

**SEXAGÉSIMO CUARTO.**- Que, la falta de prueba incriminatoria, genera el medio consagrado en el artículo 248, letra c) del Código Procesal Penal, donde al evaluarse al tenor de lo dispuesto en el artículo 19, N°3, de la Carta Fundamental invocándose tutela judicial y control jurisdiccional del cometido del Ministerio Público, esta Magistratura ha concluido de *"la decisión de no perseverar como una salida autónoma del procesal penal, que el Ministerio Público ejerce facultativamente y que no se integra por elementos reglados y otros discrecionales, en todo caso, no autorizan la arbitrariedad"* (STC ROL N°2680-15 Y 2858-15 de data junio de 2016);

**SEXAGÉSIMO QUINTO.**- Que, el estatuto de la víctima debe interpretarse en armonía con el conjunto de derechos que el proceso penal atribuye a la víctima durante el desarrollo del enjuiciamiento penal y además, en el proceso investigativo, entre los cuales destaca la petición al Fiscal de aquellas diligencias pertinentes y útiles, para establecer la verosimilitud de los hechos indagados, y en el evento de una negativa se podrá reclamar al tenor del artículo 183 del Código Procesal Penal; asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación según el artículo 184 del Código Procesal Penal y las vías especiales de los artículos 186 y 257 del mismo cuerpo legal, en el sentido de poder ejercer el derecho a asistir e intervenir en las distintas instancias y la solicitud de reapertura de la indagatoria a fin de realizar diligencias;

**SEXAGÉSIMO SEXTO.** - Junto a lo anterior, también es dable entender que la falta de formalización en los términos del artículo 229 del Código Procesal Penal consagra que se encuentra en manos del Ministerio Público la comunicación que dicho precepto se refiere lo cual está en concordancia con la norma del artículo 83 de la Constitución y su indagación de los delitos en forma exclusiva. Esta Magistratura en los Roles Nos. 458 y 1001, en virtud del control preventivo de constitucionalidad de sendas reformas legales se estableció que era el deber de un funcionario del Ministerio Público y en ejercicio de sus actuaciones que ambos actos jurídicos procesales, llámense investigación y formalización, son actos exclusivos del órgano persecutor.

Esta última circunstancia, además, aparece reforzada en el artículo 232, inciso final del Código Procesal Penal;

**SEXAGÉSIMO SÉPTIMO.**- Que, no es posible mediante el arbitrio de la Inaplicabilidad cuestionar el sistema acusatorio, sobre todo a la luz de que el actor estima que la persecución de los delitos que se investigan por el Ministerio Público, en el contexto de la causa RIT 8865-2020, radicada en el Segundo Juzgado de Garantía de Santiago, se encuentra condicionada por el hecho de que se realicen diligencias solicitadas por el actor, cuestión que no corresponde a este Tribunal ponderar, pues ha sido elección del legislador radicar en el Ministerio Público la facultad exclusiva de investigar y, en atención a la deferencia que ello merece, este tribunal no se pronunciará al respecto y, por cierto, de ser realizadas, no aseguran que el Ministerio Público modifique su decisión.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

[…]

**SENTENCIA ROL 13.350-2022.** *Publicada el 25 de abril de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal. Leonel Araya Calderón y otros. En el Proceso Penal RUC N° 1710006626-2, RIT N° 2944-2017, seguido ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

**VOTO MAYORÍA**

[…]

## I. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO CONCRETO

**PRIMERO.**- Esteban Vilchez Celis, abogado, en representación de don Leonel Araya Calderón, don Jermán Calderón Calderón, don Abel Campos Castro, don Marco Antonio Campos Castro, don Alejandro Gallardo González, don Javier Olivares Rojas, don Benedicto Rojas Rojas, don Pedro Salinas Castro, doña Miriam Tapia Herrera, don José miguel Villalobos, quienes deducen Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 259 inciso final, del Código Procesal Penal, dado que su aplicación en el caso concreto devendría en la infracción del artículo 19 Nº 3, inciso 1º, en relación con los artículos 76, inciso 2º y, el artículo 83, inciso segundo, todos de la Constitución Política de la República.

**SEGUNDO.**- Los requirentes exponen que el requerimiento de autos incide en la causa RIT 2944-2017, seguida ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, seguida en contra de los querellados don Ramón Ossa Infante, Roberto Arroyo Correa y Sandra Dagnino Urrutia, por el delito previsto y sancionado en el artículo 231 del código Penal.

**TERCERO.**- En el mismo sentido, el requirente sostiene que con fecha 10 de enero del 2022, el Ministerio Público tomó la decisión de cerrar la investigación y solicitar una audiencia para comunicar su decisión de no perseverar, fijada para el día 05 de abril del 2022. En ella el querellante solicitó el forzamiento de la acusación, de conformidad a lo establecido en el artículo 258 del Código Procesal Penal.

**CUARTO.**- Consta a foja 238, que el 19 de agosto del año 2022, el Ministerio Público comunicó su decisión de no perseverar en el procedimiento, la cual es tenida presente por el Tribunal. Sin perjuicio de lo anterior, la parte querellante solicita audiencia para discutir el forzamiento de la acusación.

**QUINTO.**- Que, en la acción deducida ante este Excelentísimo Tribunal Constitucional, el requirente expresa los siguientes fundamentos para sostener su requerimiento:

a. Se vulnera el derecho a la tutela judicial afectiva (artículo 19 Nº , incisos 1º, 2º y 6º de la Constitución). A reglón seguido, aduce que la aplicación concreta del artículo 259 inciso final del Código Procesal Penal, significaría infringir lo establecido en el artículo 83 inciso 2º de la Constitución, que reconoce al ofendido el derecho a ejercer la acción penal, toda vez que al negarse el Ministerio Público a formalizar, y al querellante la posibilidad de forzar la acusación debido a la imposibilidad del principio de congruencia. A su juicio, el resultado de aquello es que una decisión exclusiva y excluyente del Ministerio Público, de carácter administrativa, como sería la actitud de no formalizar y la más concreta de comunicar la decisión de no perseverar, determinarían que el ofendido por un delito no pueda ejercer el derecho de accionar personalmente, lo que a su juicio se traduciría en una vulneración al artículo 19 nº 3, inciso 6º de la Constitución, toda vez que se impediría llevar a juicio su pretensión punitiva.

b. En el mismo sentido, el requirente sostiene que el derecho a forzar la acusación es la manifestación concreta del derecho constitucional a solicitar la tutela judicial efectiva de los propios derechos y a ejercer la acción penal. De aplicarse, en este caso concreto, el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal, y negarse el derecho a forzar la acusación por no darse cumplimiento al principio de congruencia, tales derechos resultarían desconocidos.

c. A reglón seguido, el actor sostiene que el debido conocimiento de los imputados no requiere necesariamente de una formalización (foja 06) pues los hechos reprochados se encuentran latamente descritos en la querella, de forma que los imputados tienen claridad acerca de aquello en relación con lo cual deberá debatirse y rendirse prueba en juicio -refiere que el procedimiento simplificado, artículo 388 del Código Procesal Penal- es un ejemplo en el que no existe formalización y el procedimiento se inicia con el requerimiento por parte del Ministerio Público.

## II. LAS FACULTADES DE LOS FISCALES DE INVESTIGAR Y FORMALIZAR NO SON ACTOS DISCRECIONALES

**SEXTO.**- Desde larga data, este Excelentísimo Tribunal Constitucional ha sido consistente en resolver que "las facultades de investigar y, luego de formalizar, no pueden ser entendidas como actos discrecionales y aislados, ya que forman parte y constituyen la fase de iniciación del nuevo proceso penal. Por tal motivo, concurriendo los presupuestos procesales que las sustentan, los Fiscales tienen el deber de practicarlas" (STC Rol 815, c. 3);

**SÉPTIMO.**- La decisión de no perseverar, al tratarse de una prerrogativa exclusiva del Ministerio Público, con un criterio de procedencia específico, es decir, estar ante "casos en los cuales el ente persecutor no logró reunir antecedentes probatorios suficientes para fundar una acusación", se concluye sobre la base de un análisis probatorio que debe ser razonado.

## Derecho a defensa y principio de congruencia en el proceso penal.

**OCTAVO**.- Que, el Código Procesal Penal consagra un principio nodal del nuevo sistema de procesal penal, cual es el denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa (STC 1542 c.5);

**NOVENO**.- Que, la acusación, en el Sistema Procesal Penal vigente, en cualquiera de sus manifestaciones (es decir, incluso la que sea sostenida por el querellante ante la pasividad o determinación contraria del Ministerio Público) debe necesariamente ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en ella, para garantizar el legítimo ejercicio del derecho a defensa (STC 1542 cc. 5 y 6). El nuevo proceso penal obedece a un preclaro sistema de principios reformadores y adecuadores al moderno proceso penal comparado;

**DÉCIMO**.- Que, un aspecto del debido proceso y una manifestación del principio acusatorio es el deber de correlación o congruencia, el cual vincula al juez y su potestad de resolver. El principio de congruencia puede definirse como aquel elemento del debido proceso que obliga al juez a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar solo respecto de los hechos y de las personas materia de la acusación, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica. Una posible infracción a este principio no podría verificarse si aún está pendiente la etapa procesal de fallo en la gestión pendiente. Solo con la dictación de la sentencia se puede determinar si ésta es o no congruente con el requerimiento fiscal (STC 2314 cc. 12, 13 y 27);

**UNDÉCIMO**.- Que, es del caso señalar que "La relación entre acusación y formalización es consecuencia de la progresiva precisión y depuración del objeto del proceso y de la garantía procesal de la defensa, ya que al establecerse que sólo se puede plantear acusación respecto de hechos y sujetos previamente imputados (formalizados), se otorga eficacia concreta al derecho a conocer desde el primer momento la acusación (imputación) y a defenderse eficazmente de la misma" (Del Río Ferretti, Carlos, LA CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA CON LA ACUSACIÓN Y LA DEFENSA. ESTUDIO COMPARADO DEL DERECHO ESPAÑOL CON EL CHILENO, 2006, tesis doctoral disponible en http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/15224/rio.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Es decir, si aparecen imputaciones acusatorias sin haber sido objeto de formalización, el conocimiento de la misma ya no es oportuno, pues todas las garantías del derecho a defensa posteriores a la formalización han sido entonces omitidas y denegadas sin siquiera decirlo, pasando la potestad acusatoria del querellante a ser ilimitada y a no tener el contrapeso de un derecho a defensa oportuno ni eficaz en etapa investigativa, para saltar directamente de una investigación innominada (sin formalizar) a la acusación. Resulta así innegable el carácter garantista de la institución de la formalización en un sistema acusatorio: es mediante la formalización que se tiene noticia y certeza de ser sujeto pasivo de una investigación pues el imputado es siempre una persona con nombre y apellido. Si no se tiene conocimiento oportuno de la imputación, mal podrá haber defensa, pues nadie puede defenderse de lo que ignora, además de lo cual el estar formalizado hace posible el ser futuramente acusado, lo que a su vez determinará el contenido y dirección del ejercicio del derecho a defensa.

**DUODÉCIMO**.- Así, el carácter garantista de la formalización de la investigación es evidente: solo desde ese punto se puede tener formalmente el estatuto jurídico de imputado, desde ese momento se sabe que, de los 17 millones de habitantes de la República, la investigación se dirige

en contra de una persona determinada, con nombre y apellido, que solo tras ser formalizada, eventualmente podrá tener el estatuto y la condición de acusada en un proceso penal, con todas las limitaciones a derechos que implica ello, por lo cual ser acusado sin formalización de la investigación, es decir, sin saber previamente que se tiene el estatuto de imputado, sin saber que existe posibilidad de defenderse, sin saber de qué defenderse y sin haber sido parte en etapa de investigación, todo ello mediante actos procesales de un particular, por fuera del principio de oficialidad, en una persecución penal privatizada a pesar de existir Ministerio Público y sistema acusatorio, es en sí mismo un escenario regresivo en materia de debido proceso.

**DECIMOTERCERO**.- Que, en una sentencia de hace más de una década, este Excmo. Tribunal, resolviendo el fondo de una inaplicabilidad referida al artículo 259 del CPP señaló que esta norma

*"[…] tiene por objeto consagrar un principio nodal del nuevo sistema de procedimiento penal, cual es el denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa;*

*SEXTO.- Que lo razonado en el motivo precedente debe conducirnos a la conclusión de que, en el sistema procesal penal vigente, la acusación, en cualquiera de sus manifestaciones (es decir, incluso la que sea sostenida por el querellante ante la pasividad o determinación contraria del Ministerio Público) debe necesariamente ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en ella, que es precisamente lo que se señala por la norma impugnada. En consecuencia, debemos entender que ésta no incurre en la discriminación arbitraria de tratamiento entre el Ministerio Público y el querellante que pretende ver el requirente, por lo cual la impugnación planteada deberá ser desestimada, y así se declarará;" (STC Rol N° 1542).*

Es decir, se está en presencia de un tema ya resuelto por este Excmo. Tribunal, que declaró expresamente que el principio de congruencia o deber de correlación, es uno de los elementos mínimos del debido proceso en materia penal. No es la sentencia rol N°1542 el único pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la materia. En sentencia rol N°2314 dicha línea se vio confirmada:

*"DECIMOSEGUNDO.- Que un aspecto del debido proceso y una manifestación del principio acusatorio es el deber de correlación o congruencia, el cual vincula al juez y su potestad de resolver, prescribiendo "que no se puede dictar sentencia ni por hechos distintos de los incluidos en la acusación ni respecto de persona distinta de la acusada" (Del Río, Carlos (2009): Los poderes de decisión del Juez Penal. Principio Acusatorio y determinadas Garantías Procesales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 93);*

*DECIMOTERCERO.- Conforme a lo anterior, el principio de congruencia puede definirse como aquel elemento del debido proceso que obliga al juez a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar sólo respecto de los hechos y las personas materia de la acusación fiscal, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica;*

*DECIMOCUARTO.- Que, en el mismo sentido, el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal indica que "[l]a acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica". De esta forma, el principio de congruencia también se extiende, con menor intensidad, a etapas previas del juzgamiento, vinculando la acusación fiscal con la formalización, de manera de establecer progresivamente la "precisión y depuración del objeto del proceso y de la garantía procesal de la defensa" (Del Río, Carlos (2009): Los poderes de decisión del Juez Penal. Principio Acusatorio y determinadas Garantías Procesales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 96);*

*DECIMOQUINTO.- Que esta Magistratura ya ha considerado que el precepto legal citado "tiene por objeto consagrar un principio nodal del nuevo sistema de procedimiento penal, cual es el denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa" (STC Rol N° 1542, de 31 de agosto de 2010);*

**DECIMOCUARTO**.- Que, en este sentido y como se ha señalado, el actor solicita en su requerimiento la inaplicación del precepto impugnado, porque el Ministerio Público, al no haber formalizado la investigación contra los imputados, como lo exige el artículo 248, se impide a la parte querellante ejercer su derecho constitucional de víctima, infringiendo de esta forma los artículos 83 de la Carta Fundamental, en el sentido que la aplicación de la norma legal cuestionada importa que la víctima sea afectada en su derecho a exigir protección y pronunciamiento judicial a través del legítimo ejercicio de la acción penal que le reconoce la constitución; del mismo modo que afectaría la garantía constitucional del artículo 19 Nº 3, pues la no formalización implicaría que el querellante quedaría sin medios para preservar su acción penal; por lo que se vulneraría, en el caso concreto, su garantía constitucional de acceso a la justicia.

**DECIMOQUINTO**.-Que, la Constitución ha optado por garantizar el derecho al racional y justo procedimiento e investigación, regulando, además, elementos configurativos del debido proceso. En primer lugar, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. En segundo lugar, que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo (STC 821 c.8) (En el mismo sentido, STC 2702 c.30);

**DECIMOSEXTO**.-Que, la víctima podrá *"ejercer igualmente la acción penal"* (artículo 83, inciso segundo, parte final, de la Constitución), por lo que el sistema la dota de diversos instrumentos en todo el contexto del proceso penal (presentar denuncia o querella; solicitar la realización de diligencias de investigación y obtener pronunciamiento de éstas; oponerse a la solicitud de sobreseimiento definitivo; oponerse a la suspensión condicional del procedimiento; acusar de forma análoga o diversa a la pretensión fiscal; impetrar la dictación de medidas cautelares reales o personales; recurrir respecto de la sentencia; entre otras).

La opción del legislador procesal penal chileno, para la doctrina, "*fue coherente con la Constitución. La acción penal privada vigente permite la actuación de un actor particular que defiende un interés público –el que subyace a la creación del tipo penal, antes definido por el legislador– pero que se acota a su interés privado. Así, a la víctima se le dota de persecución penal, mas no de un poder público (Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, t. I., Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile, 2004, p. 288.)"* (STC 5653, c. 15º, disidencia);

**DECIMOSÉPTIMO**.- Que, de este modo es posible inferir que el precepto que se intenta inaplicar se aviene con la constitución y el modelo determinado por el legislador, mediante la Reforma Procesal Penal, vigente en Chile desde el año 2000.

### » Las facultades del Ministerio Público se deben interpretar a la luz del respeto a la Constitución y a la Ley, la cual contiene la atribución exclusiva de investigar los hechos constitutivos de delitos

**DECIMOCTAVO**.- Que, el Ministerio Público tiene la exclusividad de dirigir la investigación penal, lo que además reviste una garantía de control judicial sobre la misma: *"...la Constitución Política exige que la investigación efectuada por el Ministerio Público sea racional y justa y que se ha convocado al legislador a garantizarla, es comprensible que la exclusividad con que este organismo dirige*

*la investigación penal, no impida el control de sus actuaciones, sino que, por el contrario, requiera de mecanismos legales de control que aseguren que la actividad persecutoria se someta a aquella exigencia. Más aún, la consagración de la aludida exclusividad de la investigación penal tuvo por objeto facilitar el control judicial y de otros organismos respecto de las actuaciones del Ministerio Público. En efecto, como sostuvo la Ministra de Justicia de la época, "buscamos concentrar las funciones investigativas en un solo ente estatal, con el objeto de que sea posible diseñar una política de persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios que resulten por lo tanto más fáciles de controlar y fiscalizar por parte del Poder Judicial y de otros órganos llamados a supervisar la labor de los fiscales, según se explicita en la reforma propuesta y, desde luego, en el futuro Código de Procedimiento Penal. Todo lo anterior –o sea el conjunto de mecanismos de fiscalización– no se logra si las facultades de investigación se diseminan en diferentes entidades, con integraciones disímiles y con sistemas de controles diferenciados". Concluyendo que, por lo mismo, "los diversos mecanismos de control diseñados (...) entre ellos la existencia de jueces de control de instrucción que acompañarán permanentemente al fiscal para velar por las garantías de las personas, lo cual nos parece fundamental en un sistema democrático, y que actualmente también estamos impulsando en el régimen procesal penal, permiten que, no obstante la exclusividad con que se reviste el Ministerio Público en materia de investigación criminal, existan sistemas de revisión e impugnación ante los órganos judiciales respecto de las decisiones adoptadas por el Ministerio Público. Vale decir, si este último se ha excedido o ha cometido un acto arbitrario, podrá recurrirse a través de las instancias correspondientes ante el Poder Judicial en contra de dicha decisión, situación que es efectiva desde el punto de vista de la investigación de los delitos, pero, al mismo tiempo, preserva las garantías de las personas. Por ello, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en la cual participaron Senadores y Diputados integrantes de los respectivos organismos técnicos de ambas ramas del Congreso, determinó –por las razones que acabo de explicar– la exclusividad de tal decisión en el Ministerio Público." (Senado, discusión particular, 3 de junio de 1997); (STC 1445 cc. 14°);*

### » La facultad del Ministerio Público es discrecional, pero no arbitraria

**DECIMONOVENO**.- Que, las facultades privativas del Ministerio Público son discrecionales pero no arbitrarias: *"...si bien el Código Procesal Penal ha otorgado al Ministerio Público el ejercicio discrecional de diversas prerrogativas, ello no importa permitir la arbitrariedad en su desempeño pues, como bien ha señalado este sentenciador, "esta hipótesis se encuentra excluida por el conjunto de disposiciones contenidas en dicho cuerpo legal y en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que reglan sus potestades y que establecen el control jerárquico y jurisdiccional de su actuación"* (sentencia Rol Nº 1.467);" (STC 1445 cc. 15°);

**VIGÉSIMO**.- En tal sentido, si bien la formalización de la investigación es una actuación que solo toca realizar al Ministerio Público, el legislador, con el fin de asegurar una investigación racional y justa, ha establecido el control procesal de la investigación mediante la intervención judicial y la participación del querellante en la investigación. En efecto, el Código Procesal Penal permite, entre otros controles: a) Que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento soliciten al fiscal todas aquellas diligencias que estimen pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, debiendo aquel ordenar que se lleven a efecto las que estime conducentes. Incluso, si el fiscal rechazare la solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la Ley Orgánica Constitucional respectiva (artículo 183); b) Que el imputado o los demás intervinientes puedan asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación cuando el fiscal lo estimare útil (artículo 184); c) Que cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, pueda pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueren objeto de ella, fijándole, incluso, un plazo para formalizarla (artículo 186); d) Que los intervinientes en el procedimiento puedan ser citados a la audiencia de formalización de la investigación, permitiéndoles también plantear peticiones en la misma (artículos 231 y 232); y e) Que el querellante particular pueda oponerse a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, instando, en cambio, por el forzamiento de la acusación (artículo 258) (Sentencia Rol No 1.244; STC 1.445 c. 20°);

**VIGÉSIMO PRIMERO**.- Que, además debe recordarse lo razonado por este tribunal en orden a que el fundamento de un acto, a la luz del artículo 8 de la Constitución, es aquello en que se basa; la razón principal o el motivo para decidir en un sentido determinado. Son los documentos, los testimonios, las observaciones, los informes. Estos son los datos que en sede administrativa la autoridad debería tener en cuenta al momento de resolver en (artículos 17 y 18, Ley N° 19.880), en la medida que los procedimientos que se utilicen para la dictación de un acto administrativo, constituyen el conjunto de reglas que configuran un método o sistema que conlleva a un órgano del Estado a adoptar una decisión que se traduce en un acto jurídico administrativo o, bien, en la ejecución de un acto determinado. (STC 2379 c. 43) (En el mismo sentido, STC 2870 c. 15, STC 2871 c. 15, STC 2982 c. 45). En tal orden, debe tenerse presente además que, en materia jurisdiccional, la obligación de motivar las sentencias judiciales no tiene consagración expresa en nuestra Constitución, pero sí puede inferirse de la aplicación conjunta y sistemática de varios preceptos. Así el artículo 76 se refiere a los "fundamentos" de las resoluciones judiciales; el artículo 8° destaca la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de sus fundamentos; el artículo 19, N° 3, señala que toda sentencia debe "fundarse" en un proceso previo, y el artículo 6° establece implícitamente la exigencia de argumentar las decisiones jurisdiccionales. Esta obligación o principio, según la jurisprudencia de este Tribunal sí encuentra consagración en nuestra legislación procesal. (STC 1837 cc. 6 y 7) (En el mismo sentido, STC 2898 cc. 4 y 5, STC 2873 cc. 4 y 5, STC 2971 cc. 5 y 6, STC 3042 cc. 5 y 6, STC 3008 cc. 5 y 6, STC 2988 cc. 5 y 6, STC 3116 cc. 33, STC 3883 c. 8, STC 4376 c. 3, STC 4397 c. 3, STC 4398 c. 3, STC 4989 c. 3).

» **Las facultades exclusivas de dirección de la investigación se materializan en el principio de eficacia, donde la nueva concepción de la reforma procesal penal faculta al Ministerio Público para conducir la investigación de forma exclusiva**

**VIGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, las facultades exclusivas de dirección de la investigación materializan el principio de eficacia, la nueva concepción de la legalidad que introduce la reforma procesal penal y la facultad de conducir la investigación de manera exclusiva: "...en el proceso de dirección de la investigación el Ministerio Público puede actuar ejerciendo potestades configuradas con elementos discrecionales, que convocan a su estimación o juicio subjetivo.

En ese sentido, le corresponde ejercer la acción penal (artículo 166, CPP); además, puede decidir sobre el archivo provisional en los términos del inciso primero del artículo 167 del CPP; por otra parte, está facultado para no iniciar investigación, de acuerdo al artículo 168 del CPP; asimismo, en los casos en que el hecho de que se tratare no comprometiere gravemente el interés público, se autoriza a los fiscales a no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada (artículo 170, CPP); del mismo modo, le corresponde al fiscal formalizar y decidir la oportunidad para la formalización (artículo 230, CPP); en el mismo sentido, puede solicitar la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237, CPP); puede declarar el cierre de la investigación (artículo 248, CPP); y puede formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma (artículo 248, letra b), CPP).

Como se observa, estas facultadas materializan el principio de eficacia, la nueva concepción del Principio de Legalidad que introduce la reforma procesal penal y la facultad de conducir la investigación de manera exclusiva; dentro del marco de sus facultades investigativas, del monopolio que tiene sobre la dirección de la investigación y de la discrecionalidad con la que puede actuar en el proceso de investigación, es que el Ministerio Público está facultado para no perseverar en la investigación. Dicha facultad es, una expresión más del rol que le corresponde ocupar en el proceso penal (STC 2680-14 c. 3° N°12°).

## » El principio de congruencia.

**VIGÉSIMO TERCERO**.- Que, como ya se viera, el artículo 259, consagra principio nodal de la reforma procesal penal: el principio de congruencia, que a la letra dice *"La acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica"*, tiene por objeto consagrar un principio nodal del nuevo sistema de procedimiento penal, cual es el denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado solo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa.

**VIGÉSIMO CUARTO**.- Que, lo señalado precedentemente nos conduce a concluir que, en el sistema Procesal Penal vigente, la acusación, en cualquiera de sus manifestaciones – es decir, incluso, aquella que sea sostenida por el querellante ante la pasividad del ministerio público- debe, necesariamente, ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en ella que es precisamente lo que se señala por la norma impugnada. En consecuencia, debemos entender que ésta no incurre en discriminación arbitraria de tratamiento entre el Ministerio Público y el querellante que pretende el requirente, por lo que la impugnación, a juicio de estos ministros debe ser desestimada.

La conclusión antedicha no significa que, por el hecho de no haberse formalizado la investigación por el fiscal a cargo del caso, el querellante quede en indefensión al verse impedido de llevar adelante la persecución penal contra el imputado. En efecto, si bien la formalización es un trámite esencial del nuevo proceso penal y su ejercicio responde a una facultad discrecional del Ministerio Público, ésta no puede ser concebida en una dimensión omnímoda que solo el fiscal pueda decidir si la materializa o no, ya que el propio Código Procesal Penal ha consagrado la posibilidad para el querellante de inducir dicha formalización, cuando posee antecedentes suficientes que la justifiquen, por la vía de solicitar al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueren objeto de la investigación y, con el mérito de la misma, incluso fijarle un plazo para que la formalice (artículo 186 del citado cuerpo legal);(STC 1542 cc. 5°,6° y 7°).

**VIGÉSIMO QUINTO**.- Que, en atención con los fundamentos expresados precedentemente, estos Ministros están por rechazar el requerimiento interpuesto.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE A TAL EFECTO.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

[…]

**SENTENCIA ROL 8798-2020.** *Publicado el 8 de septiembre de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 248, letra c); y 259, inciso final, del Código Procesal Penal. Celeste Durán Torres. En Proceso Penal RUC N° 19710041158-K, RIT N° 2854-2017 del Juzgado de Garantía de Los Andes, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 1121-2020 (Reforma Procesal Penal)

**VOTO DISIDENTE**

[…]

Acordado con el voto en contra del Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO, de la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por rechazar del libelo de fojas 1 por las siguientes razones:

**I.- CRITERIOS INTERPRETATIVOS**

**1°.-** Que el dilema constitucional al dilucidar y racionalizar el conflicto concreto motivo del presente fallo, es el cuestionamiento de la constitucionalidad de las normas impugnadas por infracción al artículo 19, N°3, inciso 1º y 2° de la Constitución Política de la República, en relación con los artículos 76 y 83 del mismo cuerpo normativo superior, dado que, a juicio del requirente, la facultad de no perseverar en el procedimiento por el Ministerio Público, infringe garantías constitucionales de la querellante al privarle de la opción del ejercicio de la acción penal. Además, invoca el artículo 19, N° 2°, inc. final de la Carta Fundamental.

En particular, señala que no cuestiona la interpretación de las normas, sino su aplicación concreta al caso particular, provocará efectos que vulneran los derechos garantizados en la Constitución. Concretamente, el derecho a la tutela judicial, que se traduce esencialmente en el derecho a acudir ante los tribunales de justicia para reclamar la protección de los derechos afectados, pues la aplicación de las normas cuestionadas importa que la víctima del delito u ofendido vea vulnerado su derecho a exigir protección y pronunciamiento judicial a través del ejercicio de la acción penal. Al respecto, agrega que una decisión exclusiva y excluyente del Ministerio Público, de carácter administrativa, como es la actitud meramente pasiva de no formalizar y la más concreta de comunicar la decisión de no perseverar, determinan que el ofendido no puede ejercer el derecho de accionar penalmente y requerir de los tribunales de justicia la tutela efectiva de sus derechos;

**2°.-** Que, para abordar el cuestionamiento jurídico antes señalado, resulta pertinente en dicho estudio considerar lo expresado en el considerando 13 de la sentencia de este órgano de data 23 de junio de 2002 (Rol N° 325), cuando señala que: *"Los principios hermenéuticos aplicables para interpretar la Constitución son más amplios que los que rigen para las leyes. La Constitución, a diferencia de las leyes ordinarias, "es una super-ley, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de establecer con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quienes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de Derecho.";*

**3.-** Que, complementando lo antes expuesto, la hermenéutica ha considerado la "presunción de legitimidad" o "interpretación de conformidad a la Constitución", que el tribunal ha aplicado reiteradamente. De sus fallos se infiere que los preceptos que le corresponde controlar deben estimarse, en principio, constitucionales, válidos o legítimos y que sólo deben declararse

inconstitucionales, una vez que un análisis depurado de ellos, lleve a los sentenciadores a la íntima convicción, más allá de toda duda razonable, que no es posible armonizarlo con la preceptiva de la Carta Fundamental (ver, en dicho sentido, Valenzuela Somarriva, Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional, año 2006, p.35);

**4°.-** Que de este modo, esta Magistratura ha utilizado el criterio de la razonabilidad, como método resolutivo sobre la constitucionalidad de una o más normas, de forma tal que la fundamentación de la convicción de los magistrados sobre la legitimidad o invalidez de un determinado precepto jurídico dentro de nuestro ordenamiento constitucional, hace palpable que la llamada **"razonabilidad técnica"**, configure una especie de principio general, situación que en el caso que nos ocupa se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley procesal penal y los medios que se planifica para lograr el objetivo. En otras palabras, la existencia de una correspondencia o vínculo entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar se expresa en un método que requiere de una justa adecuación entre los fines perseguidos por la norma superior y los medios empleados por la de inferior jerarquía para lograrlos;

## II.- NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

**5°.-** Que, *"la naturaleza del nuevo sistema penal y las formas en que los sistemas de persecución penal han ido cambiando a través de la historia se condicen con los objetivos alcanzados por la justicia penal. En un primer momento se aplicó el sistema de venganza o justicia privada. El sistema de venganza privada fue sustituido por un sistema de justicia pública, en el cual se castiga al culpable por un mal similar al que él ha causado. Es en la Edad Media tardía en que surge un nuevo modelo de proceso penal conocido como "Proceso Inquisitivo". Se trata de un proceso de investigación controlado e impulsado oficialmente, en donde el proceso penal pierde el carácter adversarial y antagónico entre ofensor y ofendido que tenía en su origen, para pasar a constituirse en una relación "bipolar" entre el juez y acusado. De esta evolución histórica se puede subrayar que el derecho procesal penal pasó de manos de los particulares a manos del órgano jurisdiccional. El sistema inquisitivo era el que imperaba en nuestro ordenamiento hasta la Reforma Procesal Penal. Esta última modificó tanto la concentración de funciones como el principio de legalidad procesal"* (STC 1341 cc. 17 a 20);

**6°.-** Que, dentro de uno de los pilares del sistema acusatorio, cual es la separación entre investigación y juzgamiento, es esencial recordar que *"cuando es una misma persona la que investiga, acusa y sentencia, ésta pierde la imparcialidad y la independencia que debe esperarse de quien ejerce la función jurisdiccional, puesto que esta persona ha emitido opinión en el sumario y en la acusación respecto de la culpabilidad o inocencia del imputado. La Reforma Procesal Penal elaboró y desarrolló las instituciones necesarias para lograr, entre otras cosas, un sistema de juzgamiento en que se garantizara la imparcialidad e independencia del juzgador respecto del imputado. Para lograr dichos objetivos, se separó en distintos órganos la investigación y el juzgamiento, y para evitar cualquier objeción de constitucionalidad en la materia, se llevó a cabo una reforma constitucional. Así, el Ministerio Público juega un rol protagónico dentro del nuevo proceso penal, al ser el órgano encargado de dirigir la investigación de modo exclusivo y materializar, de este modo, uno de los objetivos de la Reforma Procesal Penal que era separar en distintos órganos las facultades jurisdiccionales y las propiamente administrativas"* (STC 1341 cc. 21 a 25) (En el mismo sentido, STC 1445 c. 12, STC 2702 c. 14);

## III.- PERTINENCIA DE NORMAS PROCESALES PENALES

### La atenuación del Principio de Legalidad en el proceso penal

**7°.-** Que, el principio de legalidad en su faz procesal se traduce en que el Ministerio Público tiene la obligación de iniciar y sostener la persecución penal de todo delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla, hacerla cesar a su mero arbitrio. A su

vez, el antiguo proceso penal inquisitivo se estructuraba en base a cierta concepción del principio de legalidad: se debían perseguir y sancionar todas las situaciones delictivas respecto de las cuáles llegara noticia a los tribunales, construyéndose así en el antiguo sistema inquisitivo una obligación estatal imposible de cumplir como resultado, cuál era una verdadera persecución universal de todo hecho que revistiera caracteres de delito.

Dicho principio así comprendido, sin embargo, fue atenuado por la Reforma Procesal Penal. En ese sentido, además de crearse un órgano constitucionalmente autónomo para ejercer la persecución, se han otorgado a dicho Ministerio Público amplias facultades para dirigir la investigación y decidir sobre el curso de la misma, facultades en las cuales puede actuar con cierto grado de discrecionalidad. En los modelos con esta dosis de discrecionalidad, *"la facultad de selección de casos aparece como una excepción del principio de legalidad. Dicha discrecionalidad se justifica en el principio de racionalidad del uso de los recursos públicos, en virtud del cual éstos deber ser usados de manera eficiente. Permitirle al Ministerio Público organizar la persecución penal bajo criterios de eficiencia y racionalidad, tiene un sustento lógico. La persecución penal que lleva adelante el Ministerio Público se caracteriza por ser una persecución penal pública, en que los órganos encargados de la persecución penal forman parte del aparato estatal. Sólo en una persecución penal de este tipo tiene sentido hablar de selección de casos y de aplicación del principio de eficiencia en el uso de los recursos"* (STC 1341 cc. 27 a 33);

## La facultad de no perseverar

**8°.-** Que, no toda denuncia o querella que ingrese a un sistema acusatorio como el vigente tiene un resultado de juicio oral garantizado. Así, la facultad de no perseverar es una forma establecida por el legislador para terminar una investigación sin acusar y es de carácter facultativa, es decir, el fiscal decide si la aplica o no, y es, a la vez, una de las facultades discrecionales que el sistema le entrega al Ministro Público en el proceso de dirección de la investigación. Para que el Ministerio Público pueda ejercer la facultad de no perseverar en la investigación, es necesario que se cumpla una serie de requisitos previos. Estos son los elementos reglados de la potestad que se le otorga, sin perjuicio de que en ellos existan elementos discrecionales. En primer lugar, es imprescindible que el fiscal haya practicado todas "las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores". Como segunda condición, es necesario que el fiscal haya cerrado la investigación y que se pronuncie dentro de los 10 días siguientes a dicho cierre. Como tercera condición, es preciso que habiendo realizado las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal llegue a la conclusión de que los antecedentes reunidos no son suficientes para fundar una acusación.

En cuarto lugar, es necesario que la facultada de no perseverar se comunique en una audiencia convocada especialmente con ese objeto por requerimiento del fiscal. La decisión de no perseverar en el procedimiento no está sometida a la aprobación del juez de garantía. Dicha característica tiene relación con la naturaleza investigativa de la facultad de no perseverar y con la lógica de la Reforma de separar funciones administrativas y jurisdiccionales en distintos órganos. Durante la tramitación legislativa se consideró que la existencia o no existencia de un mérito probatorio que permitiera fundar una acusación, era una cuestión cuya determinación correspondía esencialmente al órgano encargado de la investigación penal no constituía, en cambio, materia de pronunciamiento jurisdiccional. La víctima respecto de la cual se ejerce la facultad de no perseverar, no queda en la indefensión, ni tampoco la aplicación de dicha facultad por parte del Ministerio Público vulnera su derecho a la defensa, su derecho a la acción penal, el principio de esencialidad de los derechos ni la obligación del Ministerio Púbico de investigar (Ver, en tal sentido, STC 1341 cc. 45 a 56, 61 a 63 y 86) (En el mismo sentido, STC 1394 cc. 19

a 24 y 27 a 29, STC 1404 cc. 19 a 24, STC 2026 cc. 14 a 20, STC 2697 c.14).

Por otra parte, no puede dejar de considerarse que la decisión de no perseverar es una atribución de tipo administrativo del Ministerio Público, que además no es un tribunal y no puede ejercer atribuciones jurisdiccionales. En ese sentido, el precepto impugnado dispone que la audiencia judicial es para comunicar una decisión que es administrativa y que es adoptada previamente. En ese sentido, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad no es sede idónea para revertir actos administrativos y la sentencia estimatoria no puede tener tal efecto;

## Contexto de la investigación penal. La víctima no posee un derecho a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito.

**9°.-** Que, a pesar de que la víctima tiene diversos derechos en el proceso penal, no se puede afirmar que ésta tenga directamente un derecho subjetivo a que se investigue a todo evento. La víctima no sustituye al Ministerio Público en su labor de investigar, sin perjuicio de que excepcionalmente ella pueda forzar la acusación y solicitar diligencia de investigación. En otras palabras, recordando el interés público del proceso penal y el principio de oficialidad, es el órgano estatal representativo de la comunidad el titular primigenio del conflicto penal, motivo por el cual los intereses de la víctima no supeditan a las atribuciones del fiscal en sus labores investigativas ni imputativas, ni tampoco al juez en sus labores jurisdiccionales, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico le reconozca una serie de derechos. La estrategia de investigación que lleva adelante el Ministerio Público no es, diríamos, "guiada" ni "pautada" por la voluntad de la víctima. Ésta no puede ejercer sus derechos en cualquier tiempo y lugar, sino que se debe someter a la forma que la ley establece para el ejercicio de los mismos, en el marco del principio de legalidad procedimental, que ha de tener un marco de racionalidad y justicia a la luz de lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política.

Por otra parte, si el Ministerio Público evita llevar adelante la investigación por razones que resultan arbitrarias, se producirá una infracción normativa, pero no la violación de un supuesto derecho subjetivo a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito (Ver STC 1341 cc. 64 a 73, en el mismo sentido STC 1244 c. 36, STC 2680 c.41);

## La dirección exclusiva de la investigación penal por parte del Ministerio Público.

**10°.-** Que, el legislador y el constituyente han depositado en este nuevo actor del sistema la confianza necesaria como para que éste pueda actuar con libertad y eficiencia dentro de las labores que le han sido encomendadas. Dirigir la investigación de los hechos de modo exclusivo significa que "ninguna otra persona ni órgano puede asumirla ni interferir en su dirección", debiendo separarse la dirección de la investigación del ejercicio de la acción penal en función del resultado de lo investigado. El constituyente decidió de manera clara e inequívoca entregar el monopolio investigativo del proceso penal al Ministerio Público al consagrar como una de sus funciones constitucionales la dirección de la investigación.

En el proceso de dirección de la investigación del Ministerio puede actuar ejerciendo potestades configuradas con elementos discrecionales, que convocan a su estimación o juicio subjetivo (STC 1341 cc. 34 a 44, ver en el mismo sentido, STC 1394 c. 14, STC 1380 CC. 6 Y 7, STC 2680 c.16, STC 2702 c.14);

**El art. 186 CPP no entrega la tutela al imputado, sino a los jueces para que controlen el monopolio del Ministerio Público del avance del proceso penal.**

**11°.-** Que el artículo 186 del Código Procesal Penal relativo al control previo a la formalización, constitucionalmente interpretado, no admite circunscribir su alcance a la sola tutela del imputado. De esta manera, es un mecanismo que el legislador ha otorgado al juez en miras a impedir que la aplicación de las normas relativas a la formalización de la investigación confieran al Ministerio Público un monopolio arbitrario del avance del proceso penal que afecte el derecho conferido a la víctima por el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución (Ver STC 2510 c.20, STC 2680 cc. 54 y 55);

**Las facultades de los Fiscales de investigar y formalizar no son actos discrecionales.**

**12°.-** Que, las facultades de investigar y, luego de formalizar, no pueden ser entendidas como actos discrecionales y aislados, ya que forman parte y constituyen la fase de iniciación del nuevo proceso penal. Por tal motivo, concurriendo los presupuestos procesales que las sustentan, los fiscales tienen el deber de practicarlas (STC 815 c.3);

**Principio de Congruencia.**

» **Derecho a defensa y Principio de Congruencia en el proceso penal**

**13°.-** Que, el Código Procesal Penal consagra un principio nodal del nuevo sistema de procedimiento penal, cual es el denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa (STC 1542 c.5);

» **Formalización y Principio de Congruencia**

**14°.-** Que, la acusación, en el sistema procesal penal vigente, en cualquiera de sus manifestaciones (es decir, incluso la que sea sostenida por el querellante ante la pasividad o determinación contraria del Ministerio Público) debe necesariamente ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en ella, para garantizar el legítimo ejercicio del derecho a defensa (STC 1542 cc. 5 y 6);

» **Relación del Principio de Congruencia con el debido proceso**

**15°.-** Que, un aspecto del debido proceso y una manifestación del principio acusatorio es el deber de correlación o congruencia, el cual vincula al juez y su potestad de resolver. El principio de congruencia puede definirse como aquel elemento del debido proceso que obliga al juez a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar sólo respecto de los hechos y de las personas materia de la acusación, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica. Una posible infracción a este principio no podría verificarse si aún está pendiente la etapa procesal de fallo en la gestión pendiente. Sólo con la dictación de la sentencia se puede determinar si ésta es o no congruente con el requerimiento fiscal (STC 2314 cc. 12, 13 y 27).

Ilustrativo, a este respecto, resulta lo dicho por esta Magistratura:

***"d.- El artículo 259 consagra el principio nodal de la reforma procesal penal: el principio de congruencia***

*25°.- Que el artículo impugnado es una de aquellas normas que se refieren a un principio nodal de la reforma procesal penal: el de congruencia o correlación entre la imputación y los sujetos en el marco de las diversas etapas del proceso, regido por un orden legal consecutivo. En efecto, si cada etapa del proceso sustenta su validez en la verificación conforme a derecho de la etapa anterior, la dictación de una sentencia definitiva respecto de una persona presupone su estado de acusado y ello requiere previamente el de imputado con investigación formalizada, sin lo cuál el sujeto pasivo del proceso se ve impedido de ejercer su irrenunciable derecho a defensa en las etapas anteriores, además de lo cuál se abre una puerta para un juicio oral sin los trámites y formalidad previas legalmente predeterminadas como límites adjetivos al ius puniendi. Es en ese orden que debe ser comprendido el segundo de los preceptos legales reprochados por la parte requirente (inciso final del artículo 259 del actual Código de Enjuiciamiento Criminal, que a la letra dice: "La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica") en cuya virtud el imputado sólo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculpado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido ser oído no defendido previamente, ni menos preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa;*

*26°.- Que lo razonado en el motivo precedente debe conducirnos a la conclusión de que, en el sistema procesal penal vigente, la acusación, en cualquiera de sus manifestaciones (es decir, incluso la que sea sostenida por el querellante ante la pasividad o determinación contraria del Ministerio Público) debe, necesariamente, ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en ella, que es precisamente lo que se señala por la norma impugnada. En consecuencia, debemos entender que ésta no incurre en la discriminación arbitraria de tratamiento entre el Ministerio Público y el querellante que pretende ver el requirente, por lo cual la impugnación planteada deberá ser desestimada, y así se declarará;*

*La conclusión antedicha no significa que, por el hecho de no haberse formalizado la investigación por el fiscal a cargo del caso, los querellantes queden en la indefensión al verse impedidos de llevar adelante la persecución penal contra el querellado. En efecto, si bien la formalización es un trámite esencial del nuevo proceso penal y su ejercicio responde a una facultad discrecional del Ministerio Público, ésta no puede ser concebida en una dimensión omnímoda que sólo el fiscal pueda decidir si la materializa o no, ya que el propio Código Procesal Penal ha consagrado la posibilidad para el querellante de inducir dicha formalización, cuando posee antecedentes suficientes que la justifiquen, por la vía de solicitar al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueren objeto de la investigación y, con el mérito de la misma, incluso fijarle un plazo para que la formalice (artículo 186 del citado cuerpo legal);"*(Ver STC 1542 cc. 5°,6° y 7°, y STC 6718 cc. 25 – 26);

## IV.- PETICIONES DE LA REQUIRENTE

**16°.-** Que, se invocan por la actora la vulneración de los artículos 83 de la Carta Fundamental, en el sentido que el Ministerio Público se extralimita en el ejercicio al ejercer la facultad de la exclusividad en la investigación del proceso penal; del mismo modo se afectaría la garantía constitucional del artículo 19, N°3, inciso quinto, de la Constitución, mediante la cual el acto de formalización no tiene un control fidedigno, llevando al persecutor a adoptar decisiones como las señaladas en el artículo 248 del Código Procesal Penal, que en el caso particular es el cierre de la investigación, no formalizando y comunicando su decisión de no perseverar en el ilícito investigado; también se argumenta la infracción del artículo 19, N°3, inciso segundo, en el entendido que la no formalización adjunta al cierre de la investigación implica que el querellante y la victima quedan sin medios para preservar su acción penal;

## V.- ARGUMENTOS PARA RECHAZAR EL REQUERIMIENTO

**17°.-** Que, la Constitución no contiene una norma expresa que defina con prístina claridad lo que la doctrina denomina "el debido proceso" en tanto derecho individual y subjetivo, optando

por consagrar el derecho al juicio previo legalmente tramitado y la garantía consecuencial de reserva de ley conocida como legalidad procedimental, que reconoce como límite material que el contenido de dichas normas debe enmarcarse en el racional y justo procedimiento e investigación, regulando, paralelamente, además, dos de los elementos configurativos del debido proceso, cuáles son el derecho a defensa y el derecho a ser juzgado tribunal competente predeterminado por ley.

**18°.-** Que a juicio de quienes disentimos, el conflicto constitucional accionado en autos no guarda relación, no obstante, lo desarrollado en la sentencia, con la mayor o menor facultad que el sistema procesal penal le otorga a la víctima del delito. Ésta puede "ejercer igualmente la acción penal" (**artículo 83, inciso segundo, parte final, de la Constitución**), por lo que el sistema la dota de diversos instrumentos en todo el contexto del proceso penal (presentar denuncia o querella; solicitar la realización de diligencias de investigación y obtener pronunciamiento de éstas; oponerse a la solicitud de sobreseimiento definitivo; oponerse a la suspensión condicional del procedimiento; acusar de forma análoga o diversa a la pretensión fiscal; impetrar la dictación de medidas cautelares reales o personales; recurrir respecto de la sentencia; entre otras).

**Cabe entender que el** "ejercer igualmente la acción penal" es predicado respecto del Ministerio Público, el cuál ejercerá dicha acción "en su caso" y de conformidad con la ley, lo cuál significa que no la ejercerá "siempre", ni "en todo caso" ni menos "a todo evento", lo cual acarrea como consecuencia que ello también ha de entenderse respecto de la acción penal de quién señale ser ofendido por el delito imputado.

Cabe concluir entonces que la opción del legislador procesal penal chileno "fue coherente con la Constitución. La acción penal privada vigente permite la actuación de un actor particular que defiende un interés público –el que subyace a la creación del tipo penal, antes definido por el legislador- pero que se acota a su interés privado. Así, a la víctima se le dota de persecución penal, mas no de un poder público (Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, t. I., Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile, 2004, p. 288.)" (STC 5653, cº 15º, disidencia);

**19°.-** Que el Tribunal Constitucional ha conocido en diversas oportunidades, vía acciones de inaplicabilidad, impugnaciones al artículo 248, letra c), y en otras respecto del 259, inciso final, ambas del Código Procesal Penal, la mayoría de ellos desestimados ya sea por mayoría de votos, o en empate. Quienes suscribimos este voto disidente reafirmamos dicha jurisprudencia que, estimamos, se aviene con la Constitución y el modelo institucional que instaura la Reforma Procesal Penal vigente en Chile desde el año 2000;

## Las facultades del Ministerio Público se deben interpretar a la luz de su respeto a la Constitución y a la Ley, la que contiene la atribución exclusiva de investigar los hechos constitutivos de delitos.

**20°.-** Que, el Ministerio Público tiene la exclusividad de dirigir la investigación penal, lo que además reviste una garantía de control judicial sobre la misma: *"…la Constitución Política exige que la investigación efectuada por el Ministerio Público sea racional y justa y que se ha convocado al legislador a garantizarla, es comprensible que la exclusividad con que este organismo dirige la investigación penal, no impida el control de sus actuaciones, sino que, por el contrario, requiera de mecanismos legales de control que aseguren que la actividad persecutoria se someta a aquella exigencia. Más aún, la consagración de la aludida exclusividad de la investigación penal tuvo por objeto facilitar el control judicial y de otros organismos respecto de las actuaciones del Ministerio Público. En efecto, como sostuvo la Ministra de Justicia de la época, "buscamos concentrar las funciones investigativas en un solo ente estatal, con el objeto de que sea posible diseñar una política de persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios que resulten por lo tanto más fáciles de controlar y fiscalizar por parte*

*del Poder Judicial y de otros órganos llamados a supervisar la labor de los fiscales, según se explicita en la reforma propuesta y, desde luego, en el futuro Código de Procedimiento Penal. Todo lo anterior –o sea el conjunto de mecanismos de fiscalización– no se logra si las facultades de investigación se diseminan en diferentes entidades, con integraciones disímiles y con sistemas de controles diferenciados". Concluyendo que, por lo mismo, "los diversos mecanismos de control diseñados (…) entre ellos la existencia de jueces de control de instrucción que acompañarán permanentemente al fiscal para velar por las garantías de las personas, lo cual nos parece fundamental en un sistema democrático, y que actualmente también estamos impulsando en el régimen procesal penal, permiten que, no obstante la exclusividad con que se reviste el Ministerio Público en materia de investigación criminal, existan sistemas de revisión e impugnación ante los órganos judiciales respecto de las decisiones adoptadas por el Ministerio Público. Vale decir, si este último se ha excedido o ha cometido un acto arbitrario, podrá recurrirse a través de las instancias correspondientes ante el Poder Judicial en contra de dicha decisión, situación que es efectiva desde el punto de vista de la investigación de los delitos, pero, al mismo tiempo, preserva las garantías de las personas. Por ello, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en la cual participaron Senadores y Diputados integrantes de los respectivos organismos técnicos de ambas ramas del Congreso, determinó –por las razones que acabo de explicar– la exclusividad de tal decisión en el Ministerio Público."(Senado, discusión particular, 3 de junio de 1997);(STC 1445 cc. 14°);*

## Facultades privativas del Ministerio Público son discrecionales, pero no arbitrarias.

**21°.-** Que, las facultades privativas del Ministerio Público son discrecionales pero no arbitrarias: *"…si bien el Código Procesal Penal ha otorgado al Ministerio Público el ejercicio discrecional de diversas prerrogativas, ello no importa permitir la arbitrariedad en su desempeño pues, como bien ha señalado este sentenciador, "esta hipótesis se encuentra excluida por el conjunto de disposiciones contenidas en dicho cuerpo legal y en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que reglan sus potestades y que establecen el control jerárquico y jurisdiccional de su actuación" (sentencia Rol Nº 1.467);" (STC 1445 cc. 15°);*

**22°.-** Que, si bien la formalización de la investigación es una actuación que sólo toca realizar al Ministerio Público, el legislador, con el fin de asegurar una investigación racional y justa, ha establecido el control procesal de la investigación mediante la intervención judicial y la participación del querellante en la investigación. En efecto, el Código Procesal Penal permite, entre otros controles: a) Que el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento soliciten al fiscal todas aquellas diligencias que estimen pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, debiendo aquél ordenar que se lleven a efecto las que estime conducentes. Incluso si el fiscal rechazare la solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva (artículo 183); b) Que el imputado o los demás intervinientes puedan asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación cuando el fiscal lo estimare útil (artículo 184); c) Que cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, pueda pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueren objeto de ella, fijándole, incluso, un plazo para formalizarla (artículo 186); d) Que los intervinientes en el procedimiento puedan ser citados a la audiencia de formalización de la investigación, permitiéndoles también plantear peticiones en la misma (artículos 231 y 232); y e) Que el querellante particular pueda oponerse a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, instando, en cambio, por el forzamiento de la acusación (artículo 258) (Ver sentencias Roles Nºs 1.244 y 1445);

## Facultades exclusivas de dirección de la investigación se materializan en el principio de eficacia, donde la nueva concepción de la Reforma Procesal Penal faculta al Ministerio Público el conducir la investigación de forma exclusiva.

**23°.-** Que las facultades exclusivas de dirección de la investigación materializan el principio de eficacia, la nueva concepción de la legalidad que introduce la reforma procesal penal y la facultad

de conducir la investigación de manera exclusiva. En este sentido, en el proceso de dirección de la investigación el Ministerio Público puede actuar ejerciendo potestades configuradas con elementos discrecionales, que convocan a su estimación o juicio subjetivo.

En ese sentido, le corresponde ejercer la acción penal (artículo 166, CPP); además, puede decidir sobre el archivo provisional en los términos del inciso primero del artículo 167 del CPP; por otra parte, está facultado para no iniciar investigación, de acuerdo al artículo 168 del CPP; asimismo, en los casos en que el hecho de que se tratare no comprometiere gravemente el interés público, se autoriza a los fiscales a no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada (artículo 170, CPP); del mismo modo, le corresponde al fiscal formalizar y decidir la oportunidad para la formalización (artículo 230, CPP); en el mismo sentido, puede solicitar la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237, CPP); puede declarar el cierre de la investigación (artículo 248, CPP); y puede formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma (artículo 248, letra b), CPP).

Como se observa, estas facultadas materializan el principio de eficacia, la nueva concepción de la legalidad que introduce la reforma procesal penal y la facultad de conducir la investigación de manera exclusiva;

Dentro del marco de sus facultades investigativas, del monopolio que tiene sobre la dirección de la investigación y de la discrecionalidad con la que puede actuar en el proceso de investigación, es que el Ministerio Público está facultado para no perseverar en la investigación. Dicha facultad es, una expresión más del rol que le corresponde ocupar en el proceso penal (Ver, en tal sentido, STC 2680-14 c. 3° N°12°);

## VI.- CASO CONCRETO Y SU INCIDENCIA.

**24°.-** Que en estos autos constitucionales Rol N°8798-20 las normas cuestionadas ya han sido aplicadas, tomando en consideración que el Ministerio Público ejerció las opciones o variables que consagra el artículo 248 del Código Procesal Penal, y atendido que el órgano persecutor una vez cerrada la investigación, materializada en comunicar judicialmente la decisión administrativa previamente adoptada de no perseverar en el procedimiento en mérito de no haberse reunido en el proceso investigativo antecedentes de sustento para fundar una acusación;

**25°.-** Que por su parte el artículo 83 constitucional define al Ministerio Público como un órgano autónomo y jerarquizado, cuya misión es la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito, la participación de los involucrados o en el evento la inocencia del imputado, lo cual redunda, en el ejercicio de la acción penal. Es más, la Ley 19.640, en su artículo 3° consagra el **Principio de Objetividad**, de forma tal la norma del artículo 248 letra b) del Código Procesal Penal fija la regla, que una vez cerrada la investigación el Fiscal podrá formular acusación, **cuando lo estimare que la investigación tiene fundamento para el enjuiciamiento**, obligación que importa que dicha determinación para formular la acusación escapa a la competencia de la judicatura a fin de inmunizar la imparcialidad del juez y en el contexto del Principio Acusatorio que ilumina todo sistema procesal penal;

**26°.-** Que, en nada afecta el texto constitucional, el ejercicio exclusivo de investigar los hechos punibles y la participación, como tampoco que el Ministerio Público para desplegar la acción penal de manera que respete el Principio de Legalidad Penal, sea depositario del mandato de averiguar no sólo los hechos constitutivos de delito, sino también, aquellos que acrediten la inocencia del imputado;

**27°.-** Que en esta cadena, tanto la decisión de acusar como la de no perseverar, tienen idéntico fundamento, el cual consiste en que exista una investigación y que la apreciación lleve a la conclusión de tener suficientes antecedentes para acusar en un juicio, todo en virtud del mandato constitucional que le permite al Ministerio Público dirigir la investigación (artículo 83, inc. 1° de la Constitución);

**28°.-** Que al confrontar las variables del Principio Acusatorio y el fin de separar la función investigativa de aquella de naturaleza jurisdiccional, la revisión, la valoración y la ponderación de los antecedentes emanados de la investigación nos conduce indefectiblemente a la exclusividad en la dirección que la indagatoria de imputaciones penales en la constitución, la cual quedó en manos del Ministerio Público;

**29°.-** Que, del mismo modo, imputar e investigar los hechos punibles y la participación se engarzan con el Principio Acusatorio, el cual corre aparejado con el derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial;

**30°.-** Que la falta de prueba incriminatoria, genera el medio consagrado en el artículo 248, letra c) del Código Procesal Penal, donde al evaluarse al tenor de lo dispuesto en el artículo 19, N°3, de la Carta Fundamental invocándose tutela judicial y control jurisdiccional del cometido del Ministerio Público, esta Magistratura ha concluido de *"la decisión de no perseverar como una salida autónoma del procesal penal, que el Ministerio Público ejerce facultativamente y que no se integra por elementos reglados y otros discrecionales, en todo caso, no autorizan la arbitrariedad"* (Ver STC Roles N°s N°2680 y 2858);

**31°.-** Que el estatuto de la víctima debe interpretarse en armonía con el conjunto de derechos que el proceso penal atribuye a la víctima durante el desarrollo del enjuiciamiento penal y, además, en el proceso investigativo, entre los cuales destaca la petición de diligencias al fiscal de aquellos trámites pertinentes y útiles para establecer la verosimilitud de los hechos indagados, y en el evento, de una negativa se podrá reclamar al tenor del artículo 183 del Código Procesal Penal; asistir a actuaciones y diligencias propias de la investigación según el artículo 184 del Código Procesal Penal y las vías especiales, de los artículos 186 y 257 del mismo cuerpo legal, en el sentido de poder ejercer el derecho a asistir e intervenir en las distintas instancias y la solicitud de reapertura de la indagatoria a fin de realizar diligencias pertinentes;

**32°.-** Que, junto a lo anterior, también es dable entender que la falta de formalización en los términos del artículo 229 del Código Procesal Penal consagra que se encuentra en manos del Ministerio Público la comunicación que dicho precepto se refiere, lo cual está en concordancia con la norma del artículo 83 de la Constitución y su indagación de los delitos en forma exclusiva. Esta Magistratura en los Roles Nos. 458 y 1001, en virtud del control preventivo de constitucionalidad de sendas reformas legales estableció que era el deber de un funcionario del Ministerio Público y en ejercicio de sus actuaciones que ambos actos procesales, llámense investigación y formalización, son actos exclusivos del órgano persecutor. Esta última circunstancia, además, aparece reforzada en el artículo 232, inciso final, del Código Procesal Penal;

**33°.-** Que como último argumento en orden a la pretensión de rechazo de este voto disidente cabe considerar que los hechos imputados en la gestión pendiente se denuncian en el marco de un conflicto de derecho de familia sometido al conocimiento del competente tribunal de dicha materia, y que el día 15 de mayo el Ministerio Público comunicó en audiencia su decisión de no perseverar en la investigación, hecho reconocido por la propia requirente, circunstancia comprendida en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal, cuyos efectos aparecen establecidos en el inciso final de la misma norma y cuya correcta interpretación es que el

legislador tuvo la voluntad drástica de poner término al procedimiento en caso de inactividad o falta de eficacia del Ministerio Público en sus tareas de persecución penal. Además, en la misma audiencia, la requirente de inaplicabilidad solicitó se le permitiera acusar particularmente, petición que fue denegada. Cabe observar que la querella que motivó la investigación fue interpuesta el 8 de mayo de 2017 y que en estrados los litigantes se refirieron en detalle a diversas actuaciones investigativas, acaecidas en los tres años trascurridos entre la presentación de la querella y la audiencia señalada, en la cuál recibieron aplicación los preceptos cuestionados, respecto de lo cuál se interpone la apelación que constituye la gestión pendiente.

Adicionalmente, no debe olvidarse que producidos los efectos de la comunicación del Ministerio Público establecida en el primero de los preceptos cuestionados, sigue corriendo el plazo de prescripción del eventual delito, pudiendo cuando correspondiere solicitarse por el imputado el sobreseimiento definitivo de la causa. Lo anterior resulta tan cierto, que el propio Código Procesal Penal no contempla la reapertura del procedimiento, por lo cual el único mecanismo vigente es el establecido en el artículo 258 del Código Procesal Penal sobre el forzamiento de la acusación, opción que mitiga en parte las pretensiones de tutela judicial recabadas por la solicitante de autos;

**34.-** Que, adicionalmente, no puede olvidarse que la formalización de una investigación por parte del Ministerio Público no es una potestad ilimitada ni menos omnímoda. En efecto, se encuentra regida por el principio de juridicidad de los artículos 6° y 7°, establecido respecto de todos los órganos del Estado. Adicionalmente, debe tenerse presente que el artículo 5°, inciso primero, de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, dispone que *"El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público"*, lo cuál incluye la actividad de formalización de la investigación (ver, por ejemplo, sentencia Rol N° C-17.513-2015 del 13° Juzgado Civil de Santiago, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago en Rol N° 11.021-2018, Secretaría Civil. La sentencia de primera instancia condena a indemnizar por daño moral y señala en su cons. 8° que *"No se trata de un examen de resultado basado en el éxito de la investigación, pues como se ha dicho, la sola absolución es insuficiente para calificar la falta de razonabilidad. Lo relevante no es el acierto o desacierto en la decisión de llevar adelante una investigación formalizada, sino la razonabilidad de los actos que concatenaron las distintas etapas investigativas. De ahí la necesidad de analizar los elementos que obran en la carpeta investigativa y que se invocaron al contestar esta demanda")*. Es por todo ello que la no formalización de una investigación no es un capricho ni un acto per se arbitrario, ya que la decisión de formalizar y perseguir penalmente puede acarrear responsabilidad del Estado, no existiendo el derecho subjetivo a la formalización de toda investigación respecto de la cuál exista querellante;

## VII.- CONCLUSIÓN.

**35°.-** Que atendido los argumentos antes expuestos y, además, el estadio procesal en que se encuentra la causa de mérito, no resulta pertinente aceptar las razones y motivaciones planteadas en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido a fojas 1 y siguientes, circunstancias que llevan a estimar que la acción impetrada en la presente causa no puede prosperar.

[…]

## 5.i. Debido proceso y sistema administrativo sancionatorio.

**SENTENCIA ROL 8168-2020.** *Publicado el 14 de mayo de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 125, numeral 18) de la Ley N° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura. Álvaro Matías Aguirre Arredondo. En los autos Rol N° cC973-2018 del Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de Copiapó, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Copiapó, por recurso de apelación, bajo Rol N° Civil 571-2019

**VOTO DE MAYORÍA**

[…]

### I. ACERCA DEL CONFLICTO PLANTEADO.

**PRIMERO**.- El requirente, aduce en su presentación que es inconstitucional en el caso concreto la aplicación de preceptos que excluyen la institución del abandono del procedimiento, en el marco de un proceso sumario especial por contravenciones a la Ley General de Pesca y Acuicultura seguido en su contra, por incurrir en la infracción consistente en la conducta descrita en su artículo 119– en el texto previo a su última modificación-, esto es, tenencia del recurso hidrobiológico loco, cuya extracción se encuentra prohibida por así disponerlo los Decretos Exentos N°s 403 y 820, de los años 2013 y 2017, respectivamente, del Ministerio de Economía,. En tal sentido, solicita que se declare la inaplicabilidad por inconstitucional del artículo 125 Nº 18, de la Ley Nº 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura, que dispone:

*"Artículo 125.- A los juicios a que se refiere el artículo precedente se aplicará el procedimiento que a continuación se señala (…)*

*18) En lo no previsto en este artículo, se aplicarán supletoriamente las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, salvo el abandono del procedimiento, el desistimiento de la demanda y lo que resulte contrario a la naturaleza contravencional de este procedimiento".*

**SEGUNDO**.- Que, el presente asunto conlleva a resolver si la aplicación del precepto impugnado, establecido en el artículo 125 Nº 18 de la Ley Nº 18.892, infringen los derechos invocados por la recurrente, es decir, si atenta o no contra la prohibición de apremios ilegítimos y la igualdad ante la ley, garantizados en el artículo 19 N°s 1° y 2°, Constitución Política de la República, respectivamente. Lo anterior, considerando que la disposición impugnada, no permitiría "dejar sin efecto" una sanción subsidiaria de apremio que afecta la libertad personal del requirente. Además de plantear una diferencia que sería arbitraria, entre los sujetos procesales de un procedimiento por infracción a la Ley de Pesca, y quienes se sujetan a otros procedimientos civiles.

### II. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL ORDENAMIENTO PESQUERO Y DE SU PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO.

**TERCERO**.- Que, antes de comenzar a realizar el análisis sobre si, en el caso concreto, existe efectivamente un conflicto entre la aplicación del precepto impugnado en el requerimiento y la Constitución, es del todo necesario referirse a los objetivos de la Ley General de Pesca y Acuicultura, Ley Nº 18.892, y del Sistema infraccional y sancionatorio de carácter especial previsto en ella, en el cual se incorporan la norma que busca ser inaplicada.

Conforme a lo establecido en el artículo 1-B, de la Ley Nº 18.892, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.892, de 1989 y sus modificaciones, ley General de Pesca

y Acuicultura, esta norma tiene por objetivo *"la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrográficos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos"*.

De acuerdo a la finalidad recién prevista, mediante la Ley Nº 18.892 se regulará *"(...) la preservación de los recursos hidrobiológicos, así como toda actividad pesquera extractiva, de acuicultura e investigación (…)"*, así como también *"(…) las actividades pesqueras de procesamiento y transformación, el almacenamiento, transporte o comercialización de recursos hidrobiológicos (…)"* (Artículo 1 de la Ley Nº 18.892, sobre Ley General de Pesca y acuicultura).

Con todo, es posible verificar que el legislador ha sentado especial énfasis en el ámbito de la sustentabilidad de los recursos hidrobiológicos, el acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal, así como para la investigación y fiscalización. En virtud de aquello, la Ley Nº 18.892, tras la modificación incorporada mediante la Ley Nº 20.657, incorporó en el artículo 107 de la Ley Nº 18.892, que antes ya reconocía la prohibición de capturar, extraer, poseer, propagar, transportar y comercializar, agregó la restricción de "tener, almacenar y transportar" (Artículo 1 Nº 79) recursos hidrobiológicos con infracción de las normas que establece la Ley.

**CUARTO**.- Que, el artículo 108 de la Ley 18.892, establece sanciones al infractor que incurra en las acciones señaladas en el considerando precedente, medidas que podrán ir desde "(a) multas; (b) suspensión o caducidad del título del capitán o patrón; (c) clausura de los establecimientos comerciales o industriales; (d) Comiso de las artes y aparejos de pesca con que se hubiere cometido la infracción y de los medios de transporte; (e) Comiso de las especies hidrobiológicas o de los productos derivados de éstas", según corresponda.

**QUINTO**.- Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley Nº 18.892, *"A las infracciones de las normas de la presente ley y sus reglamentos, o de las medidas de administración pesquera adoptadas por la autoridad, que no tuvieren prevista una sanción especial se les aplicará una multa equivalente a una o dos veces el resultado de la multiplicación del valor de sanción de la especie afectada, vigente a la fecha de la denuncia, por cada tonelada o fracción de tonelada, de peso físico de los recursos hidrobiológicos objeto de la infracción, y el comiso de las especies hidrobiológicas (…) A las infracciones que no pudieren sancionarse conforme a lo dispuesto precedentemente se les aplicará una multa de 3 a 300 Unidades Tributarias mensuales (…)"*.

Asimismo, el artículo 119 de la misma ley establece que *"El que transporte posea, sea mero tenedor, almacene o comercialice especies hidrobiológicas bajo la talla mínima establecida o recursos hidrobiológicos vedados o extraídos con infracción de la letra c) del artículo 3 o de la cuota establecida en virtud del régimen artesanal de extracción y los productos derivados de éstos, será sancionado con una multa equivalente al resultado de multiplicar hasta por dos veces el valor sanción de la especie respectiva, vigente a la fecha de la denuncia, por la cantidad de recursos hidrobiológicos objeto de la misma, reducidos a toneladas de peso físico, con el comiso de las especies hidrobiológicas y medios de trasporte utilizados, cuando corresponda, y, además, con la clausura del establecimiento o local en que se hubiere cometido la infracción, por un plazo no inferior a tres ni superior a treinta días (…)"*.

**SEXTO**.- Que, el conocimiento de los procesos por infracciones de la Ley Nº 18.892, *"(…) corresponderá al Juez Civil con competencia en la comuna donde se hubieren cometido o donde hubiese fijado el principio de ejecución"* (artículo 124 de la Ley 18.892).

**SÉPTIMO**.- Que, conforme lo ha señalado con anterioridad esta Magistratura *"(…) tanto la finalidad de la Ley General de Pesca como las restricciones que impone a los particulares están determinadas por razones constitucionalmente legítimas y plenamente admisibles.*

*En efecto su objetivo en el inciso cuarto del artículo 1º de la Constitución; a la obligación que pesa sobre el Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, comprendida dentro del precepto que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 Nº 8); a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes que son susceptibles de apropiación (art. 19*

*Nº 23, inciso primero) y a la exigencia de que una ley de quórum calificado, y cuando lo exija el interés nacional, puede imponer condiciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes (inciso segundo) como ocurre justamente con los recursos hidrobiológicos a que se refiere la Ley de Pesca, en razón de que su explotación excesiva puede poner en peligro su preservación; a lo dispuesto por el art. 19 Nº 21 de la Constitución, disposición que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional "respetando las normas legales que la regulen", lo cual ha llevado a la Ley de Pesca a imponer ciertos límites a la actividad de transformación y comercialización de los recursos hidrobiológicos y, en especial, a los que se encuentran en veda con el objeto de lograr su conservación e impedir su sobre explotación*" (STC ROL 4074-2017, Considerando tercero).

**OCTAVO**.- Que, el artículo 125 de la Ley Nº 18.892, establece un procedimiento especial aplicable al caso de infracciones a la ley, que se ventilan ante los juzgados civiles con jurisdicción en las comunas donde aquellas se hubieren cometido o hubiesen tenido principio de ejecución. Para tal efecto, obliga a los funcionarios del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA) y al personal de la Armada y de Carabineros que sorprenda infracciones a las normas de la ley y sus reglamentos o de las medidas de administración pesquera adoptadas por la autoridad, a denunciarlas al juzgado y disponer la citación del infractor, con indicación de la ley o el reglamento infringido y el área del mar en que la transgresión se hubiere cometido, cuando corresponda.

En este mismo sentido, el mismo precepto legal, en su numeral 18, establece que *"en lo no previsto en este artículo, se aplicarán supletoriamente las normas contenidas en los libros I y II del Código de Procedimiento Civil, salvo las relativas al abandono del procedimiento, desistimiento de la demanda y lo que resulte contrario a la naturaleza contravencional de este procedimiento"*.

**NOVENO**.- Que, el numeral 18 del artículo 125 de la Ley Nº 18.892, se incorporó mediante el proyecto modificatorio de la Ley de Pesca, vía indicación, sin mayor argumentación, según da cuenta la tramitación legislativa del proyecto en referencia (Biblioteca del Congreso Nacional (2010). Historia de la Ley Nº 20.434, p. 158).

## III. DEL PROCESO EN GENERAL Y LA SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 125 DE LA LEY 18.892.

**DÉCIMO**.- Que, la Constitución al asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a defensa jurídica y el derecho al proceso previo legalmente tramitado vino a determinar que, prohibida la autotutela al institucionalizarse la convivencia pacífica, la heterocomposición mediante el proceso jurisdiccional pasará a ser un medio ordinario de resolución de conflictos.

**UNDÉCIMO**.- Que, el proceso se posicionará como el principal objeto de la función jurisdiccional, que pasará a ser de titularidad del poder estatal, y a la vez el proceso será un derecho, ya que, al estar prohibida la autotutela, el Estado debe garantizar medios eficaces y accesibles para la resolución pacífica de conflictos. De esa forma, el proceso cumplirá dicha función, que en el marco de un Estado de Derecho significará que de ordinario el proceso deberá concluir con una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del conflicto, fundada en derecho, sobre la base de los hechos acreditados en el desarrollo de la contienda. De esta forma, el proceso judicial plantea un estadio superior al discurso jurídico, al tener que acotar una solución que, aunque plantea como idealmente alcanzable, significa un desafío al sentenciador, pues este siempre deberá ajustar su razonamiento, restringiendo su propia idea de justicia, a lo mandatado por la ley.

**DUODÉCIMO**.- Que, uno de los estándares de validez del proceso será el principio de legalidad procedimental: siendo la jurisdicción un poder estatal, es por esencia limitado, y a propósito de ello el proceso será válido en la medida que su sustanciación se desarrolle con el procedimiento que el legislador ha dispuesto. Ello en consonancia con la función de garantía de los derechos, su configuración como límite al poder y direccionamiento para su ejercicio (En este sentido, Ferrajoli, L. (2009). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. En L. Ferrajoli, J.J Moreso, y M. Atienza. La teoría del derecho en el paradigma constitucional. (2a ed.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo).

**DECIMOTERCERO**.- Que, de igual forma, en estos puntos el proceso no es un fin en sí mismo, sino que un medio de resolución de conflictos, y así una relación jurídico-procesal será por definición limitada en el tiempo, por lo que dure la tramitación del proceso, que implicará en sí, tiempo, atención y eventualmente afectación transitoria de derechos por la imposición de cargas, medidas cautelares, el transcurso de plazos, etc. Siendo transitoria la relación procesal, y siendo su finalidad resolver un conflicto, será anómalo que los procesos se eternicen, y por ello uno de los elementos del debido proceso es el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, lo cual tendrá diferentes significaciones según la materia, por ejemplo en el área penal o en el área civil, dependiendo de la entidad de la afectación de derechos que el proceso significa y del tiempo razonablemente necesario para tramitarlo y resolverlo en función de su mérito y complejidad.

**DECIMOCUARTO**.- Que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha quedado fuera de este debate, a propósito del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, señalando a este respecto que *"que es el Estado, a través de sus autoridades judiciales, quien debe conducir el proceso. Al respecto, conforme la legislación procesal civil aplicable al presente caso, el juez tiene el deber de dirigir el procedimiento, manteniendo la igualdad de las partes en el proceso, vigilando que la tramitación de la causa procure la mayor economía procesal y evitando la paralización del proceso. Sin embargo, la Corte constata que han existido varios periodos de inactividad en el proceso civil que son enteramente atribuibles a las autoridades judiciales. Asimismo, existió una falta de debida diligencia por parte de las autoridades que no es cuantificable en una demora específica de tiempo, pero que sin duda contribuyó a la dilación en el procedimiento. La Corte advierte que los constantes recursos interpuestos por las partes del proceso pueden generar cierta confusión en su tramitación, no obstante, al ser el juez el director del proceso, debe asegurar la tramitación correcta de los mismo (…)"* (Corte IDH. Caso Mémoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265. Parágrafo 176). Cabe notar que, si bien ello está señalado respecto del proceso civil, el rol de director del proceso cobra mayor relevancia en procesos de interés público -como los de conservación de recursos hidrobiológicos de extracción regulada-, en los cuales entonces el impulso procesal no será de parte y los bienes jurídicos involucrados no serán disponibles por las partes.

**DECIMOQUINTO**.- Que, en ese orden, la diversidad de materias y tipos de conflictos derivados de las relaciones jurídicas determinan que el legislador esté dotado de una amplia capacidad regulatoria para configurar los procedimientos según las necesidades y caracteres de las diferentes áreas del sistema de fuentes (derechos de familia, del trabajo, civil, del consumidor, penal, etc.). Así, los procedimientos se estructurarán en base a los denominados principios informadores, de los cuales derivarán reglas específicas.

**DECIMOSEXTO**.- Que, el procedimiento civil, al referirse a derechos e intereses de derecho privado, de orden generalmente patrimonial, referidos a relaciones entre particulares y esencialmente disponibles mientras no se afecte el orden público, aparece regido por ciertos principios informadores afines a esa naturaleza. Uno de ellos es que el impulso procesal es de parte y no de oficio por el tribunal, de lo cual deriva que la carga de abogar por el curso progresivo y el avance de la tramitación del proceso es de las partes, estando vedado al tribunal impulsar

procesos de oficio. En ese orden, no es infrecuente que los procesos se paralicen sin concluir, entre otras razones, porque cesó la actividad de parte, en específico la del demandante, que es el interesado en la dictación de la sentencia que se pronuncie sobre su pretensión. Es del caso resaltar que siendo el proceso civil generalmente declarativo o constitutivo, más que las partes en su totalidad, el interesado en su pronta conclusión es el demandante, para que se declare o acoja su pretensión, de lo cual deriva que en realidad la carga del impulso procesal es primariamente suya y no necesariamente de las otras partes (sin perjuicio de que el demandado también lo tenga por ejemplo, por una condena en costas del rechazo o en una acción reconvencional).

## IV. ACERCA DEL ABANDONO DE PROCEDIMIENTO Y LA JURISPRUDENCIA DE ESTE TRIBUNAL.

**DECIMOSÉPTIMO.**- Que, este Tribunal no se ha pronunciado con anterioridad específicamente del precepto invocado en el caso concreto, esto es, respecto del abandono del procedimiento en relación a la aplicación del artículo 125 Nº 18 de la Ley 18.892, sin embargo si se ha pronunciado respecto de la Institución del "abandono de procedimiento", existiendo sentencias que acogen y rechazan las presentaciones, conforme a las siguientes consideraciones (acogen las STC Roles N°s 7400, 6879, 6469, 6167, 6166, 5822, 5152 y 5151. A su vez, la sentencia Rol N° 5986, rechazó por empate. Entre las que acogen, cabe mencionar la ROL Nº 5151-2019, referida en esta parte a la parte final del inciso primero del artículo 429 del Código del Trabajo, se señaló que *"(…) el precepto legal en cuestión impide al demandado la posibilidad de oponer el instituto regular del derecho procesal en general del abandono del procedimiento en el supuesto abstracto que corresponde al tribunal dar los impulsos correspondientes a fin de evitar la paralización del proceso y su prolongación indebida, decisión legislativa excepcional que demuestra en la práctica, que permite una paralización que puede ser abusiva y con consecuencias injustas para la parte demandada. De este modo, resulta evidente que la excepción introducida por el legislador en el artículo 429 respecto del abandono del procedimiento, al no impedir las dilaciones abusivas por las partes y el juzgamiento en plazos razonables a fin de dar certeza y seguridad jurídica, vulnera el principio constitucional de igualdad y no discriminación arbitraria y la esencia del derecho a una igual protección en el ejercicio de los derechos, consistente en establecer las garantías de un justo y racional procedimiento, permitiendo el abuso del derecho, todos ellos consagrados en los numerales 2 y 3 del artículo 19, así como en su numeral 26" (Considerando vigésimo).*

*"(…) si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos puedan resultar de tales regulaciones encuentren regulación en el logro de fines constitucionalmente legítimos y sean –las mismas restricciones– proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar (STC Rol 1046, C. 22). En tal sentido, la restricción legal contenida en el artículo 429 del Código del Trabajo y que en esta oportunidad se cuestiona, no satisface este estándar, motivo por el cual forzoso resulta concluir que su aplicación al caso concreto resulta contraria a la Constitución y a la observancia de las garantías de la parte requerida" (Considerando vigésimo primero).*

**DECIMOCTAVO.**- Por otra parte, esta misma Magistratura en la STC ROL Nº 5986, a propósito de la aplicación del artículo 429 del Código del Trabajo, ha expresado que "*(…) la frase impugnada del artículo 429 del Código del Trabajo fue incorporada por la Ley Nº 20.087, que sustituye el procedimiento Laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, considerada esta situación desde el mensaje del Proyecto de Ley. En efecto, estableció dentro de los principios formativos del proceso el impulso procesal de oficio, respecto del cual señaló "el juez podrá decretar las pruebas que sean necesarias aun cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará aquellas que considere inconducentes. Adoptará, asimismo, las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida, no siendo aplicable en consecuencia la figura del abandono del procedimiento.*

*Todo lo cual se basa en un diagnóstico realizado que concluye que "el funcionamiento actual de la judicatura laboral adolece de innúmeros defectos que implican lentitud en sus fallos, falta de protección a los derechos sustantivos consagrados en las reformas antedichas, lo que conlleva un abandono de las*

*partes a la instancia jurisdiccional, ante la falta de capacidad de ésta de absorber en debida forma los requerimientos a que es llamada" (Historia de la Ley Nº 20.087, Primer Informe Comisión del Trabajo, Cámara de Diputados, P. 42)"* (Considerando 6º).

De igual forma, añade que *"(…) aunque el legislador tuvo motivos atendibles para impedir o prohibir el incidente de abandono del procedimiento en los juicios de cobranza laboral y previsional, la regla procesal consagrada en el artículo 429 del Código del Trabajo, la aplicación de la misma, al menos en la gestión judicial pendiente que origina estos autos constitucionales, ocasiona distorsiones que afectan derechos fundamentales a una de las partes, lo que hace que dicho precepto legal produzca efectos contrarios a la Carta Fundamental"* (Considerando 25º).

Cabe señalar que ninguna de dichas sentencias se refiere a reglas de procedimientos infraccionales, sino a cuestiones de relaciones laborales, es decir, de vínculos jurídicos entre particulares.

**DECIMOSÉPTIMO**.- Que, por su parte, la Excelentísima Corte Suprema ha destacado la trascendencia jurídica de esta institución procesal, al manifestar que el fundamento del abandono del procedimiento es *"impedir que el juicio se paralice en forma indefinida, con el daño consiguiente a los intereses de las partes y evita la inestabilidad de los derechos en especial la incertidumbre del derecho del demandado y la prolongación arbitraria del litigio, como consecuencia de una conducta negligente. Representa, por lo tanto, una sanción procesal para los litigantes que cesan en la prosecución del proceso omitiendo toda actividad y tiende a corregir la situación anómala que crea entre las partes la subsistencia de un juicio por largo tiempo paralizado"* (Sentencia Corte Suprema. Rol Nº 23.754-2014. C. 3).

**DECIMOCTAVO**.- Que, por otra parte, existe jurisprudencia de larga data que se ha referido a la institución del abandono de procedimiento en el contexto de un procedimiento contravencional. En este sentido, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas señaló que "El abandono del procedimiento es una sanción establecida para los juicios civiles y cuyo basamento subjetivo dice relación con el hecho que el abandono que las partes pueden hacer de un proceso es demostración de sus voluntades de dejarlo que se extinga sin que llegue a dictarse la sentencia que le ponga fin. Pero ello no puede ocurrir en procesos destinados a investigar y sancionar la comisión de faltas y contravenciones, en los que hay, además, envueltos intereses superiores de la nación. Tal como ocurre con los procedimientos establecidos en la Ley 18.892 (texto refundido en D.S. 430, D.O. 21 de enero 1992) sobre pesca y acuicultura en cuanto buscan sancionar la comisión de hechos en ella establecidos (…)" (Sentencia Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Rol 7.212-1993). Es decir, no debe perderse de vista que, en materias contravencionales, y sobre todo en las referidas a pesca y acuicultura, existen intereses públicos involucrados, a diferencia de los procesos civiles entre particulares, en los cuales se ventilas intereses de tipo privado y eminentemente disponibles.

**DECIMONOVENO**.- Que, resulta imposible a esta Magistratura desconocer el carácter especial del procedimiento contravencional de la contienda que da origen a la presentación del requirente. Es por ello que lo resuelto a propósito de la aplicación del artículo 429 del Código del Trabajo, no resulta aplicable al caso concreto, pues nos encontramos ante un proceso con características diferentes, en el cual se ventilan otro tipo de intereses, de eminente carácter público.

## V. ACERCA DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES.

**VIGÉSIMO**.- Que, el Derecho Administrativo postula que, en defecto de regulaciones expresas que circunscriban la extensión de la potestad sancionadora de la Administración, la aplicación de las medidas correctivas dirigidas a reprimir contravenciones administrativas, debe sujetarse a los principios garantistas clásicos del Derecho Penal, si bien esta admite matices, en función de las características inherentes a dicha potestad. El tema ha sido objeto de vasto análisis en la

jurisprudencia de este Tribunal, desde la última década del siglo pasado (Roles N°s 244, c. 9°; 479, c.8°; 480, c. 5°; 725, c. 12°; 1.518, cc. 6° y 24°; 2.264, c. 33°; 2.682, c. 7° y 2.784, cc. 11° y 12°, entre otros), así como de la Contraloría General de la República (dictámenes N°s 34.644/78; 36.415/79 y 32.076/96, entre muchos otros).

**VIGÉSIMO PRIMERO**.- Que, el procedimiento administrativo sancionador debe cumplir dos tipos de garantías: las sustantivas, inherentes al ius puniendi del Estado, que se enfatizan en los pronunciamientos citados, y las vinculadas estrictamente al debido proceso. En este sentido, esta Magistratura Constitucional ha manifestado que el legislador debe permitir que quienes puedan ser afectados por dichas sanciones, puedan defenderse de los cargos que les formule la autoridad, pudiendo rendir prueba, impugnar la sanción, etc. (STC Roles N°s 376/2003, 388/2003, 389/2003, 473/2006, 725/2008, 792/2007, 1413/2010, 1518/2010, 2381/2013).

**VIGÉSIMO SEGUNDO**.- En el caso concreto, el procedimiento se inicia con una fiscalización y posterior denuncia de SERNAPESCA, para posteriormente, por motivos de garantía del derecho a defensa, ser conocido y resuelto por un tribunal con competencia en lo civil, lo cual no resta el carácter sancionatorio al procedimiento.

**VIGÉSIMO TERCERO**.- Que, debe tenerse presente que este Tribunal Constitucional debe cumplir con el mandato dispuesto en la Constitución Política de la República, sobre la base del principio de juridicidad, competencia y, ante todo, en la custodia de los elementos que conforman el debido proceso y, por ende, a través de una interpretación extensiva no puede aplicar preceptos que contradigan frontalmente dichos principios.

## VI. EL ABANDONO DE PROCEDIMIENTO EN DERECHO PROCESAL CIVIL.

**VIGÉSIMO CUARTO**.- Que, el hecho de que en materias civiles el impulso procesal de partes sea en realidad, prima facie y por regla general, impulso procesal del actor, se ve confirmado en el instituto que nuestro derecho denomina "abandono de procedimiento", mediante el cual en nuestro derecho procesal civil se establece una carga para el demandante, consistente en realizar actividad procesal útil para el curso progresivo de los autos, sin lo cual, tras 6 meses, las demás partes ven nacer su facultad de pedir el término del proceso sin que avance ni se dicte sentencia definitiva, mediante la declaración de abandono.

**VIGÉSIMO QUINTO**.- Que, el abandono de procedimiento aparece así ligado a una característica esencial del proceso civil: la disponibilidad y el carácter privado de los intereses en conflicto, que son disponibles y de titularidad de las partes, que determinarán libremente si los reclaman y cuando lo hacen, en el marco de la reglamentación de su extinción y de sus cargas procesales asociadas, cuestión que también ocurre con el abandono de procedimiento, que puede ser objeto de renuncia, sea expresa o tácita.

**VIGÉSIMO SEXTO**.- Que, el abandono de procedimiento cumple una función que es indisociable del impulso procesal de parte, pues si iniciado el proceso el actor no le da curso progresivo, el mismo se paraliza pero las consecuencias del inicio de la relación procesal siguen vigente, transformando en eternas y permanentes las consecuencias derivadas una relación jurídica de tipo procesal que por definición es temporal, lo cual es doblemente relevante por su aptitud de eternizar afectaciones a derechos (manifestadas por ejemplo, a través de medidas cautelares, además de la incerteza jurídica acerca de los derechos y obligaciones objeto del proceso). Es por ello que tras la inactividad y la consecuente paralización surge el derecho del afectado de pedir que se declare terminado el proceso, sin un pronunciamiento sobre el fondo, pues de no ser así, todo demandante podría eternizar la relación jurídico procesal a su voluntad en perjuicio del otro justiciable, siendo más rentable presionarlo así para que se allane en lugar

de hacer avanzar el proceso bajo el riesgo de una sentencia adversa.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.**- Por otra parte, debe tenerse presente que al amparo del artículo 87 de la Constitución de 1925, los tribunales chilenos proclamaban bajo su vigencia el no tener competencia en materia contencioso-administrativa, hecho que dejó en la indefensión a ciudadanos en la materia, lo cual fue enmendado por la Constitución de 1980, al dotarlos de competencia, a partir de sus artículos 38 y 76, mas ni la ley ni la misma Constitución establecieron ni tribunales especializados en la materia ni reclamo ni procedimientos generales al respecto. La solución resultante ha sido a lo largo de 30 años un panorama del contencioso administrativo que es inorgánico e inarmónico: durante décadas las acciones de protección de derechos fundamentales y de nulidad de derecho público han sido utilizadas como un sucedáneo imperfecto a falta de un contencioso administrativo general debidamente configurado, además de lo cual cada ley especial que se dicta en referencia a atribuciones de órganos de la administración suele contemplar un reclamo especial, que a falta de juzgados contencioso administrativos suele ser de competencia de la justicia ordinaria, a veces tribunales de letras y a veces cortes, a veces con procedimientos especiales, a veces en juicio sumario, a veces en juicio ordinario y a veces con normas especiales y remisiones expresas y parciales al derecho procesal civil. El resultado es intimidante: un régimen de contencioso administrativo (derecho público) entregado a tribunales civiles (de derecho privado y no especializados en derecho administrativo), sin un procedimiento idóneo y remitido a la tramitación de procesos civiles, que tienen procedimientos informadores que obedecen a otros caracteres.

**VIGÉSIMO OCTAVO.**- Cabe mencionar que la relación jurídica de derecho público existente entre la administración y el ciudadano es por esencia desigual en algunos aspectos, pues uno de sus elementos es de sumisión, y los actos administrativos están dotados de imperio y ejecutividad respecto del ciudadano, en aras de un interés que no es privado: la satisfacción de las necesidades públicas de forma regular y continua y la ejecución de la ley para asegurar su vigencia, con caracteres de generalidad y abstracción, todos elementos de interés público que son parte de la función administrativa y que en el caso concreto se refieren a la conservación de recursos hidrobiológicos sobre explotados y sujetos a regulaciones especiales y cuotas para su extracción.

**VIGÉSIMO NOVENO.**- Que, de tal forma, en procedimientos relativos a cuestiones de interés público el impulso procesal no será de parte, pues el interés involucrado en el conflicto no es privado ni menos disponible por una persona individual, sino que es carácter público, de una titularidad que evidentemente no es individual, lo que en un Estado democrático significa que es de la comunidad, representada en las instituciones públicas. Así, a contrario sensu, si el impulso procesal no es de parte y el proceso no es disponible, no habrá abandono del procedimiento, cuestión que resultaría impropia.

**TRIGÉSIMO.**- Que, la legislación procesal es coherente en términos de excluir o limitar considerablemente el abandono de procedimiento respecto de procesos en los cuales está comprometida la fe pública, el interés público o cuestiones de orden público e irrenunciables, como ocurre en materias concursales, penales de acción pública, de cobranza de cotizaciones previsionales, entre otras.

**TRIGÉSIMO PRIMERO.**- Que, en este sentido cabe señalar que no se contempla en texto alguno el derecho humano al abandono del procedimiento, pues no es sinónimo del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. En efecto el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas es el derecho integrante del principio del debido proceso, y el abandono de procedimiento es una de sus garantías posibles, la cual no será universal ni menos ni remotamente podría ser la única.

Así, el abandono de procedimiento no es uno de aquellos elementos del debido proceso que podrían ser calificables como transversales y presentes en todo tipo de procedimientos, como sí lo son, por ejemplo, el derecho a ser emplazado, el derecho al conocimiento oportuno de la acción o imputación y el derecho a un plazo razonable para preparar la defensa, siendo la concurrencia del abandono del procedimiento parte de aquello que el legislador puede disponer en el marco de la amplia reserva de legalidad procedimental, ya que refiriéndose a procesos disponibles por las partes , y a intereses de tipo privado es sólo una de todas las posibles garantías del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, debiendo tenerse presente que las mismas deben avenirse y ser coherentes con la naturaleza, materia y caracteres del procedimiento específico.

## VII. ACERCA DE LOS INTERESES INVOLUCRADOS EN EL CASO CONCRETO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA PRECEPTIVA CUESTIONADA.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, en ese sentido, cobra especial relevancia que en el caso sub lite se está en presencia de un procedimiento especial de naturaleza contravencional, por infracción a la Ley General de Pesca y Acuicultura, en referencia a la extracción ilegal del molusco loco, un recurso hidrobiológico que es público y notorio se encuentra hace décadas sometido a un régimen de extracción limitado y sometido a autorizaciones, vedas y cuotas, atendida su sobreexplotación y riesgo de extinción. En ese sentido, debe tenerse presente que la conservación del mismo no persigue solamente finalidades económicas –su extracción ilegal es una actividad económica ilegítima al no cumplir la regulación- sino también ambientales, en el marco del delicado equilibrio de los ecosistemas costeros de nuestro país, cuestión que se encuentra amparada por la protección del medio ambiente que la Carta Fundamental recoge en los numerales 8° y 24° de su artículo 19, además de ser una regulación de actividades económicas extractivas, en el marco de la reserva de regulación económica del numeral 21° del mismo artículo.

**TRIGÉSIMO TERCERO**.- Que, a este respecto, la Ley General de Pesca y Acuicultura tiene en las definiciones básicas de su artículo 2° la "conservación" de las especies a extraer, entendida como el *"uso presente y futuro, racional, eficaz y eficiente de los recursos naturales y su ambiente"*, lo cual debe ser entendido en el marco de lo dispuesto por la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que es su artículo 2° recoge como norma el concepto de desarrollo sustentable, entendido como *"el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras"*, lo cual es plenamente pertinente a propósito de la sanción de la extracción ilegal de especies sobreexplotadas.

**TRIGÉSIMO CUARTO**.- Que, dichas normas no son sino concreción y desarrollo legislativo de lo dispuesto por la Constitución en el artículo 19, a propósito del deber de proteger el medio ambiente consagrado en las normas ya aludidas, sea a propósito de los límites del derecho de propiedad o bien a propósito del derecho a un medio ambiente libre de contaminación. En este sentido, el medio ambiente definido como *"el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones"* (art. 2 de la citada Ley N° 20.300) no puede ser comprendido como un objeto singular y de interés privado, sino que es eminentemente comunitario o colectivo, además de ser su protección un interés constitucional y un deber para el Estado.

**TRIGÉSIMO QUINTO**.- Así, la actividad administrativa sancionatoria por infracciones a la legislación sectorial, consistentes en la extracción ilegal de recursos sobreexplotados reviste caracteres de interés público, a lo que debe agregarse que en un afán eminentemente garantista, en materia pesquera estos poderes se ejercen previa denuncia y por los tribunales ordinarios

de justicia, mas no directamente por la propia administración, de acuerdo a lo que dispone el artículo 124 de la Ley General de Pesca y Acuicultura. Es en ese marco, que nos encontramos en un procedimiento contencioso, administrativo y contravencional seguido ante los tribunales de letras en lo civil, con aplicación de normas especiales y a la vez aplicación parcial de derecho procesal civil, tanto orgánico como funcional. Así, resulta del todo razonable, y fundado, que el legislador estime del caso prescindir del abandono del procedimiento por no ser de orden privado el interés por el cual se abrió el proceso ante el tribunal civil.

**TRIGÉSIMO SEXTO**.- Que, por otra parte, se observa que en el procedimiento en cuestión en el artículo 125 de la Ley General de pesca y acuicultura, es posible verificar que no existe norma de secreto, que contempla etapa de discusión y prueba, con una tramitación simplificada respecto de los procedimientos de general aplicación, además de etapa recursiva con amplio objeto de control y atribuciones de oficio, contando con todos los elementos del racional y justo procedimiento. A su vez, dicho artículo tiene remisión expresa, en carácter de normas supletorias, a las reglas de los libros I y II del Código de Procedimiento Civil, es decir, a las disposiciones comunes a todo procedimiento y al juicio civil ordinario, resultando esta última parcial al excluir las relativas al abandono del procedimiento, desistimiento de la demanda y *"lo que resulte contrario a la naturaleza contravencional de este procedimiento"*, reconociendo que los principios informadores que lo rigen no son exactamente los mismos de un proceso civil declarativo o constitutivo, de aquellos que se refieren a litigios de intereses privados disponibles.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, si se acogiese la inaplicabilidad planteada y se omitiera la norma impugnada, aparecería en principio procedente el abandono del procedimiento, en términos formales, al omitirse la norma expresa que lo prohíbe. Pero si se observa con atención, a pesar de una eventual declaración de inaplicabilidad, la naturaleza contravencional y no civil del contenido del proceso especial que constituye la gestión pendiente subsiste, además es reconocida expresamente y no cambia sin dicha remisión al Código de Procedimiento Civil, pues con o sin ella y con o sin la preceptiva cuestionada sigue siendo un procedimiento contravencional y sancionatorio por infracción a deberes y prohibiciones establecidos leyes de interés público, de lo cual deriva que la exclusión del abandono del procedimiento podría ser perfectamente colegida a partir de sus caracteres contravencionales sin necesidad de norma que lo diga expresamente, por no ser renunciables ni disponibles los intereses que determinaron la apertura del proceso.

## VIII. ACERCA DEL DERECHO A SER JUZGADO SIN DILACIONES INDEBIDAS EN REFERENCIA AL CASO CONCRETO.

**TRIGÉSIMO OCTAVO**.- Que, no debe olvidarse, en lo relativo al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, que es una garantía del debido proceso de aquellas que cobran especial relevancia y mayor intensidad en lo relativo al proceso penal, por contener las mayores afectaciones de derechos que el sistema procesal conozca (prisión preventiva, arraigo, suspensión de derechos políticos, entre otras).

También es cierto que es un elemento del debido proceso en los otros órdenes del sistema procesal, más la intensidad del mismo y lo que se entienda por plazo razonable no es susceptible de ser fijado en días y meses, dependiendo la evaluación del caso concreto, del procedimiento, de la materia y del mérito del proceso, sin perjuicio de la actividad procesal de las propias partes y de los motivos que se invoquen para develar las causas de la demora. En efecto, este derecho se encuentra recogido en los tratados internacionales de derechos humanos, que lo predican justamente respecto del privado de libertad, realzando que su principal función e intensidad se refiere al proceso penal.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 9.3 que "toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable, para después señalar de manera general en su artículo 14.3 el Derecho de la persona a ser juzgada sin dilaciones indebidas". Similar técnica adoptará la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 7.5 señalará que *"Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso"* para después establecer en su artículo 8.1 que *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".*

**TRIGÉSIMO NOVENO.**- Por otra parte, para determinar si dicho derecho fundamental ha sido vulnerado, debe ponderarse la entidad de la afectación de derechos que implica el proceso respectivo y la justificación de la misma por el plazo que duró, siendo indiciario de su vulneración el transformarse desde un estado transitorio y breve a uno largo y cuasi permanente. Así, por ejemplo, en un caso penal será un factor clave la duración de prisión preventiva o un arresto domiciliario ponderada con la pena asignada a la imputación, o bien en un juicio civil, el tiempo que una persona estuvo impedida de disponer de su patrimonio por causa de medidas cautelares, en función de los caracteres del procedimiento y su duración habitual.

Si se observa el caso sub lite, no hay medidas de dichos tipos que signifiquen afectación de derechos fundamentales, con lo cual es claro que el presente proceso no parte del estándar de consecuencias lesivas propia de la vulneración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. En este caso, la única medida que se ha concretado es el comiso de los balbos locos ilegalmente extraídos, y a su respecto solo podría plantearse afectación del derecho del requirente si posteriormente acreditara que no hubo extracción ilegal y fuese absuelto. No hay medidas privativas de libertad ni afectación del patrimonio que se invoque por el requirente, y la eventual sustitución de la multa por apremios de libertad personal que contempla la ley no ha sido impugnada en esta sede.

**CUADRAGÉSIMO.**- Que, si todo lo expuesto fuera errado y en la gestión invocada el impulso procesal fuese exclusivo y privativo del SERNAPESCA, no debe olvidarse que estando en presencia de actividad sancionadora en el marco de las funciones de órganos administrativos en la ejecución de ley, las potestades sancionatorias que se busca concretar mediante la denuncia no son eternas y pueden sufrir el "decaimiento", figura que ha sido declarada y desarrollada por la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema en otros órdenes del derecho sancionatorio, y que el requirente podría perfectamente plantear respecto de la denuncia y de la responsabilidad que se persigue, en la medida que la notificación de una sentencia, que debía ser verificada, en ese hipotético caso, a requerimiento de parte del denunciante -órgano de la Administración- demoró más de 6 meses. Cabe mencionar que el actuar o el procedimiento de la administración decae cuando desaparecen los presupuestos de hecho y/o de derecho que movieron a la Administración a emitirlo o porque se hace inutilizable, cuestión que el requirente no está impedido de plantear y discutir, tanto por vías recursivas como incidentales.

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO.**- La Excma. Corte Suprema, en sentencia Rol N° 7554-2015, ha definido el decaimiento como *"la extinción de un acto administrativo, provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho, que afectan su contenido jurídico, tornándolo inútil o abiertamente ilegitimo". Dicho concepto, desde la dictación de las sentencias de la Corte Suprema roles 7284-09, 28 de enero de 2010; 7502-09, 28 de enero de 2010; 4923- 10, 16 de septiembre de 2010; 4922-10, 15 de septiembre de 2010; 5228-10, 20 de octubre de 2010, permite constatar una invariable línea jurisprudencial en torno a recoger la figura del decaimiento, más aún en materias sancionatorias.*

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO**.- Así, la aplicación del decaimiento del procedimiento administrativo sancionador, se instaura a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema, como una verdadera sanción hacia los órganos de la administración del Estado, que incurrían en un actuar dilatorio y excesivo, y que muchas veces no tenían una justificación, sobre todo en materia sancionatoria.

**CUADRAGÉSIMO TERCERO**.- El decaimiento es uno de los modos de extinguir los efectos del acto o del procedimiento administrativo, y se desencadena a causa de lo que se denomina "circunstancia sobreviniente", **que debe cumplir los siguientes requisitos:**

a. Tener un carácter factual, es decir, uno o más hechos, cuya significación o consecuencias que se afecte la existencia del presupuesto de hecho que habilita para la dictación del acto administrativo o la continuación del procedimiento.

b. Que el objeto sobre el cual han de recaer los efectos del acto administrativo, se vea afectado.

c. Debe tener un carácter jurídico, ya sea derogando o modificando sustantivamente el efecto final del acto administrativo.

**CUADRAGÉSIMO CUARTO**.- En la jurisprudencia chilena, la "circunstancia sobreviniente" más habitual es la **dilación excesiva en cuanto a los plazos de que dispone la administración, para evacuar resoluciones y así dar curso y resolver un procedimiento administrativo, en una dilación que puede ser injustificada, falta de diligencia o irracional, cuestión que puede ser discutida en la gestión pendiente ante los órganos jurisdiccionales que conocen o conocerán de ella, si es que el denunciante tenía deberes de impulso procesal posteriores a su denuncia.**

**CUADRAGÉSIMO QUINTO**.- Que, en este contexto la Excelentísima Corte Suprema ha resuelto que *"(…) el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador, esto es, su extinción y pérdida de eficacia, no es sino el efecto jurídico provocado por su dilación indebida e injustificada, en abierta vulneración a diversos principios del derecho administrativo obligatorios para la Administración, los que además tienen consagración legislativa, tales como los principios de eficiencia, eficacia y celeridad que se relacionan con la oportunidad en que se realizan las actuaciones administrativas.*

*Asimismo, se ha señalado que en la búsqueda de un criterio rector para dar por establecido el decaimiento del procedimiento administrativo por el transcurso del tiempo, habrá de estarse a los plazos que el Derecho Administrativo contempla para situaciones que puedan asimilarse. En este sentido, se ha acudido a lo dispuesto en el artículo 53 inciso primero de la Ley N° 19.880, precepto que fija a la Administración un plazo de dos años para invalidar sus actos administrativos por razones de legalidad. De manera que constatando en un procedimiento administrativo una inactividad que alcance el término de dos años, se produce su decaimiento y la extinción del acto administrativo sancionador"* **(Sentencia Excelentísima Corte Suprema. Rol Nº 28.400-2015. Considerando sexto. Caratulado: SOC. CONFERENCIAS DE SAN VICENTE DE PAUL DE SENORAS /SECRETARIA REGIONAL MINISTERIAL DE SALUD REGION METROPOLITANA FISCO)**

**CUADRAGÉSIMO SEXTO**.- **Que, cabe tener presente que en materia sancionatoria, es una doctrina uniforme de las Cortes, del Tribunal Constitucional y de la Contraloría General de la República la existencia de un concepto unitario del ius puniendi estatal, entendido como derecho sancionatorio, con vertiente penal, infraccional, administrativa y disciplinaria, frente al cual existen garantías del ciudadano, que emanan de los artículos 6, 7 y 19, numeral 3° de la Constitución Política de la República, en lo relativo a la garantía de legalidad del juzgamiento, el**

**racional y justo procedimiento e investigación, el derecho a defensa y a la tutela judicial efectiva, además del principio de legalidad y la necesidad de certeza jurídica, sin perjuicio del conjunto de garantías contenidas en el artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, todas garantías que hasta hace décadas se concebían en función del orden penal, pero que hoy se aplican y extienden en los otros órdenes normativos aludidos, matizadas y moldeada en función de las peculiaridades de cada uno de dichos órdenes del sistema jurídico.**

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.- Que, dentro de dicho conjunto normativo se encuentra el ya aludido derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, garantía contenida dentro del derecho al racional y justo procedimiento establecido en la Constitución y contemplada expresamente en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica. El decaimiento tiene uno de sus fundamentos en este derecho extendido a la relación entre administración y ciudadano y en este caso, entre un órgano estatal que ejerce potestades disciplinarias y un investigado**, buscando resolver un genuino problema de política pública en la Administración: lo intolerable que resulta para un administrado estar sujeto indefinidamente en el tiempo a la ausencia de resolución de un procedimiento administrativo que le puede imponer un acto de gravamen como la sanción.

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO.**- Dicho lo anterior cabe razonar que estamos en presencia de un procedimiento que tiene naturaleza contravencional, con elementos de derecho administrativo y que tiene por finalidad concluir con una resolución sancionatoria, en el que además concurren elementos de actividad judicial, en los cuales queda excluido el abandono del procedimiento del Código de Procedimiento Civil, por lo cual el decaimiento de sus elementos administrativos podría ser la garantía que resta frente a una eventual dilación indebida, lo cual podrá ser ponderado y evaluado por el tribunal de la gestión.

**CUADRAGÉSIMO NOVENO.**- Que, en este orden la Excelentísima Corte Suprema ha resuelto, en otra área con regulación especial, que *"en la búsqueda de un criterio rector para dar por establecido el decaimiento del procedimiento administrativo por el transcurso del tiempo, habrá de estarse a los plazos que el derecho administrativo contempla para situaciones que puedan asimilarse. Si de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 inciso primero de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, el plazo que tiene la Administración para invalidar sus actos administrativos es de dos años, resulta lógico sostener que el abandono del procedimiento administrativo sancionador por parte de la Administración, al no establecer la responsabilidad infraccional de una empresa sujeta a su fiscalización durante dos años contados desde el momento de hallarse en condiciones de emitir un pronunciamiento decisorio, produce el decaimiento del procedimiento administrativo y la extinción del acto administrativo sancionatorio, perdiendo por lo tanto su eficacia"* (Sentencia Excelentísima Corte Suprema. Rol Nº 5228-2010. Considerando séptimo. Caratulado: COMPAÑIA ELECTRICA DE LITORAL S.A., CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES). En este sentido, perfectamente podría plantearse similar cuestión en función de los plazos establecidos en otras legislaciones sectoriales.

**QUINCUAGÉSIMO.**- Que así, la exclusión del instituto del abandono de procedimiento no deja al requirente en la indefensión frente a una posible vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, pudiendo pedir perfectamente la declaración de decaimiento del ejercicio de potestades sancionatorias en la gestión pendiente invocada.

## IX. REFLEXIONES FINALES.

**QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.**- Que, por otra parte, en el requerimiento no se explica como la exclusión del abandono de procedimiento un proceso sancionatorio de multas por extracción

ilegal de recursos naturales podría llegar a configurar una vulneración al derecho a la vida y la integridad física en su vertiente de prohibir la aplicación de todo apremio ilegítimo.

**QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO.**- Que por todo lo expuesto, el requerimiento debe ser rechazado.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR**

[…]

**SENTENCIA ROL 8677-2020.** *Publicada el 5 de noviembre de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 23, inciso segundo, del DFL2, del Ministerio del Trabajo y Trevisión Social de 1967
BGR LATAM S.A. En proceso RIT I-221-2019, RUC 1940219720-2, sobre reclamo de multa, seguido ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por recurso de nulidad, bajo el Rol N° 208-2020.

**VOTO MAYORÍA**

[…]

## I. ACERCA DE LA NECESIDAD DE POTESTADES DE FISCALIZACIÓN LABORAL EN EL CASO CONCRETO.

**PRIMERO.**- Debe tenerse presente que la existencia de potestades de policía administrativa, fiscalizadoras, sancionatorias e investigativas en materia laboral, que después están sometidas a revisión judicial por vía de reclamación, no es una decisión incausada ni menos graciosa ni caprichosa por parte del legislador, sino que obedece al imperativo de velar por el respeto y la plena vigencia de normas laborales que establecen derechos de carácter irrenunciable de conformidad con el artículo 5° del Código del Trabajo, en el marco de una relación jurídica de subordinación y dependencia, en la cual la irrenunciabilidad de dichos derechos mínimos establecidos por el legislador es uno de los mecanismos atenuantes de la desigualdad estructural de define la relación laboral.

**SEGUNDO.**- Así, es dable sostener que la irrenunciabilidad de esos derechos mínimos y la construcción de un sistema administrativo de rápida y eficaz fiscalización y sanción es parte del desarrollo y cumplimiento de los estándares de protección constitucional del trabajo al amparo del numeral 16° del artículo 19 de la Constitución Política. En efecto, como se ha señalado por esta Magistratura, la protección constitucional del trabajo del artículo 19 Nº 16° de nuestra

Carta Fundamental no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado (Luz Bulnes: "La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980", en Revista de Derecho Público Nº 28, Universidad de Chile. Santiago, 1980, p. 215) (Ver sentencia Rol N° 8452, cons. 34, en el mismo sentido, STC roles N°s 1852, 1971, 2086, 2110, 2114, 2182, 2197, 2346 y 2671).

**TERCERO**.- Por otra parte, debe tenerse presente que el poder de dirección del empleador en materia laboral reconoce como límite a dichos derechos irrenunciables establecidos por la legislación laboral y también a los derechos fundamentales del trabajador, entre los cuales se encuentra la garantía de no discriminación arbitraria del numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política, que respecto de la mujer, en este caso concreto, significa el no sufrir tratos que la menoscaben a causa de su reciente maternidad y del ejercicio de su derecho a amamantar a su hijo, que es también titular de otros derechos fundamentales explicitados en la Constitución, como los derechos a la salud, a su integridad física y síquica y a no ser discriminado, además de otros específicos, como los derecho a la alimentación y a un pleno desarrollo en sus distintas etapas de crecimiento.

**CUARTO**.- En ese sentido, y aún siendo una norma de simple rango legal, debe tenerse presente que el texto actual de la Ley N° 20.609, que establece medidas en contra de la discriminación, señala expresamente como ilegítima la discriminación en función de la maternidad o de la lactancia, lo cual debe tenerse presente más allá de lo dispuesto por dicha ley, en el sentido que ambos son factores ilegítimos para una diferencia de trato que signifique menoscabo y que la protección de ambos es parte del contenido de la garantía constitucional de igualdad ante la ley y no discriminación, cuestión que es irrefutable desde la dictación de la Ley N° 21.155, que ESTABLECE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA LACTANCIA MATERNA Y SU EJERCICIO, publicada en el Diario oficial de 2 de mayo de 2019, que modificó el artículo 2 de la Ley N° 20.609, que establece medidas en contra de la discriminación en el sentido indicado. Además, la misma ley modificó el artículo 2° del Código del Trabajo en similar sentido, agregando a la garantía específica de no discriminación en materia laboral la misma calificación de ilegitimidad de la discriminación por maternidad y lactancia.

**QUINTO**.- En efecto, dentro de los objetivos de la aludida la Ley N° 21.155, que ESTABLECE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA LACTANCIA MATERNA Y SU EJERCICIO se encuentran 1) Reconocer el valor fundamental de la maternidad y del derecho a la lactancia materna, como un derecho de la niñez, 2) Consagrar el derecho de la niñez al acceso a la leche humana y el derecho de las madres a amamantar libremente a sus hijos e hijas, y 3) Garantizar el libre ejercicio de la lactancia materna y del amamantamiento libre, sancionando cualquier discriminación arbitraria que cause privación, perturbación o amenaza a estos derechos. Es del caso señalar además que el derecho laboral de amamantamiento en anterior a la dictación de dicha ley, que solamente ha venido a reforzarlo.

**SEXTO**.- De esta forma, la fiscalización y sanción a actos laborales lesivos de la protección a la maternidad no es solamente una cuestión de legalidad laboral, sino de cumplimiento de lo dispuesto por la Constitución Política en materia de no discriminación y de protección constitucional del trabajo.

**SÉPTIMO**.- Debe tenerse presente que la necesidad de y eficacia de la legislación en esta materia es importantísima, pues debe lograr como resultado el objetivo de asegurar el ejercicio de los derechos laborales mínimos e irrenunciables, que en este caso concreto se refieren a la protección de la maternidad, en una doble dimensión: la no discriminación de la mujer en el trabajo y el sano y pleno desarrollo del niño.

**OCTAVO**.- Así, causas de estas materias no deben ser vistas exclusivamente en la perspectiva del derecho administrativo sancionador, sino que también en clave de ser una herramienta eficaz de restablecimiento del derecho cuando la norma es quebrantada, pues en materia laboral ello es un objetivo prioritario, sobre todo en casos como éste, la duración de un proceso jurisdiccional para el restablecimiento del derecho significarían que una sentencia definitiva quedaría firme probablemente cuando el derecho de amamantar al hijo se haya extinguido por la edad del mismo. De tal forma, sin un régimen de fiscalización y sanción dotado de potestades suficientes y eficaces lo que está en cuestión es el cumplimiento del derecho laboral, por lo cual la normativa cuestionada no puede ser considerada arbitraria ni menos carente de razonabilidad legislativa, ni menos carente de sustento en la Carta Fundamental.

**NOVENO**.- Que, por otra parte, se observa que el precepto impugnado acota la presunción simplemente legal de veracidad al "hecho" constatado, mas no a los demás elementos de la infracción.

## II. ACERCA DEL JUICIO DE IGUALDAD PROPUESTO EN EL REQUERIMIENTO.

**DÉCIMO**.- Debe tenerse presente que en el requerimiento de fojas 1 se invoca como norma constitucional infringida solamente la garantía de igualdad ante la ley del numeral 2° del artículo 19 de la Constitución, en relación al artículo 5°, inciso segundo, de la misma y al artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin que se atienda a la naturaleza, razón y función de la presunción contenida en la preceptiva cuestionada y sin que se aluda ni menos razone acerca del estatuto constitucional de las presunciones, incluida la de inocencia que se invoca.

**UNDÉCIMO**.- Por otra parte, alega que *"De no declararse la inaplicabilidad de la norma contenida en el inciso segundo del artículo 23 del DFL de 1967, se transgrediría gravemente la garantía constitucional de "la igualdad ante la ley", pues significaría que existen grupos privilegiados a los cuales se les aplica la presunción de inocencia, y, otro grupo desfavorecido (al cual pertenece mi representada) el cual no tiene derecho a la presunción señalada. En efecto, el privilegio resulta concedido a cualquier imputado por un crimen, simple delito, o falta, quien tiene derecho a la presunción de inocencia, mientras que una empresa que se la persigue por una falta menor, no tiene presunción de inocencia"*.

**DUOCÉCIMO**.- Ya se ha razonado acerca de que las garantías y límites al ius puniendi son el contrapeso a la afectación de derechos que importa el proceso y la sanción, por lo cual la intensidad de dichas garantías y límites es mayor en la medida que el orden sancionatorio implica mayor punición en cuanto a los derechos involucrados, por lo que en el orden penal es donde dichas garantías tendrán por necesidad la mayor entidad, densidad y significación, pues la sanción puede llegar incluso a ser una privación de libertad personal a perpetuidad, lo cuál es diametralmente diferente al caso de una multa laboral. Así, resulta del todo improcedente calificar a la presunción de inocencia como un "privilegio" del imputado en sede penal.

**DECIMOTERCERO**.- Al construir una cuestión de constitucionalidad de normas por vulneración de la garantía de igualdad ante la ley, no solamente es necesario identificar la norma cuestionada, sino que además debe identificarse el denominado "tertium comparationis", o punto de comparación que se alega como trato común, ordinario y válido, para posteriormente examinarse la fundamentación de la diferencia, con el objeto de enjuiciar su licitud. En ese

sentido, el requerimiento no aporta antecedentes que permitan desvirtuar lo razonado, al punto que el juicio de igualdad lo construye solamente sobre la base de lo transcrito en considerando ante anterior, agregando que *"Peor aún, si en la misma empresa se muriera un trabajador por una caída en altura, existiría un proceso penal y uno administrativo ante la Inspección. En el proceso penal donde el bien jurídico protegido es "la vida", el imputado tendría derecho a presunción de inocencia, mientras que por otra parte en un eventual proceso administrativo ante la Inspección del Trabajo, no tendría dicho derecho" y que "Todo lo cual nos llevaría al absurdo de que en un proceso ante un organismo del Estado tendríamos derecho a la presunción de inocencia, mientras que en otro proceso ante otro órgano del mismo Estado no tendríamos ese derecho"*, cuestiones que no alcanzan a construir un juicio de igualdad completo y justificado en los términos enunciados y que además ignoran la diferencia entre la responsabilidad penal, la infraccional laboral y la pecuniaria por accidentes del trabajo, que perfectamente podrían ser concurrentes en el caso que enuncia, debiendo agregarse que por ser distintas se regulan por normas y procedimientos diferentes. A mayor abundamiento, tampoco puede sostenerse que el empleador sea un "grupo desfavorecido" en la legislación laboral chilena, pues, reconociendo constitucionalmente su libertad de empresa, justamente parte de la base de reconocer el poder de dirección y la potestad de mando en una relación en la cual existe subordinación y dependencia por la otra parte y en la cual la intervención estatal se refiere solamente a la garantía y eficacia de derechos irrenunciables establecidos como un piso mínimo por el legislador.

**DECIMOCUARTO.**- Queda claro así que la cuestión formulada ante este tribunal descansa sobre premisas erradas y que no se trata de una cuestión de igualdad ante la ley idóneamente formulada, resultando más que suficientes los razonamientos precedentes para concluir su completo rechazo, sin perjuicio de lo cuál se abordarán otras cuestiones relevantes del presente caso.

## III. ACERCA DE LAS GARANTÍAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

**DECIMOQUINTO.**- Sin perjuicio de lo anterior, y a mayor abundamiento, debe considerarse que bien el requerimiento no alude a las garantías del derecho administrativo sancionatorio en forma expresa, es del caso señalar que alega una vulneración de la garantía de igualdad ante la ley invocando que el precepto impugnado le privaría de la presunción de inocencia respecto de infracciones a la ley laboral constatadas en sede administrativa, misma en la cual se imponen multas, emanando una presunción de veracidad respecto de los hechos. Ello importa extrapolar la presunción de inocencia propia del examen de culpabilidad en la sede penal hacia el derecho administrativo en la fiscalización laboral y posteriormente hasta la reclamación judicial de la multa impuesta.

**DECIMOSEXTO.**- A su vez, de acogerse el requerimiento, aunque sea por la garantía de igualdad ante la ley, debería forzosamente sostenerse la premisa que se está en presencia de una de aquellas presunciones que serían ilícitas frente a la Constitución, pues de otra forma no sería discriminatoria, sino constitucionalmente razonable.

**DECIMOSÉPTIMO.**- Es dicho motivo por el cuál es imposible desprender el análisis de la presunción cuestionada desde su función en el orden penal y desde el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, pues es ahí donde la Constitución recoge y regula las presunciones. A su vez, Lo anteriormente expuesto obliga a abordar el régimen de las presunciones en materia sancionatoria administrativa, al tratarse de actos de tal tipo. En efecto, para realizar un examen de constitucionalidad de las presunciones, el primer estándar de enjuiciamiento de la norma legal será lo que la Constitución disponga o contenga en relación a las presunciones.

**DECIMOCTAVO.**- En cuanto al derecho administrativo sancionatorio, es la teoría española en materia administrativa, la que refleja en mejor forma las relaciones entre lo administrativo y lo penal. A tal efecto, entiende que *"una sanción es un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa"* (García de Enterría-Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, 7ma. Edición, Civitas Ediciones S.L., año 2001, p. 161), por el contrario, lo penal afecta la libertad personal del individuo castigado.

**DECIMONOVENO.**- Lo anterior explica que las sanciones administrativas, tal como la aplicada en este caso, si bien son independientes de las penas en el orden penal, tienen una identidad común con ellas, ya sea porque son manifestación de un mismo poder punitivo del Estado, o bien pues entre ambas hay una semejanza esencial (STC Roles N°s 294/96; 479/2006; 480/2006; 1413/2010; 1518/2010; 2381/2013; 5018/2019; 6250/2019).

Esto determina que los principios penales que deben aplicárselas a ambas son los mismos, teniendo eso si en consideración que las penas en el orden penal pueden privar de la libertad a un individuo, mientras que las sanciones administrativas no podrían afectar esta garantía fundamental (STC Rol N° 1518/2010). Siendo las garantías y límites al ius puniendi el contrapeso a la afectación de derechos que importa la sanción, la intensidad de dichas garantías y límites es mayor en la medida que el orden sancionatorio implica mayor punición en cuanto a los derechos involucrados, así, en el orden penal es donde tendrán la mayor entidad, densidad y significación, pues la sanción puede llegar incluso a ser una privación de libertad personal a perpetuidad. En materia administrativa, las sanciones generalmente son multas, no constituyendo privaciones de libertad, lo que significa que la intensidad y especificidad de las garantías no es la misma, al ser la entidad del ius puniendi diferente.

**VIGÉSIMO.**- Que, el procedimiento administrativo sancionador debe cumplir dos tipos de garantías: las sustantivas, inherentes al ius puniendi del Estado, que se enfatizan en los pronunciamientos citados, y las vinculadas estrictamente al debido proceso. En este sentido, esta Magistratura Constitucional ha manifestado que el legislador debe permitir que quienes puedan ser afectados por dichas sanciones, puedan defenderse de los cargos que les formule la autoridad, pudiendo rendir prueba, impugnar la sanción, etc. (STC Roles N°s 376/2003, 388/2003, 389/2003, 473/2006, 725/2008, 792/2007, 1413/2010, 1518/2010, 2381/2013).

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- Sin embargo, no debe preterirse la necesidad de reestablecer de manera rápida y eficaz el imperio de los irrenunciables derechos mínimos que contempla la legislación laboral, por lo cual la imposición de sanciones por incumplimiento en la materia puede ser verificada in actum por los fiscalizadores, sin perjuicio de lo cual las mismas no quedarán firmes al existir vías de impugnación administrativas y jurisdiccionales. En efecto, lo usual es que materia laboral, dicha defensa se verifique ante órganos jurisdiccionales, mediante la reclamación judicial de la multa, en un contencioso administrativo de plena jurisdicción.

## Acerca de la presunción contenida en el precepto impugnado y el derecho administrativo sancionador

**VIGÉSIMO SEGUNDO.**- En este sentido, y de conformidad con lo señalado, la coherencia del sistema jurídico determina que el estándar de constitucionalidad de presunciones en materia penal ha de ser una suerte de "cartabón maximalista" con el cuál ha de ser juzgado el precepto impugnado en materia administrativa sancionatoria, con dos notorias y paradójicas notas:

1. No podría ser un estándar superior al penal, pues la afectación de derechos e intensidad

de la sanción no son las mismas, y es frente a ello que los derechos y garantías que limitan el ius puniendi son un contrapeso.

2. Está claro que asimilar el estándar de constitucionalidad penal y administrativo es un error, pues si bien las garantías son las mismas, su intensidad aparece matizada o mitigada en materia administrativa sancionatoria.

**VIGÉSIMO TERCERO**.- Que, el Derecho Administrativo postula que, en defecto de regulaciones expresas que circunscriban la extensión de la potestad sancionadora de la Administración, la aplicación de las medidas correctivas dirigidas a reprimir contravenciones administrativas, debe sujetarse a los principios garantistas clásicos del Derecho Penal, mas ello admite matices por causa de la diferente intensidad de la punición que existe entre los órdenes penal y administrativo, en función de las características inherentes a dicha potestad sancionadora. El tema ha sido objeto de vasto análisis en la jurisprudencia de este Tribunal, desde la última década del siglo pasado (Roles N°s 244, c. 9°; 479, c.8°; 480, c. 5°; 725, c. 12°; 1.518, cc. 6° y 24°; 2.264, c. 33°; 2.682, c. 7°; 2.784, cc. 11° y 12°, y 8168, cons. 20° y ss., entre otros), así como también por la Contraloría General de la República (dictámenes N°s 34.644/78; 36.415/79 y 32.076/96, entre muchos otros).

**VIGÉSIMO CUARTO**.- En el caso concreto, el procedimiento se inicia con una fiscalización por la Inspección del Trabajo y la imposición de multas a partir de la constatación de infracciones a la legislación laboral, para posteriormente, por motivos de garantía del derecho a defensa, contemplarse el derecho a impugnación, sea por vía administrativa o por vía jurisdiccional, teniendo esta última todas las garantías del debido proceso.

**VIGÉSIMO QUINTO**.- En cuanto a la presunción de inocencia en materia de derecho administrativo sancionatorio, la doctrina especializada ha señalado que *"Para el Tribunal Constitucional, el principio de presunción de inocencia tiene varias consecuencias:*

*i) La ley no puede establecer presunciones de responsabilidad. En efecto, el Tribunal ha considerado enteramente inadmisible que la ley dé por establecida la existencia del hecho como constitutivo de infracción o el grado de participación que el sujeto tenga en él, impidiéndole a éste demostrar su inocencia por todos los medios de prueba que le franquea la ley (rol N° 519, considerandos 40° y 41°). Además, este derecho no sólo puede verse vulnerado cuando una ley estructura en forma nominal alguna presunción de culpabilidad. Si del contexto de la ley aparece que diversas disposiciones, relacionadas entre sí, conducen al mismo resultado, también debe ser declarada inconstitucional aquella norma que genere como consecuencia práctica una suposición irreversible de responsabilidad, cuando se desvirtúa el derecho del afectado para presentar reclamos y pruebas en contrario de manera eficaz (rol Nº 1.518, considerando 35º)*

*ii) El derecho a la defensa es inherente a un trato inocente. La jurisprudencia del Tribunal ha señalado que se trata de un principio referido al trato inocente, que importa la obligación de considerar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en su derecho a defensa al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso (roles N°s. 1.351, considerando 45°, y 1.584, considerando 6°).*

*iii) El trato inocente se debe dar durante todo el procedimiento y hasta que una decisión ejecutoriada establezca fehacientemente la responsabilidad. En este caso la presunción de inocencia implica una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario ("nulla poena sine iudicio") (rol Nº 1.518, considerando 34º).* (CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2014, n.42 [citado 2020-08-03], pp.399-439. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012.).

Debe constatarse, en ese sentido, que la presunción establecida por el precepto impugnado no es de carácter "irreversible", sino que es una presunción simplemente legal que admite prueba en contrario, en el marco del ejercicio del derecho a la acción, dentro de un proceso especial, de tipo laboral, con todo el derecho procesal del ramo, que incluye bilateralidad de la audiencia, oralidad, inmediación, posibilidad de rendir prueba a través de diversos medios, controvertir la de la contraria, apreciación de las probanzas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, sentencia motivada en derecho y posterior recurso en contra de la misma, en un contencioso administrativo laboral de plena jurisdicción, en el que se puede revisar los hechos y el derecho.

El estándar de *"una decisión ejecutoriada establezca fehacientemente la responsabilidad"* se refiere indudablemente a la motivación de la resolución de multa, extrapolada desde los estándares que el derecho procesal establece para la sentencia, en lo referido al análisis de los antecedentes que se tengan como prueba o indicios y al mérito específico de lo que se ventile en la denuncia, cuestión que remite a la revisión de la misma en sede judicial y a las atribuciones del juez del fondo para revisar lo obrado, que en este caso son de plena jurisdicción en un proceso con todas las garantías.

Por otra parte, la proscripción de las presunciones no es automática ni universal ni menos genérica, está determinada porque la norma que la establece genere un verdadero estado de indefensión para el afectado, pues no se le impide demostrar su inocencia ni controvertir los hechos o la aplicación el derecho por todos los medios de prueba que le franquea la ley, ligando el análisis a la posibilidad de ejercicio del derecho a defensa y a su contenido, que en el caso concreto en nada se ve afectado. Como se razona en la presente sentencia, más allá de la presunción del precepto impugnado, en la gestión pendiente se contempla un procedimiento dotado de todas las garantías del racional y justo procedimiento, además de ser de plena jurisdicción, incluyendo revisión de hechos, competencia, casos y formas habilitantes y también el derecho aplicado.

**VIGÉSIMO SEXTO.-** A su vez, el estándar de proscripción de presunciones en la jurisprudencia de este Tribunal no puede dejar de ser analizado sin alguna referencia a alguna de las presunciones más relevantes del sistema punitivo que han sido conocidas por esta Magistratura. En este sentido, en referencia a la operatividad de la presunción del artículo 4° de la Ley N° 20.000, referida al delito de tráfico de drogas, en la sentencia Rol N° 993, de 13 de mayo de 2008, esta Magistratura razonó:

> *"QUINTO.- Que, dentro del criterio de interpretación conforme a la Constitución, el respeto hacia las labores que desarrollan tanto el legislador al elaborar las normas de rango legislativo como la judicatura al aplicarlas, obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental, y sólo en el evento de no ser ello posible, declarar su inconstitucionalidad, criterio que ha sido seguido en las sentencias roles 29, 38, 304, 368, 420, 460 y 681, entre otras.*
>
> *En sede de inaplicabilidad, también, en el caso concreto, "deber de esta Magistratura evitar que el precepto legal impugnado se interprete y aplique de un modo en que efectivamente produzca un efecto contrario a la Constitución" (Sentencia Rol Nº 806);*
>
> *SEXTO.- Que, unido a ello, todo precepto legal que se impugne no constituye generalmente una norma aislada, sino que es un enunciado que, puesto en aplicación, guarda relaciones de interdependencia y operatividad con otros, a la luz de los cuales cabe ser interpretado y aplicado;".*

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.-** A este respecto, en la misma sentencia Rol N° 993, de 13 de mayo de 2008, en referencia a la relación de las presunciones con una posible inversión del onus probandi y el estándar de convicción suficiente para emitir una condena, esta Magistratura razonó:

> *"DECIMOTERCERO.- Que, en el mismo contexto, hemos de entender por delito toda acción u*

*omisión voluntaria penada por la ley, de conformidad al artículo 1º del Código Penal, debiendo acreditarse entonces, a la luz de la legislación vigente, la ocurrencia del hecho punible, la participación del imputado y su culpabilidad;*

*DECIMOCUARTO.- Que de lo anterior se colige que, en virtud de lo expuesto, resulta, por una parte, posible entender y aplicar el precepto antes transcrito de conformidad a la Carta Fundamental, y por otra, no resulta dable concluir que exista una inversión de la carga de la prueba ni un atropello al debido proceso, pues, de todas formas y no habiendo norma en contrario, debe probarse, más allá de toda duda razonable, la comisión del hecho punible y la participación culpable del requirente, sin lo cual no puede ser condenado;*

*DECIMOQUINTO.- Que, finalmente, debe descartarse la argumentación del recurrente referida a que la norma objetada contendría una presunción legal de responsabilidad penal que, en su aplicación al caso, pugnaría con la presunción de inocencia ya comentada.*

*Basta para ello recordar que tales presunciones admiten prueba en contrario y que la Constitución, en su artículo 19 Nº 3, inciso sexto, sólo prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal;"*

**VIGÉSIMO OCTAVO**.- Debe señalarse que entonces, si para la jurisprudencia de este tribunal en materia penal es admisible una presunción simplemente legal incluso en un delito sancionado con pena aflictiva, no resulta entonces coherente ni acertado sostener que en materia administrativa sancionatoria las mismas normas garantistas de la Constitución signifiquen que las haya proscrito. Adicionalmente, es dable concluir que el estándar precedentemente expuesto se encuentra cumplido en el caso concreto.

**VIGÉSIMO NOVENO**.- A mayor abundamiento, como ya lo razonara este tribunal en el cons. 24° de la sentencia Rol N° 7138, recaída en otro precepto referido a fiscalización administrativa e imposición de multas, *"se hace necesario aclarar que la presunción cuestionada no sitúa a la Administración en una posición procesal privilegiada. Manifiestamente, ésta no queda eximida de sus cargas procesales por el sólo hecho de formular una denuncia que cumpla con las exigencias formales para su presentación. Así, no es posible descartar prueba adicional. La denuncia no es plena prueba. La infracción sólo puede darse por establecida si la denuncia que levante el funcionario es suficiente para comprobar la infracción. Es decir, si describe suficientemente los hechos constatados y acredita la existencia de la misma"*, de manera tal que *"si la denuncia no es desvirtuada, sólo ahí resulta suficiente para dar establecida la infracción"*, lo cual puede predicarse en este caso respecto del acta de fiscalización de la cual deriva la multa.

**TRIGÉSIMO**.- Por otra parte, pudiendo el empleador no saber del embarazo -lo cual si se alegara sería de resorte de la ponderación del juez del fondo- debe tenerse presente que el principio de culpabilidad también es parte del derecho administrativo sancionatorio según la doctrina autorizada (ver en este sentido, CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2014, n.42 [citado 2020-08-03], pp.399-439. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012; también Bermúdez Soto, Jorge, Derecho administrativo general, Thomson Reuters, 2011, Santiago, pp. 278 y ss.). De tal forma, incluso en el entendido maximalista de asimilación a la intensidad penal de las garantías en materia administrativa sancionatoria, el requerimiento debería ser rechazado, pues resultaría plenamente pertinente la extrapolación a este caso de los razonamientos transcritos de la sentencia Rol N° 993, descartándose así las infracciones a la Constitución alegadas por aplicación del precepto impugnado, sin perjuicio de los derechos procesales que correspondan al sancionado en el marco del sistema recursivo y el control de la motivación de la sentencia que se dicte en la gestión pendiente.

**TRIGÉSIMO PRIMERO.**- A mayor abundamiento, este Tribunal, razonando sobre la suficiencia de un instrumento o documento emanado de la Administración en el ejercido de potestades fiscalizadoras, para dar por estableada una infracción, ha señalado que:

*"16° Que hay que distinguir dos cosas. Una, es el valor del acta. Esta puede llegar a probar los hechos, bajo ciertas condicionantes. Otra cosa es que el acta quede asentada por falta de pruebas que la controviertan.*

*17° Que el acta no descarta otros medios probatorios. Los tribunales han considerado que sólo si el acta no es desvirtuada, resulta suficiente para dar por establecida las infracciones sanitarias (SCA Arica, 56/2010). También ha sostenido que el acta puede ser desvirtuada por el reclamante durante el contencioso administrativo (SCS 2543/2013). El acta permite dar por establecida la infracción, pero no exime al servicio de establecer cuál es ésta y de fundar su decisión (SCS 5313/2008)". (Sentencia Rol N° 7318, cons. 14°).*

**TRIGÉSIMO SEGUNDO.**- Que, de tal forma, en función de lo expuesto no aparece infringida la garantía de la presunción de inocencia por aplicación de la preceptiva cuestionada.

## Acerca de la presunción de juridicidad del acto administrativo que impone multas.

**TRIGÉSIMO TERCERO.**- Por otra parte, en el evento de declararse inaplicable la preceptiva cuestionada, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley N° 19.880, sobre bases generales del procedimiento administrativo, que viene a establecer como efecto inmediato de los actos administrativos su presunción de legalidad, al disponer:

*"Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.".*

En este orden, la presunción de legalidad determina, a lo menos, que se presume que el acto ha sido emitido en los casos y formas que determina la ley y que ha sido emitido por autoridad competente legalmente habilitada.

**TRIGÉSIMO CUARTO.**- Ello determina, como consecuencia de tal presunción, que quien alegue la antijuridicidad del acto tiene la carga de la prueba si ello llega a constituir un conflicto que sea sometido al conocimiento y resolución de los tribunales de justicia.

En ese sentido que la preceptiva impugnada no puede ni debe ser interpretada aisladamente, pues cabe tener presente que la presunción de legalidad es uno de los efectos inmediatos del acto administrativo (en este sentido ver a Bermúdez Soto, Jorge. (2010). ESTADO ACTUAL DEL CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: ¿QUÉ QUEDA DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO?. Revista de derecho (Valdivia), 23(1), 103-123. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000100005), cuestión que ya era enseñada por la doctrina administrativista desde hace décadas, a pesar de no haber tenido un reconocimiento general en el sistema de fuentes en el derecho chileno (Por ejemplo, ver Hugo Caldera Delgado, El acto administrativo, legalidad, efectos e impugnación, Editorial Jurídica de Chile, 1981), circunstancia frente a la cual diversas leyes especiales -como la que contiene la preceptiva cuestionada- establecieron presunciones específicas respecto de actos determinados, que usualmente eran de aquellos que tenían efectos respecto de terceros, en especial los temas referidos a fiscalización e imposición de multas.

**TRIGÉSIMO QUINTO.**- Que dicha particularidad llevó, como ya lo ha señalado esta Magistratura, a la consecuencia que *"en Chile no contamos con una normativa general de Derecho*

*Administrativo que asigne un específico valor probatorio a los documentos que emanan de funcionarios públicos, en particular tratándose de fiscalizadores. No obstante, existen variados cuerpos legales que encomiendan a inspectores y fiscalizadores la tarea de constatar infracciones en su ámbito sectorial, a través del levantamiento de actas en que intervienen como "ministros de fe".* Entre otros, podemos mencionar a los funcionarios o fiscalizadores de: la autoridad sanitaria (arts. 156 y 157 del Código Sanitario); la Dirección General de Aguas (art. 172 ter del Código de Aguas); la Dirección del Trabajo (DFL 2, Trabajo, de 1967, art. 23); el Servicio de Impuestos Internos (DFL N° 7, Hacienda, de 1980, arts. 51 y 86); el Servicio Agrícola y Ganadero (Ley N° 18.755, arts. 7 y 12); la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (Ley N° 18.410, art. 3); la Superintendencia de Servicios Sanitarios (Ley N° 18.902, art 11); la Superintendencia del Medio Ambiente (Ley N° 20.417, art 8°), la Superintendencia de Educación Escolar (Ley N° 20.529, art. 52); el Servicio Nacional del Consumidor (Ley N° 19.496, art 59 bis y Carabineros de Chile (Ley N° 18.287, arts. 3 y 15)" (Sentencia Rol N° 7318, cons. 12°), de lo cual derivarán presunciones legales de lo constatado por los respectivos funcionarios.

**TRIGÉSIMO SEXTO**.- Cabe señalar que las bases del procedimiento administrativo, materia propia de ley según el numeral 18° del artículo 63 de la Constitución Política, no fue regulada por el legislador hasta la dictación de la Ley N° 19.880, que "ESTABLECE BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE RIGEN LOS ACTOS DE LOS ORGANOS DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO", publicada en el Diario Oficial del 29 de mayo de 2003, estableciéndose recién en la ley chilena una presunción general de validez -referida a la legalidad en la norma- respecto de los actos de la Administración. Así, si los actos de fiscalización, constatación de hechos e imposición de multas en ejercicio de potestades sancionatorias son actos administrativos, están amparados en primer término por dicha presunción de legalidad. De igual forma, si el ser emitidos por autoridad dotada por ley de competencia y en los casos y formas habilitantes establecidos por las mismas normas son requisitos de legalidad y validez, el acto se presume ajustado a la ley y quien sostenga lo contrario deberá acreditarlo.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Así, una eventual declaración de inaplicabilidad tampoco conseguiría desvirtuar la presunción de que se constató una infracción, pues al ser la misma parte de los casos y formas habilitantes para emitir el acto, una vez dictado el mismo ello se presume al amparo del artículo 3° de la citada ley N° 19.880, que en el año 2003 estableció una presunción de legalidad general que en la ley chilena no existía a la fecha de dictación de la preceptiva que introdujo la presunción cuestionada.

## IV. OTRAS CUESTIONES.

**TRIGÉSIMO OCTAVO**- Adicionalmente, debe tenerse presente que en el presente caso es una empresa quién invoca como infringidas normas de derecho internacional de derechos humanos contenidas en tratados internacionales, en específico de la Convención Americana de Derechos Humanos. A este respecto, no debe perderse de vista que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva OC-22/16 sobre «Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)», concluyendo que "se desprende con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano" (párrafo 70), reconociendo como excepciones parciales a las comunidades indígenas o tribales

y a las organizaciones sindicales (solamente respecto de los Estados parte del Protocolo de San Salvador), en tanto serían titulares de ciertos derechos específicos, agregando que "«el ejercicio del derecho a través de una persona jurídica debe involucrar una relación esencial y directa entre la persona natural que requiere protección por parte del sistema interamericano y la persona jurídica a través de la cual se produjo la violación, por cuanto no es suficiente con un simple vínculo entre ambas personas para concluir que efectivamente se están protegiendo los derechos de personas físicas y no de las personas jurídicas» y que «se debe probar más allá de la simple participación de la persona natural en las actividades propias de la persona jurídica, de forma que dicha participación se relacione de manera sustancial con los derechos alegados como vulnerados» (párrafo 119)", todo lo cual permite descartar las alegaciones de la requirente invocando la Convención Americana de derechos Humanos en el caso concreto.

**TRIGÉSIMO NOVENO**.- Que, por otra parte, en el caso concreto la infracción en cuestión sería "NO OTORGAR EL PERMISO DE A LO MENOS UNA HORA PARA ALIMENTAR AL MENOR DE DOS AÑOS", según se transcribe en la reclamación de multa acompañada al requerimiento. En ese sentido, si se omite la norma cuestionada, la requirente sigue teniendo la carga de la prueba respecto de acreditar el cumplimiento de la ley en el caso concreto, pues incluso sin la presunción, la reclamación pre supone alegar el cumplimiento de la norma habiendo otorgado el permiso, lo cual debe ser probado de acuerdo a las normas generales de carga de la prueba del artículo 1698 del Código Civil al ser un hecho positivo sostenido por la reclamante y requirente de inaplicabilidad. De esa forma, además aparece que la pretendida inaplicabilidad no puede tener el efecto que la requirente le atribuye.

**CUADRAGÉSIMO**.- Por otra parte, en la medida que el precepto impugnado acota la presunción de veracidad solamente al "hecho" constatado, mas no a los demás elementos de la infracción, no tiene la aptitud de hacer desaparecer la presunción de inocencia, en la medida que la misma se ubica en la órbita de la culpabilidad y la ocurrencia del hecho en la de la tipicidad.

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO**.- Que, de tal forma, el requerimiento debe ser rechazado.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

[…]

**SENTENCIA ROL 12.527-21.** *Publicada el 2 de noviembre de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la frase "algunas de las siguientes multas", contenida en el artículo 11, inciso primero, primera parte, de la Ley N° 18.902, que crea la superintendencia de servicios sanitarios. Empresa de servicios Sanitarios de Los Lagos s.A. (ESSAL S.A.). En el proceso Rol C-5874-2021, sobre reclamo judicial de multa, seguido ante el Undécimo Juzgado de Letras en lo Civil de Cantiago.

**VOTO MAYORÍA**

[…]

## I. ACERCA DEL CASO CONCRETO

**PRIMERO**.- Ramiro Mendoza, Pedro Aguerrea y Matías Mori, abogados, en representación de la Empresa de Servicios Sanitarios de los Lagos S.A., en adelante ESSAL, interponen requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto de la primera parte del primer inciso del artículo 11 de la Ley Nº 18.902, particularmente en la parte en la cual se dispone que los prestadores de servicios sanitarios podrán ser objeto de la aplicación por la Superintendencia de "algunas de las siguientes multas" facultando, a su juicio, de forma contraria a la Constitución, para que se apliquen los literales a), b), c) y d), por un mismo hecho y bajo el mismo fundamento, en contravención a principios, derechos y garantías constitucionales.

El actor, precisa que el precepto que se impugna, será aplicado en la resolución de la gestión judicial pendiente, que es seguida ante el 11º Juzgado Civil de Santiago, en autos sobre reclamación judicial de multa, causa Rol C-5874-2021, caratulado "ESSAL S.A., con Superintendencia de Servicios Sanitarios".

**SEGUNDO**.- A reglón seguido, el requirente expone que la reclamación jurisdiccional se interpuso en contra de la Resolución Nº 1.283, de 25 de junio del 2021, que confirmó, en todas sus partes, la Resolución Nº 1.422, dictada con fecha 12 de agosto del 2020, ambas dictadas por la SISS, en el contexto del expediente administrativo Nº 4.312-19.

Agrega, que la Resolución Nº 1.422, confirmada mediante la Resolución Nº 1.283-21, impuso a su representada una sanción que asciende a la suma de 2.700 UTA, por la aplicación de "alguna de las siguientes multas" establecidas en el artículo 11 de la Ley Nº 18.902.

**TERCERO**.- En relación con los cargos imputados a ESSAL, el requirente señala que el procedimiento administrativo sancionador contra ESSAL fue iniciado por la SISS mediante la Resolución Nº 2.865, de 02 de agosto de 2019, tras una investigación especial instruida para analizar los hechos relacionados al *"incidente de derrame de hidrocarburos en la Planta de Caipulli que provocó la interrupción no programada del servicio de agua potable en parte de la ciudad de Osorno, entre los días 11 y 21 de julio de 2019"*.

**CUARTO**.- La actora, refiere que la SISS impuso sanciones del artículo 11 de la Ley Nº 18.902, conforme al siguiente desglose (i) tres multas por supuestas infracciones a la letra a); (ii) dos multas por supuestas infracciones a la letra b); (iii) tres multas por supuestas infracciones a la letra c); y (iv) una multa por supuesta infracción a la letra d), por un total de 2.720 UTA.

En ese sentido, destaca que el conflicto de constitucionalidad que motiva el requerimiento de autos, surge debido a que las nueve multas han sido impuestas a ESSAL por un mismo hecho y por el mismo fundamento, infringiendo el non bis in ídem, y vulnerando principios, derechos y garantías constitucionales -lo que a juicio de la requirente es posible, debido a que el precepto

impugnado permite la punición múltiple, sin consideración a los límites que impone el principio del non bis in ídem-.

**QUINTO**.- De esta forma, el requirente sostiene que se deben tener en cuenta las siguientes consideraciones respecto de las multas impuestas (a) las nueve multas impuestas a ESSAL en el expediente administrativo sancionatorio Nº 4.312-19, de la SISS están relacionadas al único evento de corte masivo y no programado del suministro de agua potable en parte de la ciudad de Osorno. El cual, si bien comenzó el día 11 de julio, ESSAL habría sido capaz de reestablecer de forma paulatina el servicio de agua potable para la ciudad de Osorno a partir del día 17, de modo tal que si bien el servicio no fue restablecido para la totalidad de los usuarios afectados hasta el día 21 de julio, la falta de continuidad del servicio de agua potable afectó a un número variable y siempre decreciente de usuarios, siendo un artificio del la SISS, dividirlo en dos eventos. (b) No existen antecedentes en el expediente administrativo que justifiquen la división del evento en dos. (c) Los cargos referidos a "haber incurrido en deficiencias en la continuidad del servicio de distribución de agua potable, al haber incurrido en un corte no programado entre los días 11 y 17 de julio" y "haber incurrido en deficiencias en la continuidad del servicio de distribución de agua potable, por el corte no programado de los días 17 y 21 de julio", a juicio del requirente crea dos infracciones distintas por el literal a) del artículo 11 de la ley Nº 18.902 respecto a un mismo hecho, separando de forma arbitraria el evento de corte en dos supuestos eventos, duplicando injustificadamente las multas aplicar. (d) Agrega, que en el mismo orden, los cargos Nº 1, 2 3, 4 y 5, que se basan en infracciones a los literales a) y b) del artículo 11 de la Ley Nº 18.902, conllevan una doble sanción por los mismo hechos y para la misma infracción: el supuesto incumplimiento de la obligación legal de garantizar la continuidad y calidad del servicio de suministro de agua potable, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 del D.F.L Nº 382/88, Ley General de Servicios Sanitarios, en relación con el D.S. MOP 1199/04, que aprueba el reglamento de las concesiones sanitarias de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas y de las normas sobre calidad de atención a los usuarios de estos servicios. (e ) el cargo Nº 8, también encuentra su fundamento normativo en el supuesto incumplimiento de la obligación del artículo 35 de la LGSS, ocurrida durante la misma interrupción. (f) Por su parte, los cargos Nº 6 y 7 que se imputaron a ESSAL generan un doble reproche por el mismo incumplimiento de "las instrucciones (…) que establecen la obligación de ajsutarse a su procedimiento especial para la atención de emergencias (cargo Nº 6) el cual establecía un total de 68 estanques para la localidad de Osorno (…) en tanto la empresa solo había instalado 7, a las 15. 30 hs. En tanto, a las 20.07, solo 33 de los 68 (…)". (g) Finalmente, con el cargo Nº 9, la SISS ha imputado a ESSAL un tercer reproche , respecto a la obligación de informar al público que forma parte del protocolo de operación en condiciones de emergencia.

**SEXTO**.- En relación con la infracción constitucional referida por la requirente, esta indica que, la aplicación en la gestión pendiente del precepto impugnado, se produciría un efecto inconstitucional, toda vez que se vulnerará el principio del non bis in ídem, transgrediendo el contenido de las garantías y derechos fundamentales consagrados en los artículos 5, 6, 7 y 19 Nº 2, 3 y 26 de la Constitución Política de Chile.

## II. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO Y LÍMITES AL IUS PUNIENDI.

**SÉPTIMO**.- En cuanto al derecho administrativo sancionatorio, es la teoría española en materia administrativa, la que refleja en mejor forma las relaciones entre lo administrativo y lo penal. A tal efecto, entiende que *"una sanción es un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal consistirá siempre en la privación de un bien o de*

*un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa"* (García de Enterría-Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, 7ma. Edición, Civitas Ediciones S.L., año 2001, p. 161), por el contrario, lo penal afecta la libertad personal del individuo castigado.

**OCTAVO**.- Lo anterior explica que las sanciones administrativas, tal como la aplicada en este caso, si bien son independientes de las penas en el orden penal, tienen una identidad común con ellas, ya sea porque son manifestación de un mismo poder punitivo del Estado, o bien pues entre ambas hay una semejanza esencial (STC Roles N°s 294/96; 479/2006; 480/2006; 1413/2010; 1518/2010; 2381/2013; 5018/2019; 6250/2019).

Esto determina que los principios penales que deben aplicárselas a ambas son los mismos, teniendo eso si en consideración que las penas en el orden penal pueden privar de la libertad a un individuo, mientras que las sanciones administrativas no podrían afectar esta garantía fundamental (STC Rol N° 1518/2010). Siendo las garantías y límites al ius puniendi el contrapeso a la afectación de derechos que importa la sanción, la intensidad de dichas garantías y límites es mayor en la medida que el orden sancionatorio implica mayor punición en cuanto a los derechos involucrados, así, en el orden penal es donde tendrán la mayor entidad, densidad y significación, pues la sanción puede llegar incluso a ser una privación de libertad personal a perpetuidad. En materia administrativa sancionatoria, las sanciones generalmente son multas, no constituyendo privaciones de libertad, lo que significa que la intensidad y especificidad de las garantías no es la misma, al ser la entidad del ius puniendi diferente.

## III. INTERDICCIÓN DE LA DOBLE PUNICIÓN.

**NOVENO**.- A este respecto, uno de los principios penales que se extrapola al orden administrativo sancionatorio, en los términos antes señalados, es el de interdicción de la doble punición. Ésta Magistratura Constitucional ha señalado reiteradamente que es uno de los principios básicos de un procedimiento racional y justo, en materia sancionatoria, aludiéndolo bajo la fórmula "ne bis in ídem" -o non bis in idem según convencionalmente se le desee denominar-, en cuanto prohíbe aplicar a un mismo sujeto una doble sanción por los mismos hechos, y que aunque la Constitución no consagre este principio en términos explícitos, se entiende que forma parte del debido proceso consagrado en el inciso sexto, del numeral 3 del art. 19 constitucional, en que se impone al legislador la obligación de establecer procedimientos racionales y justos (rol 6528, c. 9º). Además, **en cuanto a otras fuentes de este mismo principio, puede señalarse además la consagración de las garantías constitucionales del orden penal, en tanto** está *"íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad (…) La explicación radica en que, si un mismo hecho puede ser sancionado varias veces, es porque es ilícito por varios conceptos, por lo que hay una tipicidad múltiple; y semejante tipicidad múltiple no es genuina tipicidad porque, como observa Ramón García Albero, no cumple la exigencia de taxatividad"* (Díez-Picazo Luis María, Sistema de Derechos Fundamentales, Thomson, año 2008, 3° Ed., p. 474);

**DÉCIMO**.- En ese orden debe tenerse presente que el principio "non bis in ídem", en cuya virtud nadie *puede ser juzgado ni condenado doblemente por un mismo hecho*, deriva de la dignidad de la persona humana y encuentra cobertura primordialmente en el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, tanto en el párrafo sexto, cuando previene que "corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos", cuanto en el párrafo noveno, al prevenir que *"ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella"* (STC Rol N° 3000, c. 7°). Respecto al mismo, este Tribunal ha considerado que dicho principio, que importa que por un mismo hecho delictivo el responsable no puede verse expuesto a sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución penal, es base esencial de todo ordenamiento penal democrático.

**UNDÉCIMO**.- De igual forma, debe agregarse que dicha interdicción del múltiple juzgamiento y la sanción se sustenta en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad, cuyo fundamento constitucional emana de la dignidad personal y del respeto por los derechos fundamentales. Ha sostenido este Tribunal que su transgresión constituye un atropello a las bases de la institucionalidad, además de la garantía de una investigación y un procedimiento racionales y justos. (STC Rol 2045, c. 4°) (En el mismo sentido, STC Rol N° 2254, c. 4°; STC Rol 2773, c. 31°; y STC Rol N° 2186, c. 4°);

**DUODÉCIMO**.- Así, resulta pertinente tener presente que el non bis in ídem es un principio que *"no prohíbe que una persona pueda ser castigada doblemente (por) unos mismos hechos si la imposición de una y otra sanción responden a distinto fundamento. Así podría decirse que lo proscrito por el principio non bis in ídem no es tanto que alguien sea castigado o perseguido doblemente por idénticos hechos, cuanto por idéntico ilícito, entendido como hechos que lesionan o ponen en peligro determinado interés protegido por la norma sancionadora"* (Pérez Nieto, Rafael; Baeza Díaz-Portales, Manuel (2008). Principios del Derecho Administrativo Sancionador: Volumen I. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 152). En síntesis, puede señalarse que *"El principio non bis in idem no prohíbe realmente que alguien pueda ser sancionado dos veces por los mismos hechos, sino que sea castigado dos veces por los mismos hechos sobre la base de idéntico fundamento"* (Cano Campos, Tomás (2001), Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, Nº 156, 2001, pág. 195)

**DECIMOTERCERO**.- Que, la Constitución Política, al reconocer la libertad empresarial en el catálogo de derechos, en el numeral 21° del artículo 19, parte de la base que todas las actividades económicas requieren ser objeto de regulaciones específicas, al señalar que esta libertad se ejerce dando cumplimiento a las normas legales que regulen la actividad empresarial específica. Tales ordenamientos sectoriales lo que hacen es en esencia establecer los requisitos de seguridad, sanidad, garantías para los usuarios del servicio y condiciones mínimas de desarrollo de la actividad, y en algunos sectores de la economía ello implicará regulaciones más intensas por referirse a servicios de utilidad y relevancia pública, marco en el cual habrá normas especiales sobre continuidad del servicio, tarifas, estándares de calidad, lo cual, para dar real eficacia a la ley, irá acompañado de potestades especiales, fiscalizadoras y sancionadoras, por parte de algún órgano administrativo encargado del resguardo del interés público involucrado en dicha actividad. Ese es el panorama en la prestación de los denominados "servicios básicos", entre los cuáles se encuentran el acceso a electricidad, agua potable, alcantarillado y gas.

**DECIMOCUARTO**.- Que, los bienes jurídicos protegidos adquieren especial importancia para determinar si estamos ante la vulneración del principio ne bis in ídem, que constituye el fundamento del requerimiento de estos autos.

**DECIMOQUINTO**.- En este sentido, todo bien jurídico tiene, indudablemente, una relevancia constitucional en cuanto el precepto legal recoge lo que explícitamente se encuentra establecido en la Carta Fundamental. De tal forma que, la doctrina en forma mayoritariamente *"considera que el recurso a la pena sólo encuentra justificación en cuanto se tutele un bien jurídico con reflejo en la Constitución"* (¿Principio de Efectiva Protección de Bienes Jurídicos?: Derecho Penal Europeo y Principio de Proporcionalidad, Manuel Portero Henares, Ed. 2010, p. 311, Civitas).

**DECIMOSEXTO**.- En ese entendido es que la ley penal protege el bien jurídico acorde con los valores y principios establecidos en la Constitución, sirviendo esta concepción de tamiz en la creación de tipos penales irrelevantes e impidiendo la excesiva frondosidad de los mismos. En igual medida, las sanciones administrativas también deberán estar dotados de razonabilidad en cuanto al bien jurídico o al interés que pretenden cautelar, lo cual es relevante para analizar el caso concreto.

**DECIMOSÉPTIMO.**- Otro de los elementos que deben diferenciarse, obedece al cúmulo de responsabilidades, pues de un mismo hecho pueden derivar responsabilidades penales, civiles, administrativas y también laborales, o bien algunas de ellas, pues cada orden del derecho se refiere a materias diferentes y un mismo hecho puede ser relevante y atingente para diversas normas. Así, en todo accidente del trabajo habrá una eventual arista de responsabilidad patrimonial del empleador frente al trabajador y, a la vez, una administrativa regida por la legislación sanitaria en materia infraccional, ocurriendo lo mismo con los hechos delictivos, de los cuales además de una acción civil emana una acción penal, por tratarse de diversos órdenes del sistema jurídico, referidos a materias diferentes.

## IV. ¿DOBLE PUNICIÓN EN EL CASO CONCRETO?

**DECIMOCTAVO.**- Que, en la medida que el actor aduce en su requerimiento que las multas que fueron aplicadas mediante la Resolución Exenta Nº 1.422-20, y Nº 1.238-21, cuya legalidad se reclama en la gestión pendiente seguida ante el 11º Juzgado Civil de Santiago, al emanar de un mismo hecho y ser sancionada con base a los literales a), b), c) y d) del artículo 11 de la Ley Nº 18.902, ya singularizada, en forma conjunta, y que por ende serían contrarías a las disposiciones Constitucionales y convencionales referidas precedentemente, debe señalarse que el control de juridicidad del acto de multar y de la concurrencia de los casos y formas que establece la ley para ello es competencia del tribunal del fondo y no de esta Magistratura.

Sin perjuicio de lo anterior, la tesis de la requirente en orden a existir doble punición a partir de la aplicación de los preceptos cuestionados hace imprescindible realizar un análisis de las infracciones aplicadas en el caso concreto, en atención al bien jurídico protegido en los literales reprochados.

**DECIMONOVENO.**- En tal sentido, el artículo 11, inciso 1º letras a), b), c) y d) de la Ley 18.902, impugnada en autos, señala que:

*"Artículo 11.– Los prestadores de servicios sanitarios que incurrieren en alguna infracción a las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con los servicios sanitarios, o en incumplimiento de las instrucciones, órdenes y resoluciones que dicte la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en esta ley o en otros cuerpos legales o reglamentarios, de algunas de las siguientes multas a beneficio fiscal en los siguientes casos:*

a. *De una a cincuenta unidades tributarias anuales, tratándose de infracciones que importen deficiencias en la calidad, continuidad u obligatoriedad de los servicios, cobros indebidos, trato económico discriminatorio a los usuarios, deficiencias en la atención de los reclamos de los usuarios, daño a las redes u obras generales de los servicios, o incumplimiento de la obligación de entregar información requerida por la Superintendencia en conformidad a la ley.*

b. *De cincuenta y una a mil unidades tributarias anuales, cuando se trate de infracciones que pongan en peligro o afecten gravemente la salud de la población, o que afecten a la generalidad de los usuarios de los servicios.*

c. *De una a cien unidades tributarias anuales, cuando se trate de infracciones cometidas por los prestadores de servicios sanitarios, que importen el no acatamiento de las obligaciones y plazos establecidos por la ley respecto de las concesiones a que se refiere el decreto con fuerza de ley Nº 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, así como de las órdenes escritas y requerimientos, debidamente notificados, y plazos fijados por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, en ejercicio de las atribuciones que la ley le encomiende, en relación con materias de su competencia.*

d. *De cincuenta y una a quinientas unidades tributarias anuales cuando se trate de infracciones relativas a la entrega de información falsa o manifiestamente errónea; y al no cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 63º, 64º, 65º, 66º, 67º y 70º del decreto con fuerza de ley Nº 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas. (…)"*

**VIGÉSIMO.**- Que, desde ya es dable hacer presente que se puede observar, en la historia de la Ley, que el legislador ya se ha cuestionado sobre la aplicación de sanciones conjuntas ante infracciones del prestador, señalando que:

> *"(…) los infractores podrán ser objeto de una o más de las sanciones que el texto establece –y que son las de multa y caducidad de la concesión–, el precepto permite que una misma infracción pueda ser sancionada dos veces.*
>
> *Esta Secretaría de Legislación no formula observaciones sobre este punto, por incidir en aspectos de mérito, que escapan a su competencia" (Informe Secretaría de legislación, 25 de octubre de 1989, Boletín N° 1151-03).*

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- Ahora bien, el texto de la Ley N° 18.902 contempló, en la versión de origen de su artículo 11, sólo sanciones de multa para dos tipos de conducta -establecidas en sus letras a) y b)-, aplicables bajo la fórmula "(…) alguna de las siguientes sanciones", con lo cual no restringe su aplicación, ni impide su acumulación. Con todo, la voz <alguna>, "denota una existencia concreta cuya entidad no se desvela" (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <https://dle.rae.es> [7 de octubre del año 2022]), por cuanto el Órgano que la aplica cumple un rol esencial, dado que, en cumplimiento de su función, deberá ponderar la concurrencia de los elementos que configuran la infracción y aplicar una o más multas, con el objeto de hacer efectivo el propósito de la sanción, en atención al principio de eficacia que permea a todos los Órganos de la Administración. (Ver en este sentido a SOTO DELGADO, PABLO. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. Ius et Praxis, 22(2), 189-226. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200007)

**VIGÉSIMO SEGUNDO.**- Luego, la Ley Nº 19.549, que modifica el régimen jurídico aplicable al sector de servicios sanitarios, en relación con los literales a) y b) del artículo 11 de la Ley 18.902, sólo alteró los rangos de multas posibles (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.549, pp. 583 y 584), asunto que no ha sido controvertido por el requirente, pero con el cual se busca demostrar que, si bien fue un cuestionamiento del legislador, este no ha sido un asunto discutido en las modificaciones sucesivas, introducidas al texto original de la ley.

**VIGÉSIMO TERCERO.** - Que, para comprender el sentido y alcance del precepto impugnado, resulta importante destacar que en los dos últimos incisos del artículo 11, aun cuando no son parte de lo reclamado por el requirente, demuestran que, por una parte, el legislador previó situaciones diversas a las cuales les asigna una sanción especial, como es en el caso de las "infracciones reiteradas" y, por otra, que en el inciso final se entregan herramientas al sancionador para arribar al quantum de la multa, estableciendo que esta será determinada prudencialmente, en consideración a la (a) cantidad de usuarios afectados y (b) la gravedad de la infracción, en atención al bien jurídico lesionado.

**VIGÉSIMO CUARTO.**- Que, sin perjuicio de lo precedentemente expuesto el órgano administrativo al aplicar la multa estimó que no se trataba de una conducta reiterada, sino más bien de un hecho que coincidía con la concurrencia de dos hipótesis de multas, a saber:

a. Se aplican 100 U.T.A., en virtud de las infracciones cometidas y tipificadas en el literal a), y
b. 200 U.T.A, en virtud de las cometidas y tipificadas en el literal b), todas del Art. 11 inc. 1 de la Ley N°18.902, por incumplimientos al deber de garantizar la continuidad del servicio de distribución de agua potable, afectando con ello a la generalidad de los usuarios, respectivamente.

c. De 1 a 100 U.T.A, cuando se trate de infracciones cometidas por los prestadores de servicios sanitarios, que importen el no acatamiento de las obligaciones y plazos establecidos por la ley respecto de las concesiones.

d. De 51 a 500 U.T.A, cuando se trate de infracciones relativas a la entrega de información falsa o manifiestamente errónea; y al no cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 63º, 64º, 65º, 66º, 67º y 70º del decreto con fuerza de ley Nº 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas.

**VIGÉSIMO QUINTO**.- Que, en tal sentido cabe preguntarse si las sanciones impuestas en la letra b, c) y d) ¿son consecuencia del reconocimiento de una conducta agravada? o bien si ¿son determinadas como corolario de la distinción que hace la administración respecto de infraccciones a bienes jurídicos distintos que se han visto afectados con el actuar del requirente? Es decir ¿los bienes jurídicos establecidos y que se intentan resguardar en las letras a), b), c) y d) del inciso primero del artículo 11 de la Ley Nº 18.902, son los mismos?

**VIGÉSIMO SEXTO**.- Que, el sector regulado que comprende la prestación de servicios públicos sanitarios, cuyas características responden a la de un monopolio natural sujeto al régimen de fijación de tarifas. Así, la empresa ESSAL., interviene como proveedor exclusivo, en cuanto titular para la explotación de servicios públicos sanitarios, comprendiendo su actividad las etapas propias del tratamiento de aguas, esto es, por una parte la producción y distribución de agua potable; y por otra, la recolección y disposición de aguas servidas, comprendidas dentro de la denominación genérica "servicio de alcantarillado", definiciones que son establecidas en el artículo 3º del DFL Nº 382, sobre la Ley General de Servicios Sanitarios .

*"Se entiende por producción de agua potable, la captación y tratamiento de agua cruda, para su posterior distribución en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas.*

*Se entiende por distribución de agua potable, la conducción del agua producida hasta su entrega en el inmueble del usuario.*

*Se entiende por recolección de aguas servidas, la conducción de éstas desde el inmueble del usuario, hasta la entrega para su disposición.*

*Se entiende por disposición de aguas servidas, la evacuación de éstas en cuerpos receptores, en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas, o en sistemas de tratamiento".*

**VIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, en tal orden es posible identificar a lo menos tres bienes jurídicos relevantes de protección, que destacan en la actividad desarrollada por la requirente, a saber **(i)** el suministro continuo de agua potable y alcantarillado, de claro interés público **(ii)** la afectación de la vida privada y la protección del hogar, de interés particular y concreto, y **(iii)** las condiciones de higiene y la protección al medio ambiente sano y libre de contaminación, interés claramente comunitario y distinto de los anteriores.

**VIGÉSIMO OCTAVO**.- Que, a reglón seguido es oportuno destacar que la letra a) del artículo 11, impugnado en autos, establece que será aplicable una multa a beneficio fiscal entre un monto que varía de una a cincuenta UTA, entre otras situaciones, ante el caso de afectación a la "continuidad del servicio", sin señalar un número preciso de usuarios que se vean afectados.

**VIGÉSIMO NOVENO**.- Sin perjuicio de lo anterior, en la letra b) del mismo artículo 11, que intenta inaplicar el requirente, se establece que procederá una multa a beneficio fiscal entre cincuenta y una a mil UTA, entre otras situaciones, por la ocurrencia de aquellas infracciones que "afecten a la generalidad de los usuarios". Se debe tener en cuenta que el concepto de generalidad importa la idea de un incumplimiento o alteración de la continuidad de suministro que trasciende

de casos puntuales o aislados, claramente acotados, sino que se trata de una anormalidad de servicio que afecta al conjunto de usuarios servidos por el prestador, aunque no hayan sido todos los usuarios afectados directamente con el corte, lo cual repercute negativamente en el desarrollo normal de sus quehaceres y en la satisfacción de sus necesidades.

**TRIGÉSIMO.**- Ahora bien, dado que a esta Magistratura no le corresponde ponderar si el número de los usuarios corresponde a la mayoría o generalidad, si es posible demostrar con su conceptualización que el legislador diferenció ambas hipótesis, pues en el caso de la letra a) del artículo 11 de la ley ya singularizada, sanciona el solo hecho de la afectación de la continuidad del servicio, sin importar el número de usuarios afectados; en tanto, en la letra b), del mismo artículo, se establece una multa asociada a la extensión de la infracción, para lo cual establece una gradación de la sanción que podrá aplicar el sancionador. En tanto, las letras c) y d) se refieren al incumplimiento de otras obligaciones conocidas por la requirente, que si bien están asociadas al hecho principal, implican una carga diferente.

## Algunos alcances sobre los bienes jurídicos protegidos por el legislador en la norma impugnada.

### » Suministro continuo de agua potable y alcantarillado como cuestión de interés público.

**TRIGÉSIMO PRIMERO.**- Que, el agua potable y alcantarillado son indispensables para la vida y la salud de las personas y, en consecuencia, fundamentales para preservar la dignidad de todos los sujetos. En tal sentido, aun cuando el derecho al agua no es reconocido como un derecho humano independiente y expresamente en nuestro Ordenamiento Jurídico, si comprende obligaciones específicas del Estado que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y domestico, así como el acceso a servicios de saneamiento adecuados, para lo cual resulta esencial que se asegure un suministro y servicio que satisfaga estándares de calidad y continuidad que serán precisados por la Ley.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO.**- Cabe hacer presente, que el concepto de "cantidad básica de agua requerida para satisfacer las necesidades humanas fundamentales" fue un asunto que se discutió originalmente en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el agua, celebrada en Mar del Plata, en 1977. Oportunidad en la cual se afirmó que todos los pueblos, cualesquiera sea su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho a agua potable en cantidad y calidad acorde con sus necesidades básicas. De este modo, en adelante, diversos planes de acción han reconocido el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano, de lo cual deriva que el Estado tiene un rol que a lo menos es de garante primario en el acceso a los servicios y también en sus condiciones mínimas de continuidad y calidad. Así, por ejemplo, en noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó su Observación general Nº 15, sobre el derecho al agua, definido como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. A su vez, el Comité destacó que el derecho al agua se encuentra asociado con otros bienes jurídicos, como son el derecho a la salud, a una vivienda y a una alimentación adecuada. (En este sentido ver Observación general Nº 15 (2002) sobre el derecho al agua, párr. 3)

**TRIGÉSIMO TERCERO.**- Que, en este mismo orden, el reconocimiento del derecho al agua y del acceso a servicios de alcantarillado, como bienes jurídicos con características de "fundamentales" para la sociedad, ha sido reconocido en múltiples tratados que versan sobre Derechos Humanos, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y del derecho a la

salud. A modo de ejemplo, en el artículo 14 Nº 2, letra h), de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (vigente en Chile desde el año 1989), se reconoce el derecho a *"Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, **los servicios sanitarios**, la electricidad y el **abastecimiento de agua** (…)"* (lo destacado es nuestro). Lo mismo ocurre en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (vigente en Chile desde el año 2008), pues en su artículo 28 obliga al Estado a *"Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a **servicios de agua potable** (…)*". En tal orden, el abastecimiento de agua potable deja de ser una obra de beneficencia para el Estado o un mero acto potestativo de libertad de empresa para los prestadores, y pasa a convertirse en un derecho, que, más allá de su regulación específica y sectorial en la ley, tiene un claro sustento constitucional y de derecho internacional de derechos humanos, niveles en los cuales la protección del ser humano es el elemento central.

**TRIGÉSIMO CUARTO.** - Asimismo, cabe hacer presente que, en reciente sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado expresamente *"El derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua. Al respecto, baste señalar que entre aquellos se encuentran el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la alimentación adecuada, cuya inclusión en el citado artículo 26 ya ha quedado establecida en esta Sentencia, como asimismo el derecho a la salud, del que también este Tribunal ya ha indicado que está incluido en la norma.*

*El derecho al agua puede vincularse con otros derechos, inclusive el derecho a participar en la vida cultural (…)"* (caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Ihaka honhat (nuestra tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrs. 222, 231 a 242)

**TRIGÉSIMO QUINTO.** - Que, en este sentido, y dentro de las dimensiones del uso del agua que son relevantes en este caso, es posible reconocer que, el derecho al agua y alcantarillado, se incluyen de forma implícita en otros derechos y libertades -lo que significa, entre otros, la protección contra cortes arbitrarios o ilegales de los recursos hídricos- y además prestaciones mínimas– que comprendan el acceso a una cantidad mínima de agua potable para mantener la vida y salud de las personas-. Así, el derecho al agua y alcantarillado, al tratarse de derechos de tal amplitud y significancia por sí mismo y con efecto en otros derechos de igual relevancia, resulta imposible admitir que su goce y ejercicio sea interrumpido, salvo por motivos de real fuerza mayor que además la propia ley reconozca como imposibles de resistir o mitigar; de lo que se sigue que el suministro de agua y el acceso a alcantarillado deben ser continuos y suficientes, en los términos indicados precedentemente. De tal forma, si los servicios son prestados por privados, tanto su relación con el Estado como la prestación del servicio mismo deben ser moldeadas y configuradas en términos de acceso a un derecho con los caracteres expuestos, tendiendo a asegurar la continuidad del servicio y los estándares de calidad de este.

## » La afectación de la vida privada y la protección del hogar.

**TRIGÉSIMO SEXTO.**- Que, las sanciones que se discuten en el caso de marras, irradia no solo a los bienes jurídicos expuestos precedentemente, sino también a otros, como es el caso de la vida privada y la protección del hogar, en el sentido de sancionar una afectación contraria a derecho de esos bienes y derechos individuales, pues las familias y hogares afectados por la pérdida del suministro son sujetos diferentes y específicos, individualizables, que sufren afectación particular, concreta y específica de sus derechos y de degradación de condiciones sanitarias y de acceso al agua y alcantarillado, en la esfera privada e íntima de su hogar.

**» Las condiciones de higiene y la protección al medio ambiente sano.**

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, igualmente se advierte que en el caso concreto los bienes jurídicos cautelados son relevantes en la salud pública, el desarrollo social, la equidad social y la sustentabilidad ambiental.

**TRIGÉSIMO OCTAVO**.- Cabe tener presente que, en Chile, durante la segunda mitad del siglo XX seguía siendo un grave problema estructural la falta de acceso al agua potable y al saneamiento por un relevante porcentaje de la población, lo que significaba una *"contribución a la morbilidad y desnutrición de la población"* (Hantke-Domas, M., Jouravlev A., "Lineamientos de política pública para el sector de agua potable y saneamiento", Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2011. Documento extraído de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3863/S2011000_es.pdf)), lo cual repercutía en el surgimiento de enfermedades como el tifus, paratifus, hepatitis, cólera, entre otras, que se traducían en mayores costos de cuidados médicos, pérdidas de días laborales e incluso muertes prematuras (Op., Cit). De esta forma, el bien jurídico "agua potable" se torna esencial para la vida de las personas, pues con su acceso se logra un estándar sanitario superior, mejorando las condiciones de vida de los sujetos y, en concordancia con el Estatuto Constitucional, se resguarda la integridad física de aquellos que habitan en el territorio chileno. En consecuencia, si se interrumpe o suspende dicho servicio, por causales no previstas en la ley, eventualmente se afectará la integridad de los usuarios, asunto que es previsto por el Ordenamiento Jurídico, cuestión que motiva al legislador a aplicar multas como incentivos / costos, para que las empresas prestadoras cumplan con sus obligaciones.

**TRIGÉSIMO NOVENO**.- En dicho orden, es menester destacar que la evolución histórica del sector de agua potable y alcantarillado, en Chile, habiendo aún zonas y asentamientos humanos sin acceso, puede ser dividida en cuatro grandes fases (En este sentido ver: Valenzuela, s., Jouravlev, A., Servicios urbanos de agua potable y alcantarillado en Chile: factores determinantes del desempeño, CEPAL, año 2007), que conducen al Estado a generar una institucionalidad respecto a la prestación de dichos servicio, en el contexto de un mercado regulado, que se estructura sobre la base de los principios de legalidad, interdicción de la arbitrariedad, subsidiariedad y servicialidad *"(…) que sirven como pautas de interpretación y reglas de aplicación directa (…)"* (Cordero Quinzacara, Eduardo. (2013). Sanciones administrativas y mercados regulados. Revista de derecho (Valdivia), 26(1), 119-144. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100006). En esa evolución irán estableciéndose progresivamente parámetros de cumplimiento de las obligaciones de los prestadores, que ante una infracción vinculada al abastecimiento del agua potable, el tratamiento de aguas o el servicio de alcantarillado, respectivamente, justifican medidas de ordenación, dado que con su vulneración se afectan bienes esenciales para el desarrollo actual de la vida en sociedad, generando una regresión en el estándar asegurado de mantenerse dicho acto u omisión, verificándose, por tanto, motivos de interés público en su protección y en el rol que ha asumido el Estado, siendo absolutamente legítimo el configurar potestades sancionatorias al respecto, reconociendo la identidad y entidad de cada infracción.

**CUADRAGÉSIMO**.- Que, en este sentido el servicio prestado por ESSAL S.A., al tratarse de un monopolio natural y debido al interés público contenido en su función y la necesidad de dar resguardo o garantías a aquellos que participan como usuarios, requiere per se establecer mecanismos de resguardo, fiscalización e intervención que, de acuerdo con la ponderación de la Administración significará, eventualmente y ante la verificación de una infracción, la consecuente aplicación de una sanción, de conformidad con la legislación vigente.

## V. CUESTIONES DE FONDO

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO.**- En referencia al caso concreto, en cuanto a que un hecho pueda constituir dos o más infracciones, es necesario señalar dos cosas: por un lado puede existir doble punición inconstitucional o bien puede ser ajustada a la Constitución, lo cual dependerá si el fundamento de derecho ambas es similar, o bien por otro lado si se está en presencia de un concurso, el concurso de infracciones (categoría extrapolada al derecho administrativo sancionador desde el concepto de concurso delictivo, propio del orden penal), en cuyo caso lo que se constata que lo ocurrido es una pluralidad de ilícitos a partir de un mismo hecho. Cabe señalar que el concurso puede ser real o ideal:

a. concurso real: en él varios hechos conforman varias infracciones, pudiendo sostenerse el binomio pluralidad de hechos-pluralidad de infracciones, por lo que se determinará el conjunto de las sanciones asignadas a las diversas infracciones cometidas.

b. Concurso ideal: también se determina una pluralidad de infracciones, pero todas ellas derivan de un mismo y único hecho, pudiendo sostenerse el binomio unidad de hecho-pluralidad de infracciones, porque el hecho es lesivo de diversos bienes jurídicos, de forma tal que se encuentran sanciones por la lesión de cada uno, sin que ninguna de las normas sancionatorias cubra íntegramente los bienes jurídicos involucrados (en caso contrario se estará en presencia de un concurso de normas, cuyas consecuencias son del todo diferentes). La clave del concepto de concurso ideal es comprender que de un mismo hecho pueden emanar diversas figuras delictivas sin que ello sea doble punición per se.

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.**- En cuanto garantía en contra de la doble punición, puede extraerse entonces, en referencia al caso concreto, que en primer término y en general, *"La prohibición de ne bis in idem impide incoar de forma simultánea dos expedientes sancionadores sobre unos hechos que lesionan o ponen en peligro el mismo bien jurídico"* (Cano Campos, Tomás (2001), Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, Nº 156, 2001, p.240) motivo por el cual, analizando la preceptiva cuestionada y su función en el caso sub lite, debe examinarse si las multas en cuestión obedecen o no al mismo bien jurídico en la norma impugnada.

**CUADRAGÉSIMO TERCERO.**- Si el fundamento de las dos sanciones obedece al mismo bien jurídico, sin duda se estará frente a una doble punición, en cambio, si obedece a bienes jurídicos diferentes, no se estará frente a una infracción al principio non bis in idem, sino simplemente frente a un concurso ideal.

**CUADRAGÉSIMO CUARTO.**- Cabe decir que el concurso ideal no es una vulneración de la garantía non bis in idem, pues "el principio no parte del mero hecho o sustrato real, sino de la valoración jurídica que del mismo hacen las normas sancionadoras por lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Si un mismo hecho admite una pluralidad de valoraciones jurídicas (concurso ideal), la imposición de diversas sanciones no supone violación alguna de la prohibición de doble valoración. Como se ha señalado, lo que contradice el non bis in idem *«es la plural toma en consideración de la valoración y no del sustrato fáctico subyacente»; por ello, el ámbito en el que resulta lícito cuestionarse la operatividad del principio no es «el de la mera identidad total o parcial del concreto hecho subyacente, sino su valoración jurídica [...] La imposición de varias consecuencias jurídicas sólo resultará por ello contraria al principio cuando haya procedido de una pluralidad de valoraciones jurídicas, siendo que una de ellas incorpora expresa o tácitamente a las demás»"* (Cano Campos, Tomás (2001), Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, Nº 156, 2001, p,245).

**CUADRAGÉSIMO QUINTO.**- Por otra parte, si "delito" en órbita penal es una acción u omisión típica, antijurídica y culpable; extrapolando dicha característica al derecho administrativo sancionador ha de determinarse que la diferenciación del bien jurídico protegido en dos infracciones se identifica en la órbita de la tipicidad y la tipificación de las mismas, que permitirá reconocer cual es el principio o valor que pretende proteger.

**CUADRAGÉSIMO SEXTO.**- En cambio, la antijuridicidad, segundo elemento del delito, en ese caso infracción, es entendida, lato sensu, como contrariedad a derecho, puede identificarse a partir del derecho ajeno lesionado en particular y también a partir de la afectación del bien jurídico en cuestión. En este sentido, un mismo hecho puede tener diversas dimensiones de antijuridicidad, lesionando diversos derechos, a diversas personas y a diversos bienes jurídicos. Es en ese sentido que, como ya se viera, la continuidad del servicio de agua potable y alcantarillado es en sí mismo un valor protegido como principio del sistema de suministro y a la vez un derecho del usuario que cumple con las cargas regulares que el mismo sistema le asigna para acceder al mismo.

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.**- A la vez, como ya se vio, hay a lo menos otros dos bienes jurídicos involucrados que se ven vulnerados, configurando hipótesis de antijuridicidad diferentes, pues en el sistema chileno hay otras garantías en el funcionamiento del sistema: la calidad del agua y su condición de potable, además del tratamiento de las aguas servidas. A su vez, la salubridad pública es otro valor o bien jurídico protegido, respecto del cual el Estado y en particular el prestador tiene la posición y el deber de garantes. Es en este sentido que, respecto de estos deberes de garantía y acción, el mero incumplimiento de los mismos genera riesgos que de concretarse se vuelven irreversibles y que además tienen diversos sujetos afectados. En primer lugar, el quiebre del deber de continuidad del servicio afecta el funcionamiento del sistema de suministro completo, lo que es en sí misma una infracción a un bien jurídico de titularidad comunitaria y una infracción de los deberes del prestador del servicio con el Estado.

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO.**- Al mismo tiempo, las familias y hogares afectados por la pérdida del suministro son sujetos diferentes y específicos, individualizables, que sufren afectación particular de sus derechos y condiciones sanitarias y de acceso al agua, en la esfera privada e íntima de su hogar, como ya ha sido desarrollado. Por otra parte, hay un elemento adicional, que es relevante para establecimientos de comercio e industria, la falta al deber de continuidad de servicio de agua potable y alcantarillado tiene otras significaciones de antijuridicidad: generará alteración de los procesos productivos, conflictos laborales por temas de higiene y seguridad, consecuencias en los estándares sanitarios de la prestación de servicios, afectación de las condiciones laborales de sus trabajadores, etc.

**CUADRAGÉSIMO NOVENO.**- Siendo identificable así un horizonte múltiple de antijuridicidad, el mismo es traducido, legítimamente por el legislador, en términos que cada esfera de antijuridicidad tiene asignada una infracción, pudiendo o no concurrir varias a partir de un mismo hecho.

**QUINCUAGÉSIMO.**- En el caso sub lite, las infracciones en cuestión son todas de derecho administrativo, están contempladas todas en la misma norma y a la vez son aplicadas por el mismo órgano, motivo por el cual se descarta la concurrencia de los conflictos más habituales del principio ne bis in idem, propios de la doble punición con la misma antijuridicidad.

**QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.**- En el mismo sentido, se observa que el precepto cuestionado recoge la fórmula del concurso ideal, y que las infracciones en cuestión no obedecen a la misma razón, entendida ésta como el bien jurídico protegido, lo que es reconocible en la clara diferenciación del contenido de la antijuridicidad de ellas.

**QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO.**- Cabe señalar que en materia delictiva el concurso ideal de delitos tiene señalada una regla especial en el artículo 75 del Código Penal, correspondiendo aplicar la pena mayor del delito más grave. A ello debe agregarse que, como lo señala la doctrina autorizada, *"Chile no cuenta con una ley general sobre infracciones y sanciones administrativas que se haga cargo –entre otros temas– de los problemas que plantea el concurso infraccional. Tampoco la legislación sectorial se hace cargo del tema, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos comparados"* (Cordero Quinzacara, Eduardo, Los concursos infraccionales en el Derecho administrativo sancionador chileno, Revista de Derecho Administrativo Económico, Nº 31, enero-junio 2020, p. 44) , lo que obliga a acudir a la legislación penal como baremo normativo en materia de concurso infraccional administrativo, por ser la matriz regulatorio-punitiva del Estado de Chile, por ser la legislación vigente y por no ser parte de las atribuciones de este Tribunal la potestad de crear normas legales especiales.

**QUINCUAGÉSIMO TERCERO.**- De lo expresado se coligen dos cuestiones fundamentales:

» En primer lugar, la legislación chilena contempla en el orden penal la figura del concurso ideal, por lo que su incorporación en el derecho administrativo más que una infracción a derecho es una concreción de los objetivos de dicha disciplina: acercar el orden infraccional al orden penal.

» En segundo lugar, en el precepto impugnado nos encontramos frente a una norma especial de concurso ideal de infracciones administrativas. A falta de norma especial se aplicaría la regla del Código Penal, pero el solo establecimiento de una regla especial no es inconstitucional, más en una materia en la cual la reserva de ley es amplia y en la que sus límites están dados en primer término por la proporcionalidad sancionatoria, que además no es objeto del presente proceso, por lo cual esta sentencia no puede referirse a ello.

**QUINCUAGÉSIMO CUARTO.**- Si bien, la regla especial del Código Penal puede tener motivos y particularidades, no debe dejar de precisarse que parte de la doctrina penal señala que el principio ne bis in idem no obsta a *"la exigencia de realizar una íntegra valoración jurídica del hecho; en virtud del "mandato de exhaustividad" la sentencia condenatoria ha de abarcar todo el contenido de ilicitud del comportamiento. En otras palabras, el principio ne bis in idem prohíbe incurrir en una duplicidad de valoraciones, pero no a costa de omitir la consideración de una parte del contenido de ilicitud de una de las infracciones concurrentes"* (OSSANDON WIDOW, María Magdalena. El legislador y el principio ne bis in ídem. **Polít. crim.**, Santiago, v. 13, n. 26, p. 952-1002, dic. 2018. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000200952&lng=es&nrm=iso>. accedido en 16 jun. 2020. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200952), lo cual ha de entenderse referido a la unidad del hecho que contiene diversas infracciones de acuerdo a lo ya señalado, en el marco de un concurso ideal de infracciones administrativas, llegando a señalarse incluso que "el ne bis in idem no sería operativo en las hipótesis de concurso ideal por faltar uno de sus presupuestos, esto es, la identidad de fundamento: aunque se impusieran las sanciones correspondientes a cada una de las infracciones, no se estaría sancionando lo mismo" (id. ant), concluyendo en el mismo trabajo que *"la multiplicidad de penas está claramente permitida por nuestra Constitución, pues cuando el artículo 19 Nº 3 inciso noveno exige que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en la ley, lo hace en relación con la posibilidad de que ella establezca penas, en plural, respecto de dicha conducta"*, legitimando así las penas accesorias y las penas copulativas, además de la sanción del concurso ideal.

## VI. CONCLUSIONES

**QUINCUAGÉSIMO QUINTO.**- En el caso concreto, las infracciones en cuestión obedecen a bienes jurídicos diferentes, motivo por el cual su lesividad y su identidad es diferenciada.

**QUINCUAGÉSIMO SEXTO.**- De la misma forma, la concurrencia, en el caso concreto, de diversas infracciones emanadas de un mismo hecho, con fundamentos diferentes cada una, configura un concurso ideal de ilícitos.

**QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO.**- A su vez, la concurrencia del concurso ideal permite identificar que cada una de las infracciones es una antijuridicidad diferente, por lo cual la aplicación preceptiva cuestionada no es una vulneración del principio ne bis in idem. De tal forma, se descarta la inconstitucionalidad alegada a su respecto.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

[…]

### SENTENCIA ROL 13.209-22. *Publicada el 6 de abril de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 506 del Código del Trabajo, Frigorífico Karmac SPA. En el proceso Rol N° 28-2022 (Laboral Cobranza), sobre recurso de nulidad, seguido ante la Corte de Apelaciones de Temuco.

**VOTO MAYORÍA**

[…]

## I. ANTECEDENTES DE LA GESTIÓN PENDIENTE

**PRIMERO.**- Que, Julio Landeta Fonseca, abogado, en representación de la empresa Frigorífico KARMAC SpA., cuyo representante legal es don Herman Waldemar Perlwitz Ríos, deduce requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 506 del Código del Trabajo, cuyo Texto Refundido, coordinado y sistematizado se fijó por el D.F.L Nº 1del año 200, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, por cuanto, a su juicio la normara será aplicada en la gestión pendiente, Recurso de Nulidad, que se tramita ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, bajo el Rol Ingreso Corte Nº 28-2022, que incide en los autos Rit I-7-2021, caratulado "FRIGORÍFICO KARMAC SPA CON MERINO", por cuanto la aplicación de la norma impugnada devendría en la infracción del artículo 6, 7, el artículo 19 Nº 2 y 3, todos de la Constitución Política.

**SEGUNDO.**- En este orden, la requirente sostiene que con fecha 29 de julio del 2020 su representada fue fiscalizada por la Inspección comunal del Trabajo de Lautaro, la cual dictó resolución de multas Nº 8010/20/25, de fecha 07 de agosto del 2020, en la cual se consignan las siguientes infracciones y multas, respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior, se le aplicaron seis multas equivalentes a 260 UTM y, además, una correspondiente a 20 IMM.

| INFRACCIÓN | MULTA |
|---|---|
| 1.- No contener en el contrato de trabajo la estipulación referida a monto, forma y periodo de pago de la remuneración por concepto de bono , bono especial y bono de producción, respecto de un grupo de trabajadores (7). | 40 UTM |
| 2.- No consignar por escrito en el contrato de trabajo o documento anexo la modificación de la estipulación referida a labor o función respecto a un grupo de trabajadores (2). | 40 UTM |
| 3.- No llevar correctamente el registro de asistencia y horas trabajadas al no consignar la marcación en sistema computacional de control de asistencia biométrico, tanto a la entrada y a la salida, los días en que se realizaron trabajos esporádicos, y hoja de asistencia a trabajos esporádicos, respecto de trabajadores de la empresa (5). | 60 UTM |
| 4.- No contener las liquidaciones de remuneraciones un anexo, que constituye parte integrante de las mismas, los montos de los bonos que recibe el trabajador, junto al detalle de cada operación que le dio origen y la forma empleada para su cálculo, respecto a un grupo de trabajadores (7). | 60 UTM |
| 5.- No otorgar descanso en días domingos y/o festivos respecto de los trabajadores y periodos que a continuación se indican, no encontrándose la empresa en alguna de las excepciones al descanso dominical y de días festivos, en atención a la realización de labores según acuerdo con el personal para trabajo especial esporádico, y hoja de asistencia para trabajos esporádicos, respecto a un grupo de trabajadores (4). | 60 UTM |
| 6.- No exhibir toda la documentación exigida que deriva de las relaciones de trabajo, necesaria para efectuar las labores de fiscalización (anexo del comprobante de pago de remuneraciones por el mes de abril de 2020, con el monto del bono de producción, junto al detalle de cada operación que le dio origen y la forma empleada para su cálculo, respecto de una trabajadora; un contrato de trabajo, toda vez que solo se adjunta la página número uno, de tres, del contrato de trabajo suscrito entre las partes). | 20 IMM |

**TERCERO.**- Ante la situación referida precedentemente, el actor solicitó la reconsideración administrativa respecto de todas las multas. Como consecuencia de esta solicitud, la Inspección solo acogió la reclamación en relación con de la infracción Nº 5, por cuanto en relación a las demás confirmó la multa impuesta, mediante Resolución Nº 3, de 11 de febrero del 2021.

**CUARTO.**- En relación con las multas 1, 2, 3, 4 y 6, la requirente dedujo reclamación judicial solicitando que estas fueran dejadas sin efecto o fueran rebajadas prudencialmente, pues habría dado cumplimiento a la ley. Sin perjuicio de lo anterior, expone que con fecha 24 de enero del 2022, el Juzgado de letras de Lautaro resolvió, como consta a foja 07, entre otras cosas que "(…) con la prueba aportada en esta causa se puede establecer que la Inspectora Comunal actuó dentro de sus facultades legales al mantener multas cursadas, las que a juicio de esta magistratura tienen justificación de hecho y de derecho para su aplicación, razón por la cual deberá rechazarse la

reclamación en todas sus partes (…)". De tal modo, la actora deduce recurso de nulidad laboral ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, en contra de la sentencia, por la supuesta infracción de ley que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, de conformidad con el artículo 477 del Código del Trabajo. Por otra parte, de conformidad a lo establecido en el artículo 478 letra E) del Código del Trabajo, en subsidio, se deduce recurso de nulidad por la supuesta omisión de cualquiera de los requisitos establecidos en los artículos 459, 495 o 501, inciso final, de dicho cuerpo legal. Asimismo, en subsidio se dedujo recurso de nulidad, pues la sentencia habría sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, conforme al artículo 478, letra B) del Código del Trabajo.

**QUINTO**.- Como consta a foja 25, se certificó que el recurso fue ingresado el 24 de enero del 2022, y su estado procesal se encuentra en estado de "relación" desde el 28 de enero del mismo año.

**SEXTO**.- En tal orden la requirente deduce acción de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad pues, a su juicio, la norma impugnada -artículo 506 del Código del Trabajo – en el caso concreto deviene en las siguientes infracciones:

a. Artículo 6 y 7 de la Constitución, toda vez que la aplicación de la norma impugnada vulneraría el principio de legalidad que rige el actuar de la administración y, específicamente, la potestad administrativa sancionatoria, pues el precepto impugnado constituye una limitación real a la potestad de la Inspección del Trabajo, dado que la norma carecería de densidad suficiente exigida por el principio de legalidad, posibilitando una actuación discrecional y arbitraria.

   Al efecto, la requirente precisa que el artículo 506 establece, entre otras cosas, que la respectiva infracción debe ser sancionada "según la gravedad de la infracción" pero no refiere sobre qué debe entenderse por gravedad, ni precisa parámetros o gradación para determinar cuándo se está frente a infracciones menos graves; es decir, la determinación de la gravedad queda a la apreciación discrecional de la Inspección del Trabajo.

   Agrega, que las únicas limitaciones que pesan sobre el Inspector del Trabajo para determinar la sanción que aplicará al fiscalizado, en virtud del precepto impugnado, son "el tamaño del infractor" y, por otra parte "el monto mínimo y máximo de la multa" (fs. 14 y 15). Así, en su argumentación, el actor efectúa un análisis respecto a cómo se verificaría la supuesta infracción en cada multa aplicada (fs. 15)

b. Artículo 19 Nº 2 de la Constitución. Pues la aplicación del artículo 506 del Código del Trabajo resultaría, vulneraría el principio de igualdad ante la ley y proporcionalidad, en tanto el precepto impugnado facultaría a la Inspección del Trabajo para sancionar de forma distinta a dos personas jurídicas que cometieron una misma infracción y que se encuentran en la misma situación fáctica, sin que existan presupuestos objetivos ni razonables para ello.

   En lo que se refiere a la infracción al principio de proporcionalidad, señala que no es razonable aplicar una mayor pena o sanción si mantiene una mayor cantidad de trabajadores en la empresa, pues ello no responde a un mayor índice de lesividad de la falta ni a una mayor capacidad económica del empresario (fs. 16).

   Luego, a foja 18, al efectuar un análisis de proporcionalidad, el requirente sostiene que el precepto impugnado, si bien establece una medida legítima y razonable, ella no es idónea, toda vez que no es apropiada para alcanzar el fin de completar el catálogo sancionatorio de la Inspección del Trabajo. Asimismo, sostiene que el grado de intervención de la autoridad no es adecuado, pues no puede generar diferencias arbitrarias entre los administrados, efecto que se produciría con la aplicación del artículo 506 del Código del Ramo.

c. Artículo 19 Nº 3 de la Constitución, pues la aplicación de la norma pugnaría con el debido proceso, pues, si bien el fin perseguido -según el Mensaje de la Ley Nº 20.416, que introdujo el artículo 505 bis y 506 del Código del Trabajo- con la diferenciación de empresas en base al número de trabajadores, era evitar la situación que ocurría con anterioridad a dicha ley, donde el rango de multas, daba un trato poco diferenciador entre empresas pequeñas y grandes, estableciendo categorías de fiscalizados en orden a evitar que las sanciones que se impongan sean prohibitivas, y que cumplan con el fin correctivo del comportamiento. Sin embargo, el medio utilizado, la clasificación de empresas según su número de trabajadores sin gradación alguna dentro de cada categoría ni factores para la determinación de los montos de las sanciones, vulnera el derecho a un debido proceso, toda vez que, a su entender, el número de trabajadores de la empresa no dice nada respecto de aquellos factores que sí son relevantes para determinar el monto de una sanción.

Con todo, el requirente argumenta que el artículo 506 del Código del Trabajo no obliga a la inspección a señalar los motivos por los cuales está imponiendo la sanción, y debido a su falta de gradación y de factores para determinar su monto, no será posible saber cómo reaccionaría el órgano administrativo frente al comportamiento del fiscalizado, por cuanto no es fundada, establece ni predecible , vulnerando de tal modo lo previsto en el artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política.

## II. LA CALIFICACIÓN DE LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CORRESPONDE EXCLUSIVAMENTE AL TRIBUNAL QUE CONOCE LA GESTIÓN PENDIENTE

**SÉPTIMO**.- En primer lugar, es preciso destacar que el precepto impugnado establece que:

*"Artículo 506. Las infracciones a este Código y sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas de conformidad a lo dispuesto en los incisos siguientes, según la gravedad de la infracción.*

*Para la micro empresa y la pequeña empresa, la sanción ascenderá de 1 a 10 unidades tributarias mensuales.*

*Tratándose de medianas empresas, la sanción ascenderá de 2 a 40 unidades tributarias mensuales.*

*Tratándose de grandes empresas, la sanción ascenderá de 3 a 60 unidades tributarias mensuales.*

*En el caso de las multas especiales que establece este Código, su rango se podrá duplicar y triplicar, según corresponda, si se dan las condiciones establecidas en los incisos tercero y cuarto de este artículo, respectivamente y de acuerdo a la normativa aplicable por la Dirección del Trabajo.*

*La infracción a las normas sobre fuero sindical se sancionará con multa de 14 a 70 unidades tributarias mensuales."*

**OCTAVO**.- Que, en este sentido la Resolución de Multas, originalmente dio cuenta de la existencia de seis infracciones a la normativa laboral de un grupo de trabajadores, reduciéndose a 5 infracciones, luego de la reclamación administrativa deducida. Así, en razón de delimitar el conflicto de constitucionalidad, es dable hacer presente que no corresponde a este Tribunal la verificación de los hechos que constituirían las infracciones laborales descritas en dicha resolución, como tampoco la calificación de su gravedad. La calificación de la motivación – o ausencia de ella – en el acto administrativo dictado por la Inspección del Trabajo es competencia exclusiva y privativa del juez de fondo, ya que es un asunto de mera legalidad y no un conflicto constitucional (En este sentido existe basta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre la cual es posible destacar las siguientes STC 796 c. 27, STC 896 c. 31, STC 1138 c. 65, STC 1141 c. 5, STC 1193 cc. 5, 6 y 11, STC 1201 cc. 5, 6 y 11, STC 1413 c. 4, STC 1453 cc. 6 y 7, STC 1732 cc. 1 y 2, STC 2225 c. 9, STC 2246 c. 8, STC 2303 c. 7, STC 2344 c. 14, STC 2364 cc. 8 y 9, STC 2702 c. 19, STC

2740 c. 5, STC 2802 c. 8, STC 2716 c. 3, STC 2697 c. 15, STC 2673 c. 16, STC 2693 c. 3, STC 2722 c. 1, STC 2868 c. 18, STC 2799 c. 3, STC 2759 c. 7, STC 2794 c. 16, STC 2983 c. 10Ir a Sentencia, STC 2957 cc. 6, 34, 39 a 41, STC 3265 c. 23, STC 3404 c. 23, STC 3309 c. 10, STC 3432 c. 2, STC 3601 c. 5, STC 4381 c. 9, STC 5669 c. 21, STC 4476 cc. 30 y 31, STC 3569 c. 16, STC 4213 c. 16, STC 4785 cc. 23 y 24, STC 7182 c. 7, STC 3470 c. 16, STC 3630 c. 29, STC 4914 c. 10, STC 5808 cc. 9, 10, STC 5809 cc. 9, 10, STC 5810 STC 5894, cc. 9, 10 STC 6212, cc. 7, 8 STC 7668, STC 12 STC 9793, STC 10152 STC 9592).

## III. EL ARTÍCULO 506 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO OBLIGA A PONDERAR LOS HECHOS JUNTO CON FIJAR EL RANGO DE LA MULTA, EN CONFORMIDAD A LA NORMATIVA Y PRINCIPIOS JURÍDICOS EN MATERIA LABORAL.

**NOVENO.**- En segundo lugar, el artículo 506 del Código del Trabajo establece un criterio para la determinación de la multa: la gravedad de la infracción. Dicha norma establece explícitamente que *"las infracciones (…) serán sancionadas (…) según la* ***gravedad*** *de la infracción*" (énfasis agregado). Así, resulta evidente que se cumple con la exigencia de que exista un parámetro o criterio explícito que oriente la labor de la autoridad administrativa o del juez para determinar la severidad de la sanción.

**DÉCIMO.**- Además, la norma permite la flexibilidad suficiente para que la autoridad administrativa - en este caso, la Dirección del Trabajo -, el Tribunal de instancia y los Tribunales Superiores de Justicia, revisando lo obrado, puedan determinar el tipo de sanción y la severidad de la sanción específica - en este caso, la cuantía de la multa- en base a criterios o parámetros fijados en forma previa por parte del legislador.

En efecto, el criterio de la *"gravedad de la infracción*" puede ser ponderado por el órgano administrativo y los tribunales de justicia en función al resto de las normas del Código del Trabajo y a los principios que inspiran la legislación laboral. La lectura de dicho concepto no puede ser realizada de manera aislada, en atención al objeto de protección de la normativa del trabajo que tutela la norma impugnada.

**UNDÉCIMO.**- De hecho, en el caso concreto, la Inspección del Trabajo impuso cinco multas. Como se aprecia, en las dos primeras multas, el órgano administrativo aplicó un criterio de ponderación de la gravedad de la infracción, toda vez que impuso multas de 40 UTM en circunstancias que podía aplicar un máximo de 60 UTM, en cada una de ellas, en tanto en las demás estimo aplicar el monto máximo. Esto sirve de antecedente para considerar que no resulta absoluta la imposibilidad de ponderación o proporcionalidad en la aplicación de las multas asociadas a dichas infracciones, y en cambio el requerimiento pareciera más cercano a un reproche del quantum de las multas aplicadas, lo que corresponde privativamente al Tribunal que conoce el caso concreto, como ya hemos indicado anteriormente.

## IV. EL ARTÍCULO 506 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO SE JUSTIFICA EN ENTREGAR UNA DISTINCIÓN, CUYO OBJETO ES ESTABLECER CRITERIOS PARA GRADUAR TÉCNICAMENTE LAS MULTAS Y, PARTICULARMENTE SU MONTO.

**DUODÉCIMO.**- Que, al contrario de lo señalado por el requirente, la norma contiene un criterio explícito para la aplicación de las sanciones, delimitando los espacios de discreción del juez u órgano administrativo, al fijar el tamaño de la empresa infractora como criterio para la aplicación de sanciones conforme a la gravedad del hecho.

De acuerdo con dicho criterio, la norma establece un parámetro escalonado, con una multa mínima y máxima, que permiten al órgano administrativo y al juez su determinación dentro de ese rango. De esta forma, a mayor tamaño de la empresa en relación con su cantidad de

trabajadores, conforme al artículo 505 bis del Código del Trabajo, mayor será el tope de la multa que puede aplicar el órgano administrativo o Tribunal.

**DECIMOTERCERO.**- Que, desde ya se debe anticipar que el criterio referido a la capacidad económica de la empresa y su número de trabajadores, es un asunto que se ha tenido en consideración en la configuración legislativa de diferentes materias laborales, así, por ejemplo, en la tramitación de la Ley Nº 19.759, que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación a los Derechos Fundamentales del trabajador y a otras materias que indica, en su discusión legislativa senador señor Valdés precisó que *"La reforma que se plantea se hace cargo de la heterogeneidad de nuestro sistema productivo, que no es solamente uno de grandes empresas, sino también múltiple, en cuanto a actividades distintas y a tamaño de aquéllas. Debe considerarse –y así lo dice el proyecto– la diferencia entre la capacidad y fortaleza de las empresas"* (Historia de la Ley Nº 17.759, Primer Trámite Constitucional Senado. Discusión en Sala. Fecha 10 de abril del 2001. Diario de Sesión 35. Legislatura 343).

**DECIMOCUARTO.**- En este sentido, este Tribunal ha señalado que *"esta regulación cumple con el principio de proporcionalidad, por las siguientes razones: a) El fin de la norma sancionatoria es constitucionalmente legítimo, en razón que lo que se persigue es proteger el trabajo. b) No existe una medida menos gravosa que produzca el mismo efecto. Al no existir en nuestro ordenamiento sanciones penales por infracción a la legislación laboral, las multas administrativas resultan adecuadas. c) Desde la perspectiva de la proporcionalidad en sentido estricto, la medida de establecer el monto de la multa en razón al tamaño de la empresa, se optó por este mecanismo de acuerdo a la capacidad de cada empresa"* (ver STC 2671-14, considerandos vigésimo tercero al vigésimo quinto). Asimismo, es fundamental destacar que el precepto impugnado contiene la previsibilidad esencial de la conducta sancionada; en el requerimiento, las infracciones denunciadas y las multas impuestas están fundadas en preceptos legales que establecen claramente la conducta debida, sin perjuicio que será función del Juez del Fondo discutir su monto y concurrencia.

**DECIMOQUINTO.**- Sin embargo, es necesario relevar que la norma impugnada no establece una única multa, sino un marco para que el juez u órgano administrativo pueda ponderar, conforme al criterio de gravedad, la sanción que resulta aplicable al caso concreto. Más aún, y como se ha señalado en sentencias anteriores, la Inspección del Trabajo, al momento de aplicar la multa no actúa arbitrariamente, por cuanto está obligada a ajustarse al denominado *Tipificador de Hechos Infraccionales y Pauta para Aplicar Multas Administrativas* (en este sentido, STC Nº 9604-20, considerando decimonoveno). Dicha directriz interna de la Dirección del Trabajo busca, precisamente *"que las numerosas reparticiones administrativas a lo largo del país lo hagan de una manera razonablemente uniforme y predecible"* (en este sentido, la STC Nº 9604-20, considerando 23º de la prevención al rechazo del requerimiento).

**DECIMOSEXTO.**- Por último, en relación con este punto, si es que la empresa sancionada considera que el criterio de gravedad ha sido ponderado de manera incorrecta por el órgano administrativo o judicial, el Código del Trabajo le franquea las instancias jurisdiccionales para su reclamación ante el juez competente o, eventualmente, los Tribunales Superiores de Justicia, conforme a las normas del artículo 503, y demás pertinentes de dicho cuerpo normativo.

## V. EN CASO DE DECLARARSE INAPLICABLE LA NORMA IMPUGNADA NO ES POSIBLE ESTABLECER SANCIONES, LO QUE AFECTA EL DEBIDO RESGUARDO LA SEGURIDAD Y PROTECCIÓN A LOS TRABAJADORES.

**DECIMOSÉPTIMO.**- El concepto de sanción administrativa, siguiendo la idea de Kelsen, se atribuye a cualquier resultado normativo adverso a un ciudadano como efecto jurídico punitivo designándolo como si fuera una sanción (Cano Campos, Tomás (2011) ¿Es una sanción la retirada

de puntos del permiso de conducir? RAP, Nº 1984, pp. 101-103). De tal modo, la doctrina ha comprendido que diferentes figuras, tales como la revocación de actos favorables, la pérdida de derechos, prohibiciones temporales, inhabilidades generales o especiales para participar en procesos concursales o de selección de empleo público, o de inhabilitación de contratación pública, sean rotuladas como sanciones administrativas (Rebollo Puig, Manuel (2010) "Sanciones pecuniarias" en Lozano Cutanda, Blanca, Diccionario de sanciones administrativas , Iustel, Madrid, p.p. 985-1000). Por cuanto, corresponderá comprender la "multa" como una sanción administrativa pecuniaria que "(…) permite encauzar la conducta de los administrados hacia los objetivos perseguidos por la regulación" (SOTO DELGADO, PABLO. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. Ius et Praxis, 22(2), 189-226. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200007).

*Así "(…) un régimen sancionatorio efectivo respalda las advertencias del regulador y la sola existencia de sanciones inducirá a menudo el cumplimiento sin la necesidad de invocarlas formalmente" (*Op. Cit.) de tal forma que el modelo sancionador requerirá que la administración pueda emplear diversas herramientas de intervención, cuyos grados se ordenen de acuerdo con su intensidad.

**DECIMOCTAVO**.- De tal modo, desde una óptica funcional del derecho público, la sanción administrativa referida encuentra su fundamento en el artículo 6 de la Constitución, toda vez que este implica un mandato de sometimiento, pero a su vez entrega la facultad de exigir su cumplimiento, estableciendo con ello un imperativo de eficacia (recogido en el artículo 3, 11, 53 y 62 de la Ley Nº 18.575, Orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado).

Lo anterior significará que tanto el legislador, como la Administración, están sujetos a cumplir los objetivos que las normas han dispuesto, y una de las herramientas para ello, serán las sanciones administrativas que, junto a otras medidas no sancionatorias, deben ser responsivas para no frustrar los objetivos que se persiguen mediante su establecimiento.

**DECIMONOVENO**.- En consecuencia, el cumplimiento efectivo del derecho será un imperativo constitucional, por tanto, es función del legislador articular instituciones que dispongan de flexibilidad al ejercer su potestad, dotando a la Administración de herramientas funcionales y de una discrecionalidad adecuada para la aplicación de sanciones ante la verificación de infracciones a las disposiciones previstas en la ley.

**VIGÉSIMO**.- A este respecto, la Organización Internacional del Trabajo, ha señalado, entre otras cosas *"Que multa constituya un medio eficaz para hacer respetar la ley o disuadir las violaciones depende de varios factores, y quizás el más importante sea probablemente su cuantía. Cuando la multa está prevista en la ley, la cuantía se calculará en función de las circunstancias económicas en las que funciona la empresa. Una multa de poca cuantía será probablemente ignorada o influirá poco o nada en el comportamiento del empleador. Sin embargo, si la cuantía es demasiado elevada y se aplica por la fuerza, puede llegar a poner en peligro la viabilidad de la empresa y el trabajo de sus empleados"* (Vega, María; Robert, René. Sanciones de la Inspección del Trabajo: Legislación y práctica de los sistemas nacionales de Inspección del Trabajo. Documento de trabajo Nº 26 (2013) Programa sobre Administración e Inspección del Trabajo. Organización Internacional del Trabajo-Ginebra), en tal circunstancia "las multas deberán estar en constante revisión y ajuste periódico, para garantizar su objetivo" (Conferencia Internacional del Trabajo, 95a. reunión, 2006, Informe III (Parte 1B), CEACR Estudio General, párrafo 295).

**VIGÉSIMO PRIMERO**.- Finalmente, es necesario recalcar que la declaración de inaplicabilidad de la norma requerida significaría, en la práctica, la eliminación de la aplicación de sanciones contra el requirente. De esta manera, lo solicitado por el requirente - el respeto por el mandato

constitucional de legalidad o proporcionalidad – no es congruente con la declaración de inaplicabilidad del artículo 506 del Código del Trabajo.

**VIGÉSIMO SEGUNDO**.- El efecto de la declaración de inaplicabilidad es impedir que el Juez que conoce de la gestión pendiente aplique la norma en el caso concreto. Por tanto, de no existir una norma que establezca la sanción en caso de infracciones a las normas del Código del Trabajo, el Juez o Tribunal que conocerá de la gestión deberá acoger el reclamo de ilegalidad que se interponga contra la sanción aplicada, al no existir norma legal que habilite su imposición, lo que atenta a la protección que el Derecho Laboral le debe brindar a los trabajadores, así como a la deferencia que este Tribunal le debe al legislador.

**VIGÉSIMO TERCERO**.- Por lo anteriormente expuesto, consideramos que el presente requerimiento debe rechazarse.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

[…]

**SENTENCIA ROL 13.300-2022.** *Publicada el 28 de diciembre de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 73 y 79, incisos primero y final, del decreto Ley N° 1094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile. Sky Airline S.A. En el proceso Rol N° 69.485-2022- protección, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

**VOTO MAYORÍA**

[…]

## PRIMERA PARTE

**Impugnación a los artículos 73 y 79, inciso primero, del D.L. N° 1.094, de 1975.**

## I. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO CONCRETO

**PRIMERO**.- Juan Ignacio Alcalde Guzmán, abogado en representación de Sky airline S.A., dedujo acción de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 73 y 79 (incisos primero y final) del Decreto Ley Nº 1.094, que establece normas sobre Extranjeros en Chile, a fin de que dichos preceptos legales sean declarados inaplicables en la gestión pendiente que se tramita ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol Nº 69485-2022 (Protección).

**SEGUNDO.**- La actora, precisa que la gestión pendiente en que incide el presente requerimiento es un recurso de protección interpuesto por Sky Airline S.A., en contra del Servicio Nacional de Migraciones, a través del cual se impugnan resoluciones mediante las cuales le cursaron multas por un total de $140.457.717, que la autoridad recurrida habría dictado en aplicación de las normas legales que se impugnan en estos autos.

**TERCERO.**- Que, en este sentido, la requirente precisa que la aplicación de los preceptos referidos, infringen la Constitución, conforme a los siguientes fundamentos:

a. **El artículo 79 inciso primero del D.L Nº 1.094 contempla un trámite de audiencia previa meramente eventual, con lo cual se infringe el derecho al procedimiento racional** y justo. En este sentido, a fs. 11 y siguientes, el actor señala que la falta de obligatoriedad de la "audiencia previa" ha posibilitado que el Servicio Nacional de Migrantes haya dictado 46 resoluciones Sancionatorias sin haberle otorgado la posibilidad de formular descargos, presentar sus defensas y de ofrecer, solicitar o rendir pruebas. A reglón seguido, el actor sostiene que la norma que solicita inaplicar, concibe al támite de audiencia previa como una simple facultad discrecional de la autoridad administrativa, y no como un imperativo, como, a su juicio, sería adecuado conforme a la racionalidad y justicia del procedimiento. Finalmente, la requirente sostiene que, al amparo del preceto recurrido, el Servicio Nacional de Migraciones (i) no puso a su representada, en conocimiento de los hechos, sino hasta la notificación de las resoluciones sancionatorias; (ii) No le otorgó una audiencia previa u otra instancia para poder presentar su defensa; y (iii) no le permitió presentar pruebas, ni solicitar diligencias probatorias.

b. **El artículo 79 inciso final del D.L Nº 1.094, impone la obligación de consignar el 50% del monto de la multa para poder deducir un recurso administrativo, lo cual vulnera el artículo 19 Nº 3 y 26 de la Constitución.** El requirente sostiene, a fs. 14 y siguientes, que la exigencia de efectuar una consignación previa y obligatoria para los efectos de presentar un recurso de reconsideración administrativa es contraria a la constitución, como ya lo habría resuelto este Excelentísimo Tribunal en STC Rol 7587-19, c. 8º. En este sentido, la actora arguye que, si bien el precepto legal que se pide inaplicar no importaría una privación al derecho a interponer el recurso administrativo, sí constituye una perturbación al ejercicio de tal derecho, que carece, a su entender, de justificación constitucional.

c. **El artículo 73 del D.L Nº 1.094, vulnera el principio de proporcionalidad.** En este sentido, la requirente precisa que el precepto impugnado contempla multas que van, en el caso del inciso 1º, de 1 a 20 sueldos vitales, y en el caso del inciso 2º, de 10 a 50 sueldos vitales. Al respecto, a fs. 16, señala que las resoluciones sancionatorias no explican cómo se precisó el quantum de las multas; así como tampoco se indica la naturaleza de los documentos que los pasajeros habrían carecido al ingresar a Chile, lo cual serviría como herramienta para ponderar la gravedad de la conducta reprochada. Con todo, argumenta que, las multas cursadas a su representada, son desproporcionadas, lo que habría sido propiciado por el artículo 73 impugnado en autos, toda vez que el precepto no fija parámetros para graduar la sanción dentro del rango que prevé, y determinar de forma objetiva el monto que corresponde aplicar en cada caso concreto.

## II. SOBRE EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL CASO CONCRETO.

**CUARTO.**- Que, desde ya resulta oportuno precisar que la sentencia de inaplicabilidad no es la sede para verificar un control abstracto y general sobre la preceptiva impugnada. Al contrario *"(…) el control de inaplicabilidad es una acción que tiene por objeto declarar que un precepto legal invocado como norma de aplicación decisiva en un caso concreto en litis, es o no contrario a la Constitución y que, en consecuencia, no puede ser aplicado por el Juez que conoce del asunto cuando el requerimiento sea acogido"* (Pica Flores, Rodrigo. (2010). Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: Los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional. Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 33). Por cuanto, el análisis en este voto se restringirá a la aplicación del precepto impugnado al caso concreto, para lo cual esta sentencia resolverá aquello que dice relación con la aplicación delos artículos 73 y 79, inciso primero, ambos del D.L Nº 1.094, singularizado precedentemente, es decir, con **(a)** el

principio de proporcionalidad punitiva en las sanciones administrativas y, por otra parte, **(b)** la racionalidad y justicia del procedimiento, en relación con el principio de contradictoriedad y el de impugnación, aplicables a todos los estatutos.

## III. LA REQUIRENTE TIENE CONOCIMIENTO DE LAS CARGAS ASOCIADAS A LA ACTIVIDAD COMERCIAL QUE DESARROLLA.

**QUINTO**.- Que, el asunto relativo a las "cargas públicas" no es una discusión nueva para este Excelentísimo Tribunal Constitucional, pues como se evidenciará, existe una basta conceptualización en su jurisprudencia. Así, por una parte, se ha distinguido entre cargas "personales" y "reales" precisando, a tal efecto, que ellas son *"(…) todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador, debiendo ser repartidas entre todos los llamados a soportarlas, de manera igualitaria y equitativa. Por lo que la igualdad ante las cargas públicas que asegura la Constitución es, pues, una aplicación del principio general de isonomía o de igualdad ante la ley"* (STC 790 c. 38).

**SEXTO**.- Luego, en la progresión jurisprudencial de este Tribunal, se ha entendido que las cargas públicas *"(…) pueden ser personales, cuando importan el ejercicio obligatorio de una actividad que se impone a la persona por el ordenamiento jurídico, o patrimoniales, cuando suponen una afectación patrimonial que también debe ser soportada obligatoriamente por la persona, como las multas o sanciones en dinero que imponen las autoridades dotadas de potestades fiscalizadoras. La igualdad ante las cargas públicas que asegura la Constitución es una aplicación del principio general de igualdad ante la ley"* (STC 755 c. 48) (En el mismo sentido, STC 1254 c. 69). En esta línea argumentativa, las cargas reales son "restricciones o gravámenes a la propiedad" (ver en este sentido, causas Roles 2487-13 y 56-1988) establecidas por ley, para ciertas actividades económicas. Limitación que encuentra fundamento Constitucional en el artículo 19 Nº 24, como consecuencia de la función social de la propiedad – la cual puede ser restringida cuando lo exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental-. En tal sentido, es dable destacar que dicha "carga" en primer lugar, no debe ser expropiatoria y, por otra parte, es morigerada por los privilegios o beneficios, implícitos a la actividad que se desarrolla – refiriéndonos al caso de autos, al uso del espacio aéreo de Chile-.

**SÉPTIMO**.- Que, si bien en el caso concreto no se cuestiona la naturaleza o extensión de la obligación -y, por tanto, no es necesario desarrollar el test de lo "mesurado y razonable"-, explicarla permite dejar en evidencia el hecho de que la empresa requirente que se establece, opera y mantiene aeronaves en el territorio nacional, se encuentra sometida a un estatuto especial, caracterizado por el reconocimiento de la soberanía del Estado respecto del espacio aéreo que se encuentra sobre su territorio -artículo 1 del Código Aeronáutico- permite el libre tránsito de las aeronaves, bajo la condición de que este paso sea inofensivo o inocente. De tal modo, sin perjuicio de reconocerse la libre circulación aérea -conforme con el artículo 5 del Convenio de Aviación Civil Internacional- tratándose de servicios aéreos internacionales de carácter regular requieren, para operar en espacio aéreo de otro Estado, su expresa autorización, y lo deberán hacer de acuerdo a las condiciones que la misma autorización fije. En consecuencia, se faculta al Estado a imponer obligaciones que deben responder a criterios de "justicia y razonabilidad" (STC Rol 56, c. 13), sin existir justificaciones adicionales a las que sean precisadas por el Ordenamiento Jurídico para fundamentar su incumplimiento, total o parcial.

**OCTAVO**.- Es por lo anterior que, conociendo sus deberes, y teniendo fundamento y razón suficiente las cargas asociadas al ejercicio de la actividad económica de transporte aéreo, tal circunstancia no puede ser disociada de las alegaciones de inconstitucionalidad, pues los preceptos cuestionados no son sino consecuencia de ello, en lo relativo a establecer disuasorios e institutos adjetivos que aseguren su cumplimiento.

## IV. LA MODALIDAD QUE EL LEGISLADOR HA DETERMINADO PARA CUSTODIAR EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, NO INFRINGE LA PROPORCIONALIDAD ALUDIDA POR LA REQUIRENTE.

**NOVENO.**- Que, como ha sido sostenido y reiterado en la doctrina de este Tribunal Constitucional, desde el año 1996, a partir de la STC Rol 244 *"los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado"* (c. 9). Así, es fundamental la influencia que ha tenido el derecho penal en la configuración del derecho administrativo sancionatorio, por cuanto al ser comprendidos como derivación del ius puniendi del Estado, se hacen aplicables los principios de tipicidad, legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, racional y justo procedimiento, proporcionalidad, entre otros, a fin de encontrar un equilibrio entre la más eficiente y eficaz acción punitiva del Estado y, por otra parte, propender a la promoción y cautela de las garantías de las personas. De tal modo, los principios que la configuran cumplen funciones en una doble faz, es decir, como garantías y, a su vez como elementos de interpretación.

**DÉCIMO.**- Siguiendo la misma línea argumentativa, es dable precisar que el requirente centró su alegación señalando a tal efecto que el artículo 73, inciso primero del Decreto Ley 1.094 -el cual establece que *"Las empresas de transporte que conduzcan al territorio nacional a extranjeros que no cuenten con la documentación necesaria, serán multados con 1 a 20 sueldos vitales por cada pasajero infractor. En caso de reiteración, el Ministerio del Interior, además de aplicar la multa que corresponda, informará al de Transportes, para que éste adopte las medidas o sanciones que sean de su competencia (…)"*- no satisfacería estándares de proporcionalidad previstos por el constituyente.

**UNDÉCIMO.**- Sin perjuicio de lo anterior, el régimen sancionatorio que establecía normas sobre extranjeros en Chile, cumple a juicio de este sentenciador con los estándares precisados por el legislador, toda vez que la ley brinda flexibilidad a la autoridad administrativa, para determinar el quantum de la sanción, estableciendo, incluso, una hipótesis referida al caso de ocurrir reiteración de la conducta reprochada.

De tal modo, la proporcionalidad de las mismas dependerá de la relación entre severidad de la sanción y la gravedad del ilícito, lo cual está íntimamente relacionado con la justicia, elemento central en el lenguaje del inciso sexto del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución. Entonces, la severidad de la sanción permite comunicar el grado de reproche atribuido a la infracción, de modo que mientras más grave sea la conducta, más severa será la sanción. Y, cuando se habla de gravedad de la infracción, es posible hacer referencia a dos componentes claves de dicho concepto: el daño causado y la culpabilidad.

**DUODÉCIMO.**- Que, en este sentido, el daño causado está íntimamente ligado con el incumplimiento en la carga pública a la cual el requirente se encuentra obligado y a la relevancia que se le ha dado.

**DECIMOTERCERO.**- En lo que respecta a la culpabilidad, ella responde a un criterio de responsabilidad personal - objetiva, siendo irrelevante, por tanto, la intencionalidad del infractor ya que no se requiere una conducta dolosa, sino simplemente una infracción en el cumplimiento del mandato legal. Cuestión que, sin dudas, corresponde al Tribunal de Fondo definir, pero permite a este sentenciador descartar dentro de los elementos que se deben considerar para determinar la infracción a la proporcionalidad en la sanción.

**DECIMOCUARTO.**- Por otra parte, otra forma de controlar la potestad discrecional de la administración es mediante la verificación de la razonabilidad de los actos administrativos. En tal sentido, el artículo 11, inciso segundo de la Ley Nº 19.880, establece que los hechos y

fundamentos de los actos administrativos que afecten los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, deberán siempre expresarse en el acto. En ese sentido, la motivación, para servir como una herramienta de control de los actos de la Administración, "debe ser plausible, congruente con los hechos de los que necesariamente ha de partirse, sostenible en la realidad de las cosas y (...) susceptibles de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos" (Fernández, Tomás Ramón (1994), De la arbitrariedad de la Administración, Madrid, Ed. Civitas, p.82).

En consecuencia, corresponderá al Juez de Fondo constatar si el acto administrativo sancionatorio cumplió con su deber de motivación y si aquella resulta pertinente y adecuada.

**DECIMOQUINTO.**- Es por ello que a este respecto el requerimiento ha de ser rechazado, y en específico la impugnación del artículo 73 aludido queda sin sustento, en la medida que la función disuasoria de las multan ha de generar entre otras consecuencias que el pago de la misma ha de ser idealmente más gravoso que la utilidad que pudiese reportar un negocio que infrinja la norma, pues de otra forma las multas pueden transformarse en un costo más y la actividad económica desnaturalizarse al pasar por sobre la ley como parte estructural de la misma, siendo necesario recordar que el derecho de ejercer actividades económicas reconoce límites, siendo prístino e indubitado que en el texto constitucional vigente se reconoce expresamente que el ejercicio legítimo de tal derecho ha de cerificarse cumpliendo con la normativa legal que regule la actividad específica.

**DECIMOSEXTO.**- Así, no resulta inconstitucional el hecho de determinarse una banda de multa como la del precepto cuestionado, ni menos resulta ilegítimo el fundamento de la misma. A su vez, si se considera que la infracción se determina en a propósito del deber de examen de la documentación de cada pasajero, nada tiene de extraño ni de inconstitucional que la multa se determine por pasajero.

## V. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 79, INCISO PRIMERO, NO INFRINGE LA RACIONALIDAD Y JUSTICIA DEL PROCEDIMIENTO

**DECIMOSÉPTIMO.**- La Constitución al asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a defensa jurídica y el derecho al proceso previo legalmente tramitado vino a determinar que, prohibida la autotutela al institucionalizarse la convivencia pacífica, la heterocomposición mediante el proceso jurisdiccional pasará a ser un medio ordinario de resolución de conflictos.

**DECIMOCTAVO.**- Que, el proceso se posicionará como el principal objeto de la función jurisdiccional, que pasará a ser de titularidad del poder estatal, y a la vez el proceso será un derecho, ya que, al estar prohibida la autotutela, el Estado debe garantizar medios eficaces y accesibles para la resolución pacífica de conflictos. De esa forma, el proceso cumplirá dicha función, que en el marco de un Estado de Derecho significará que de ordinario el proceso deberá concluir con una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del conflicto, fundada en derecho, sobre la base de los hechos acreditados en el desarrollo de la contienda. De esta forma, el proceso judicial plantea un estadio superior al discurso jurídico, al tener que acotar una solución que, aunque plantea como idealmente alcanzable, significa un desafío al sentenciador, pues este siempre deberá ajustar su razonamiento, restringiendo su propia idea de justicia, a lo mandatado por la ley.

**DECIMONOVENO.**- En tal orden, uno de los estándares de validez del proceso será el principio de legalidad procedimental: siendo la jurisdicción un poder estatal, es por esencia limitado, y a propósito de ello el proceso será válido en la medida que su sustanciación se desarrolle con el

procedimiento que el legislador ha dispuesto. Ello en consonancia con la función de garantía de los derechos, su configuración como límite al poder y direccionamiento para su ejercicio (En este sentido, Ferrajoli, L. (2009). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. En L. Ferrajoli, J.J Moreso, y M. Atienza. La teoría del derecho en el paradigma constitucional. (2a ed.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo).

VIGÉSIMO CUARTO. Que, de igual forma, en estos puntos el proceso no es un fin en sí mismo, sino que un medio de resolución de conflictos, y así una relación jurídico-procesal será por definición limitada en el tiempo, por lo que dure la tramitación del proceso, que implicará en sí, tiempo, atención y eventualmente afectación transitoria de derechos por la imposición de cargas, medidas cautelares, el transcurso de plazos, etc. Siendo transitoria la relación procesal, y siendo su finalidad resolver un conflicto, será anómalo que los procesos se eternicen, y por ello uno de los elementos del debido proceso es el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, lo cual tendrá diferentes significaciones según la materia, por ejemplo en el área penal o en el área civil, dependiendo de la entidad de la afectación de derechos que el proceso significa y del tiempo razonablemente necesario para tramitarlo y resolverlo en función de su mérito y complejidad.

**VIGÉSIMO**.- En ese orden, la diversidad de materias y tipos de conflictos derivados de las relaciones jurídicas determinan que el legislador esté dotado de una amplia capacidad regulatoria para configurar los procedimientos según las necesidades y caracteres de las diferentes áreas del sistema de fuentes (derechos de familia, del trabajo, civil, del consumidor, penal, etc.). Así, los procedimientos se estructurarán en base a los denominados principios informadores, de los cuales derivarán reglas específicas.

**VIGÉSIMO PRIMERO**.- Que, en tal contexto el requirente intenta impugnar el artículo 79 inciso primero, del DL Nº 1.094, el cual precisa que *"Las multas establecidas en el presente decreto ley se aplicarán por el Ministerio del Interior, mediante resolución administrativa, con el solo mérito de los antecedentes que las justifiquen, **debiéndose**, siempre que ello sea posible, oír al afectado (…)"*. Precisando al efecto que, la aplicación del precepto impugnado devendría en inconstitucional, toda vez que el Servicio Nacional de Migrantes habría dictado 46 Resoluciones sancionatorias sin haberle otorgado la posibilidad de formular descargos, presentar sus defensas y de ofrecer, solicitar o rendir pruebas, infringiendo de tal modo la racionalidad y justicia del procedimiento.

**VIGÉSIMO SEGUNDO**.- Si bien, la Constitución no contiene una norma expresa que defina con diáfana claridad lo que la doctrina denomina "el debido proceso" ha optado por garantizar el derecho al racional y justo procedimiento e investigación, regulando, además, dos de los elementos configurativos del debido proceso. En primer lugar, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. En segundo lugar, que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo. (STC 821 c. 8) (En el mismo sentido, STC 2702 c. 30, STC 2895 c. 3, STC 3297 c. 13, STC 3029 c. 3).

**VIGÉSIMO TERCERO**.- En este contexto, en una extensa experiencia jurisprudencial, ya es un hecho asentado que el legislador *"está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad"* (STC 1411 c. 7) (En el mismo sentido, STC 1429 c. 7, STC 1437 c. 7, STC 1438 c. 7, STC 1449 c. 7, STC 1473 c. 7, STC 1535 c. 18, STC 1994 c. 24, STC 2053 c. 22, STC 2166 c. 22, STC 2546 c. 7, STC 2628 c. 6, STC 2748 c. 14, STC 2757 c. 40, STC 3107 c. 9, STC

3297 c. 13, STC 3309 c. 3309, STC 3171 c. 28, STC 6399 c. 19, STC 7972 c. 56).

**VIGÉSIMO CUARTO.**- De tal modo, la garantía del debido proceso establece un parámetro de exigibilidad mínimo, que implicará que el derecho a un procedimiento previo, racional y justo, y legalmente tramitado, deba contemplar, además, las siguientes garantías *"la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores"* (STC 478 c. 14) (En el mismo sentido, STC 576 cc. 41 a 43, STC 699 c. 9, STC 1307 cc. 20 a 22, STC 1448 c. 40, STC 1557 c. 25, STC 1718 c. 7, STC 1812 c. 46, STC 1838 c. 11, STC 1876 c. 20, STC 1968 c. 42, STC 2111 c. 22, STC 2133 c. 17, STC 2354 c. 23, STC 2381 c. 12, STC 2657 c. 11, STC 2697 c. 17, STC 2687 c. 14, STC 2799 c. 14, STC 2853 c. 16, STC 2757 c. 41, STC 2743 c. 24, STC 2791 c. 24, STC 2983 c. 4, STC 3107 c. 7, STC 3309 c. 28, STC 3119 c. 19, STC 3649 c. 7, STC 5219 c. 10, STC 5418 c. 17, STC 5419 c. 17, STC 6411 c. 11, STC 6962 c. 11, STC 4222 c. 48, STC 5121 c. 13, STC 4379 c. 5, STC 4533 c. 5, STC 4972 c. 5, STC 4988 c. 5, STC 5104 c. 5, STC 5778 c. 5, STC 5993 c. 5, STC 5613 c. 5, STC 5751 c. 5, STC 5979 c. 5, STC 5999 c. 5, STC 6108 c. 5, STC 6163 c. 5, STC 6473 c. 5, STC 6349 c. 5, STC 6353 c. 5, STC 6381 c. 5, STC 6508 c. 5, STC 6750 c. 5, STC 6941 c. 5, STC 7076 c. 5, STC 7228 c. 5, STC 7232 c. 5, STC 7233 c. 5, STC 7311 c. 5, STC 7398 c. 5, STC 7430 c. 5, STC 7606 c. 5, STC 3969 c. 8, STC 4434 c. 55, STC 7641 c. 30, STC 6611 c. 4, STC 7060 cc. 11 y 15, STC 7061 cc. 11 y 15, STC 3625 c. 30, STC 3938 c. 16, STC 3770 c. 35, STC 7203 c. 31). Satisfaciendo así estándares formales y sustantivos, que se erigen como garantía constitucional judicial, con el objeto de evitar que una persona quede en un estado objetivo de indefensión.

**VIGÉSIMO QUINTO.**- Que, las garantías del debido proceso se encuentran establecidas en relación con el ejercicio de la función jurisdiccional, independiente del órgano que la ejerza. De suerte tal que no sólo los tribunales, propiamente tales, formen o no parte del Poder Judicial, ejercen jurisdicción, sino que también lo hacen otros órganos, como algunos que incluso integran la Administración del Estado, al resolver situaciones jurídicas que afecten a las personas y sus bienes. (STC 437 c. 17) (En el mismo sentido, STC 616 c. 18, STC 808 c. 10, STC 1393 c. 7, STC 2111 cc. 16 y 17, STC 5958 c. 4). Así, el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, por ejemplo, debe sujetarse a principios constitucionales básicos. Entre ellos, se ha señalado que es imprescindible que la ley prevea un debido proceso para la aplicación de las sanciones, en cumplimiento del estándar constitucional de un debido proceso, donde el afectado puede ejercer efectivamente sus derechos de defensa, haciendo alegaciones, entregando pruebas y ejerciendo recursos administrativos y jurisdiccionales. (STC 725 c. 19) (En el mismo sentido, STC 1233 c. 13, STC 1413 cc. 26 y 28, STC 2682 c. 9, STC 5958 cc. 3 y 8, STC 3625 c. 31, STC 3056 c. 10, STC 3770 c. 30, STC 7587 c. 12).

**VIGÉSIMO SEXTO.**- Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que en el caso de marras, el DL Nº 1.094, estableció que será suficiente para la aplicación de la multa mediante Resolución Administrativa *"el solo mérito de los antecedentes que la justifiquen"* con lo cual queda claro que el acto de inspección o fiscalización es el ejercicio de la potestad pública de la que se encuentra investido el Servicio, configurándose como un mecanismo para controlar el cumplimiento de normas y actos administrativos que condicionan el desarrollo de la actividad. Así, la inspección puede tener como parámetro de control a las leyes, reglamentos, autorizaciones de funcionamiento, permisos, entre otros.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.**- En este orden, cabe hacer presente que para comprobar la adecuación al ordenamiento jurídico de los derechos y las obligaciones de los particulares se emplean técnicas de recopilación de datos, vigilancia, investigación, entre otras (García Ureta, Agustín. La Potestad Inspectora de las Administraciones Públicas. Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 29).

Por cuanto, debe ser comprendida como una actividad material e instrumental, destinada ex ante, a prevenir el incumplimiento de obligaciones y, ex post, a cumplir una función correctiva.

**VIGÉSIMO OCTAVO.**- Que, en general, las actas de inspección constan de tres partes. La primera de ellas es identificativa de la actuación administrativa que se realiza. En ella se debe registrar el nombre del inspector, sujeto fiscalizado, lugar que se fiscaliza y el motivo por el cual se realiza la actuación. Además, debe quedar constancia de la hora de inicio y de término de la visita inspectiva. Estos datos permiten asociar la actuación a un determinado expediente de fiscalización.

La segunda parte de las actas contiene, en general, una descripción detallada de los hechos que ha observado el inspector y respecto de los cuales ha tomado un conocimiento directo y fehaciente. Se debe tratar de un relato claro y pormenorizado, reflejo de una actividad objetiva de calificación jurídica.

Y, finalmente, el acta debe contener la firma del inspector. Eventualmente, contendrá la firma del sujeto fiscalizado y/o de otros sujetos que hayan participado durante la realización de gestiones de comprobación.

Así, el resultado de la inspección permite dar por establecida la infracción, pero no exime al servicio de establecer cuál es ésta y de fundar su decisión (SCS 5313/2008)". (Sentencia Rol N° 7318, cons. 14°).

**VIGÉSIMO NOVENO.**- Que, en el desarrollo de la actividad administrativa de inspección, en el caso concreto, la autoridad habría identificado, supuestamente, el incumplimiento de obligaciones propias de Sky Airline S.A., procediendo al cobro de multas, a través de Resoluciones administrativas que constan a fojas 1 a 5.

**TRIGÉSIMO.**- En este sentido, es posible destacar que, si bien el precepto impugnado señala que se procederá a la aplicación de multas, bastando para aquello el solo mérito de los antecedentes que las justifiquen. Ello implicará que el acto administrativo deba estar debidamente fundado, pues en caso contrario, el inciso siguiente, correspondiente al mismo precepto impugnado, establece la posibilidad de que *"el afectado pueda interponer recurso fundado de revisión para ante el Subsecretario del Interior, quien se pronunciará de plano o* ***con los nuevos antecedentes*** *que solicite sobre su aceptación o rechazo, pudiendo asimismo, rebajar o aumentar su monto (…)"*. Por tanto, si bien en el diseño del procedimiento administrativo el acto de inspección deviene en la aplicación de multa, sin posibilidad de objetar o ofrecer y rendir pruebas, el mismo artículo, en el inciso siguiente subsana esa situación, al establecer la posibilidad que el subsecretario del interior resuelva la pertinencia y proporcionalidad de la sanción aplicada.

**TRIGÉSIMO PRIMERO.**- Que, de tal forma, se constata que el reclamante goza de todas las garantías del racional y justo procedimiento a lo que cabe agregar lo que se razonará acerca del valor y mérito de la presunción. Pues, incuso luego de la revisión efectuada por el Subsecretario del Interior, ante una resolución que resulte contraria a los intereses del reclamante, el procedimiento podría devenir en un contencioso administrativo de plena jurisdicción, que en su formulación permite incluir revisión de hechos, competencia, casos, formas habilitantes y también el derecho aplicado.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO.**- De esta manera, es posible aducir que procedimiento sancionatorio no atenta contra el debido proceso. Afirmar lo contrario, significa crear un procedimiento administrativo diferente al que el legislador ha previsto, siendo ello contrario al artículo 63.18 de la Constitución. Asimismo, esta alteración del procedimiento significaría su dilación indebida, pues quedará subordinado a lo que se resuelva en un procedimiento administrativo que la ley no prevé" (STC 7318 c. 21), de lo cual es posible concluir que ahí donde ya hay un

procedimiento establecido, el órgano no puede sobrepasar el mandato legal, por cuanto ello significaría una vulneración de la configuración constitucional de la reserva de ley y, por otra parte, el procedimiento cuestionado da luces de los elementos que componen el debido proceso.

**TRIGÉSIMO TERCERO**.- Por otra parte, si la actuación administrativa de inspección fuera comprendida como una presunción, esta no sería de carácter "irreversible", sino que se configuraría como una presunción simplemente legal que admite prueba en contrario, en el marco del ejercicio del derecho a la acción, dentro de un proceso civil, con todo el derecho probatorio del Código de enjuiciamiento del ramo. En consecuencia, la proscripción de las presunciones no es automática ni universal ni menos genérica, está determinada porque la norma que la establece genere un verdadero estado de indefensión para el afectado *"impidiéndole a éste demostrar su inocencia por todos los medios de prueba que le franquea la ley"*, ligando el análisis a la posibilidad de ejercicio del derecho a defensa y a su contenido, que en el caso concreto en nada se ve afectado.

**TRIGÉSIMO CUARTO**.- A su vez, el estándar de proscripción de presunciones en la jurisprudencia de este Tribunal no puede dejar de ser analizado sin alguna referencia a alguna de las presunciones más relevantes del sistema punitivo que han sido conocidas por esta Magistratura. En este sentido, en referencia a la operatividad de la presunción del artículo 4° de la Ley N° 20.000, referida al delito de tráfico de drogas, en la sentencia Rol N° 993, de 13 de mayo de 2008, esta Magistratura razonó:

> *"QUINTO: Que, dentro del criterio de interpretación conforme a la Constitución, el respeto hacia las labores que desarrollan tanto el legislador al elaborar las normas de rango legislativo como la judicatura al aplicarlas, obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental, y sólo en el evento de no ser ello posible, declarar su inconstitucionalidad, criterio que ha sido seguido en las sentencias roles 29, 38, 304, 368, 420, 460 y 681, entre otras.*
>
> *En sede de inaplicabilidad, también, en el caso concreto, "deber de esta Magistratura evitar que el precepto legal impugnado se interprete y aplique de un modo en que efectivamente produzca un efecto contrario a la Constitución" (Sentencia Rol Nº 806);*
>
> *SEXTO: Que, unido a ello, todo precepto legal que se impugne no constituye generalmente una norma aislada, sino que es un enunciado que, puesto en aplicación, guarda relaciones de interdependencia y operatividad con otros, a la luz de los cuales cabe ser interpretado y aplicado;".*

**TRIGÉSIMO QUINTO**.- A este respecto, en la misma sentencia Rol N° 993, de 13 de mayo de 2008, en referencia a la relación de las presunciones con una posible inversión del onus probandi y el estándar de convicción suficiente para emitir una condena, esta Magistratura razonó:

> *"DECIMOTERCERO: Que, en el mismo contexto, hemos de entender por delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley, de conformidad al artículo 1º del Código Penal, debiendo acreditarse entonces, a la luz de la legislación vigente, la ocurrencia del hecho punible, la participación del imputado y su culpabilidad;*
>
> *DECIMOCUARTO: Que de lo anterior se colige que, en virtud de lo expuesto, resulta, por una parte, posible entender y aplicar el precepto antes transcrito de conformidad a la Carta Fundamental, y por otra, no resulta dable concluir que exista una inversión de la carga de la prueba ni un atropello al debido proceso, pues, de todas formas y no habiendo norma en contrario, debe probarse, más allá de toda duda razonable, la comisión del hecho punible y la participación culpable del requirente, sin lo cual no puede ser condenado;*
>
> *DECIMOQUINTO: Que, finalmente, debe descartarse la argumentación del recurrente referida a que la norma objetada contendría una presunción legal de responsabilidad penal que, en su aplicación al caso, pugnaría con la presunción de inocencia ya comentada.*
>
> *Basta para ello recordar que tales presunciones admiten prueba en contrario y que la Constitución, en su artículo 19 Nº 3, inciso sexto, sólo prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal;"*

**TRIGÉSIMO SEXTO.-** Debe señalarse entonces que, si para la jurisprudencia de este Tribunal en materia penal es admisible una presunción simplemente legal incluso en un delito sancionado con pena aflictiva, no resulta entonces coherente ni acertado sostener que en materia administrativa sancionatoria las mismas normas garantistas de la Constitución signifiquen que las haya proscrito. Adicionalmente, es dable concluir que el estándar precedentemente expuesto se encuentra cumplido en el caso concreto.

**VI. CONCLUSIONES**

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO.-** Es por lo expuesto que el requerimiento ha de ser rechazado, pues no se verifican las infracciones a la Constitución que se denuncian.

**SENTENCIA ROL 9399-20.** *Publicada el 28 de mayo de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 125, numeral 1), tercer párrafo, oración final, de la Ley General de Pesca y Acuicultura. Héctor Sáez Riffo. En el proceso Rol C-2355-2019, del 2° Juzgado Civil de Talcahuano, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Concepción bajo el Rol Nº 1637- 2020- Civil.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO y NELSON POZO SILVA, de la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por rechazar** el requerimiento, por las siguientes razones:

**I. MARCO CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTACIÓN DEL ORDENAMIENTO PESQUERO**

**1°.-** Es necesario recordar que siendo la pesca una actividad económica amparada por el ejercicio de la libertad del numeral 21° del artículo 19 de la Constitución Política, para que el ejercicio de actividades económicas pueda ser calificado como legítimo debe ser respetuoso de las normas legales que regulen tal actividad. Además de ello, no puede omitirse que el numeral 8° del mismo artículo 19 alude al medio ambiente como objeto de protección constitucional, no solamente respecto del fenómeno de la contaminación, sino también al establecer como "deber del Estado" el de "tutelar la preservación de la naturaleza", agregando una reserva específica y habilitante, en orden a que "La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente", que se ve complementada en la propia constitución, en el numeral 24° del mismo artículo, al limitar el derecho de propiedad con la función social que se le asigna, la cual incluye "la conservación del patrimonio ambiental".

**2°.-** A su vez, la extracción racional, controlada y sustentable de los recursos pesqueros es un deber del Estado Chileno en función del derecho internacional público, con diversas fuentes convencionales y no convencionales de obligaciones generales y específicas en orden al resguardo de la sustentabilidad, la recuperación de las pesquerías, los métodos de pesca, la protección de especies y otras materias. A este respecto, es necesario mencionar, entre otras, las siguientes fuentes:

Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (suscrita por Chile el 10 de Diciembre de 1982, ratificada el 28 de Agosto de 1997 y publicada el 18 de noviembre de 1997), Código Internacional de Conducta para la Pesca Responsable (norma voluntaria) (Aprobada en 1995 por la FAO), Acuerdo para Promover el Cumplimiento de las Medidas Internacionales de Conservación y Ordenación por los Buques Pesqueros que pescan en Alta Mar (Aprobado mediante Resolución 15/93, de la FAO, el cual entró en vigor el 24 de abril de 2003, fecha en que el Director General recibió el 25º instrumento de aceptación), Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (10 de Diciembre de 1982, relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y Altamente Migratorias o Acuerdo de Nueva York; ratificado mediante Decreto Nº 31, promulgado el 08 de marzo del 2016 y publicado el 21 de septiembre del 2016), Comisión de Pesca Continental para América Latina (COPESCAL, creada en Roma en 1976 por la resolución 4/70 de la Septuagésima Sesión del Consejo de la FAO), Convención sobre la Diversidad Biológica (CBD, suscrita en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 y ratificada por Chile en 1994. Chile ratificó el Convenio sobre la Diversidad Biológica el 9 de septiembre de 1994, mediante Decreto Supremo Nº 1.963 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el que fue publicado en el Diario Oficial con fecha 6 de mayo de 1995.), Convención de Wellington sobre Prohibición de Pesca con Redes de Enmalle y Deriva de Gran Escala en el Pacifico Sur (Suscrita en Wellington el 20 de octubre de 1990 y ratificada por Chile el 1° de noviembre de 1991), El Protocolo II de la Convención sobre Prohibición de la Pesca con Redes de deriva y de gran escala en el Pacifico Sur (promulgado el 09 de diciembre de 1993 y publicado el 03 de marzo del año 1994), Convenio para la Protección del Medio Marino y la Zona Costera del Pacífico Sudeste, de 1981(ratificado mediante Decreto Nº 296, promulgado el 07 de abril de 1986 y publicado el 14 de junio de 1986)

**3°.-** A su vez, el denominado principio preventivo - Con base a la Declaración de Río, se dispone la prevención como un principio en materia ambiental, este principio lo anuncia como proceso de efectuar una evaluación de impacto ambiental, como instrumento nacional respecto a toda actividad que posiblemente produzca un impacto desfavorable, dañino e irreparable en el medio ambiente y la cual esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente (Declaración de Río, Principio 17)- (en este sentido ver a Silva Hernández, Francisca. (2019). Principio de prevención y precautorio en materia ambiental. Revista Jurídica Derecho, 8(11), 92-106. Recuperado en 06 de agosto de 2020, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413281020190002000006&lng=es&tlng=es.) en materia de medio ambiente no puede ser omitido en el análisis de esta materia, pues la magnitud y posible irreversibilidad del daño al medio ambiente llevan a que la regulación deba tender a evitar en primer término y solamente en segundo a reparar, pues la idea es que el medio ambiente sea protegido, lo que significa normar en orden a impedir el daño y la alteración << permite anticiparse en las causas a la producción del daño ambiental.>> (en este sentido ver a OLIVARES GALLARDO, ALBERTO. (2016). LOS PRINCIPIOS AMBIENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA ROL N° 2684-2014). Estudios constitucionales, 14(2), 435-460. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200014). Este principio se encuentra presente como una de las finalidades de la legislación chilena, al ser aludido específicamente en el Mensaje de la Ley N° 19.300.

**4°.-** De igual forma, en concreción de los principios ya enunciados, el sistema chileno descansa en diversos instrumentos regulatorios esenciales para el control efectivo de la extracción, entre los cuales está la asignación de cuota por la autoridad (por medio de Decreto Supremo fundado, de acuerdo al artículo 3° letra c) de la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura) y la

declaración de lo extraído en el desembarque (la declaración de desembarque se establece y regula en el Decreto Supremo N°129/2013, del Ministerio de Economía, que Establece reglamento para la entrega de información), lo cual cumple varias funciones, entre otras el control de la cuota de extracción. En este sentido, por obvio que parezca, la extracción pesquera con fines económicos está precedida de autorizaciones o permisos, que además implican recursos específicos y cuotas, cuestiones que son previas al hecho de pescar, por lo que deben ser conocidas por quien verifica la actividad extractiva de buena fe y en cumplimiento de la legalidad vigente.

**5°.-** Que, antes de comenzar a realizar el análisis sobre si, en el caso concreto, existe efectivamente un conflicto entre la aplicación del precepto impugnado en el requerimiento y la Constitución, es del todo necesario referirse a los objetivos de la Ley Nº 18.892, General de Pesca y Acuicultura, y del sistema infraccional y sancionatorio de carácter especial previsto en ella, en el cual se incorporan la norma que busca ser inaplicada.

Conforme a lo establecido en el artículo 1-B, de la Ley Nº 18.892, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.892, de 1989 y sus modificaciones, ley General de Pesca y Acuicultura, esta norma tiene por objetivo *"la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrográficos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos"*.

De acuerdo a la finalidad recién prevista, mediante la Ley Nº 18.892 se regulará *"(...) la preservación de los recursos hidrobiológicos, así como toda actividad pesquera extractiva, de acuicultura e investigación (…)", así como también "(…) las actividades pesqueras de procesamiento y transformación, el almacenamiento, transporte o comercialización de recursos hidrobiológicos (…)"* (Artículo 1 de la Ley Nº 18.892, sobre Ley General de Pesca y acuicultura).

**6°.-** Con todo, es posible verificar que el legislador ha sentado especial énfasis en el ámbito de la sustentabilidad de los recursos hidrobiológicos, el acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal, así como para la investigación y fiscalización. En virtud de aquello, la Ley Nº 18.892, tras la modificación incorporada mediante la Ley Nº 20.657, incorporó en el artículo 107 de la Ley Nº 18.892, que antes ya reconocía la prohibición de capturar, extraer, poseer, propagar, transportar y comercializar, agregó la restricción de "tener, almacenar y transportar" (Artículo 1 Nº 79) recursos hidrobiológicos con infracción de las normas que establece la Ley.

**7°.-** Que, el artículo 108 de la Ley 18.892, establece sanciones al infractor que incurra en las acciones señaladas en el considerando precedente, medidas que podrán ir desde "(a) multas; (b) suspensión o caducidad del título del capitán o patrón; (c) clausura de los establecimientos comerciales o industriales; (d) Comiso de las artes y aparejos de pesca con que se hubiere cometido la infracción y de los medios de transporte; (e) Comiso de las especies hidrobiológicas o de los productos derivados de éstas", según corresponda.

**8°.-** Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley Nº 18.892, "*A las infracciones de las normas de la presente ley y sus reglamentos, o de las medidas de administración pesquera adoptadas por la autoridad, que no tuvieren prevista una sanción especial se les aplicará una multa equivalente a una o dos veces el resultado de la multiplicación del valor de sanción de la especie afectada, vigente a la fecha de la denuncia, por cada tonelada o fracción de tonelada, de peso físico de los recursos hidrobiológicos objeto de la infracción, y el comiso de las especies hidrobiológicas (…) A las infracciones que no pudieren sancionarse conforme a lo dispuesto precedentemente se les aplicará una multa de 3 a 300 Unidades Tributarias mensuales (…)*".

Asimismo, el artículo 119 de la misma ley establece que *"El que transporte posea, sea mero tenedor, almacene o comercialice especies hidrobiológicas bajo la talla mínima establecida o recursos hidrobiológicos vedados o extraídos con infracción de la letra c) del artículo 3 o de la cuota establecida en virtud del régimen artesanal de extracción y los productos derivados de éstos, será sancionado con*

*una multa equivalente al resultado de multiplicar hasta por dos veces el valor sanción de la especie respectiva, vigente a la fecha de la denuncia, por la cantidad de recursos hidrobiológicos objeto de la misma, reducidos a toneladas de peso físico, con el comiso de las especies hidrobiológicas y medios de trasporte utilizados, cuando corresponda, y, además, con la clausura del establecimiento o local en que se hubiere cometido la infracción, por un plazo no inferior a tres ni superior a treinta días (…)".*

**9°.-** Que, el conocimiento de los procesos por infracciones de la Ley Nº 18.892, *"(…) corresponderá al Juez Civil con competencia en la comuna donde se hubieren cometido o donde hubiese fijado el principio de ejecución"* (artículo 124 de la Ley 18.892).

**10°.-** Que, conforme lo ha señalado con anterioridad esta Magistratura *"(…) tanto la finalidad de la Ley General de Pesca como las restricciones que impone a los particulares están determinadas por razones constitucionalmente legítimas y plenamente admisibles.*

*En efecto su objetivo en el inciso cuarto del artículo 1º de la Constitución; a la obligación que pesa sobre el Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, comprendida dentro del precepto que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 Nº 8); a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes que son susceptibles de apropiación (art. 19 Nº 23, inciso primero) y a la exigencia de que una ley de quórum calificado, y cuando lo exija el interés nacional, puede imponer condiciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes (inciso segundo) como ocurre justamente con los recursos hidrobiológicos a que se refiere la Ley de Pesca, en razón de que su explotación excesiva puede poner en peligro su preservación; a lo dispuesto por el art. 19 Nº 21 de la Constitución, disposición que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional "respetando las normas legales que la regulen", lo cual ha llevado a la Ley de Pesca a imponer ciertos límites a la actividad de transformación y comercialización de los recursos hidrobiológicos y, en especial, a los que se encuentran en veda con el objeto de lograr su conservación e impedir su sobre explotación"* (STC ROL 4074-2017, Considerando tercero).

**11°.-** Que, en este orden, la existencia de potestades de policía administrativa, fiscalizadoras, sancionatorias e investigativas en materia pesquera, que después están sometidas a revisión judicial por vía de reclamación, no es una decisión incausada ni menos graciosa ni caprichosa por parte del legislador, sino que obedece al imperativo de cumplir los estándares constitucionales e internacionales ya referidos precedentemente, debiendo tenerse presente que la necesidad de sistematicidad, coherencia y eficacia de la legislación en esta materia es importantísima, pues debe lograr objetivos ambientales e internacionales en un área en la cual las infracciones pueden ser irreversibles: los recursos vivos extraídos del mar mueren, no pueden ser devueltos vivos al mar una vez verificada la infracción a derecho y la extinción de las pesquerías y alteración del medio ambiente es un riesgo evidente, que afecta no solo al territorio del Estado sino que a ecosistemas y especies que exceden la delimitación de las fronteras marítimas.

Así, causas de estas materias no deben ser vistas exclusivamente en la perspectiva del derecho administrativo sancionador, sino que también en perspectiva ambiental, en clave de sustentabilidad, explotación racional y cumplimiento de obligaciones de derecho internacional del mar. De tal forma, la normativa cuestionada no puede ser considerada arbitraria ni menos carente de razonabilidad legislativa ni menos carente de sustento en la Carta Fundamental.

## II. ACERCA DEL PROCEDIMIENTO RACIONAL Y JUSTO RESPECTO DEL ARTÍCULO 125 DE LA LEY Nº 18.892

**12°.-** Que, el artículo 125 de la Ley Nº 18.892, establece un procedimiento especial aplicable al caso de infracciones a la ley, que se ventilan ante los juzgados civiles con jurisdicción en las comunas donde aquellas se hubieren cometido o hubiesen tenido principio de ejecución. Para tal efecto, obliga a los funcionarios del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA)

y al personal de la Armada y de Carabineros que sorprenda infracciones a las normas de la ley y sus reglamentos o de las medidas de administración pesquera adoptadas por la autoridad, a denunciarlas al juzgado y disponer la citación del infractor, con indicación de la ley o el reglamento infringido y el área del mar en que la transgresión se hubiere cometido, cuando corresponda.

**13°.-** Adicionalmente, cabe mencionar, como ya lo ha hecho este Tribunal respecto del análisis de la misma norma (ver sentencia Rol N° 7138, cons. 22°), que la Ley General de Pesca y Acuicultura contiene una regulación lo suficientemente garantista como para descartar la pretensión de que no respetaría las garantías del debido proceso. En efecto, el análisis de las diversas disposiciones de los numerales del texto del artículo 125 reconoce los derechos al emplazamiento de los infractores, a ser oídos, a rendir prueba, incluida la testifical, a observar la prueba rendida por la contraparte, se faculta también al juez para disponer las medidas para mejor resolver que estime del caso, a revisar lo resuelto ante el tribunal superior por la vía del recurso de apelación y además el tribunal de alzada puede admitir limitadamente pruebas que no hayan podido rendirse en primera instancia, con potestades adicionales para emitir pronunciamiento sobre el fondo y también sobre la validez de lo obrado, disponiendo la aplicación supletoria de las normas del Título I y II del Código de Procedimiento Civil, con las excepciones expresas que contempla.

**14°.-** De tal forma, se constata que el reclamante goza de todas las garantías del racional y justo procedimiento a lo que cabe agregar lo que se razonará acerca del valor y mérito de la presunción. Además, cabe observar que el reclamo judicial que constituye la gestión pendiente es un contencioso administrativo de plena jurisdicción, que en su formulación permite incluir revisión de hechos, competencia, casos y formas habilitantes y también el derecho aplicado.

**15°.-** Asimismo, ya en requerimientos anteriores esta Magistratura ha resuelto que el procedimiento sancionatorio no atenta contra el debido proceso y que *"el legislador no ha establecido, en parte alguna, que SERNAPESCA deba, previo a dar curso a la denuncia del funcionario interviniente, efectuar una investigación como una suerte de presupuesto de admisibilidad que precede a la remisión de los antecedentes a la judicatura ordinaria. Afirmar lo contrario, significa crear un procedimiento administrativo allí donde el legislador no ha previsto ninguno, siendo ello contrario al artículo 63.18 de la Constitución. Asimismo, esta alteración del procedimiento significaría su dilación indebida, que quedará subordinado a lo que se resuelva en un procedimiento administrativo que la ley no prevé"* (STC 7318 c. 21), de lo cual es posible concluir que ahí donde ya hay un procedimiento establecido, el órgano no puede sobrepasar el mandato legal, por cuanto ello significaría una vulneración de la configuración constitucional de la reserva de ley y, por otra parte, el procedimiento cuestionado da luces de los elementos que componen el debido proceso.

**16°.-** De tal forma no existe vulneración a la garantía del racional y justo procedimiento, y tampoco a la garantía de la igual protección del ejercicio de los derechos.

## III. ACERCA DE LAS GARANTÍAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

**17°.-** En cuanto al derecho administrativo sancionatorio, es la teoría española en materia administrativa, la que refleja en mejor forma las relaciones entre lo administrativo y lo penal. A tal efecto, entiende que *"una sanción es un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa"* (García de Enterría-Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, 7ma. Edición, Civitas Ediciones S.L., año 2001, p. 161), por el contrario, lo penal afecta la libertad personal del individuo castigado.

**18°.-** Lo anterior explica que las sanciones administrativas, tal como la aplicada en este caso, si bien son independientes de las penas en el orden penal, tienen una identidad común con ellas, ya sea porque son manifestación de un mismo poder punitivo del Estado, o bien pues entre ambas hay una semejanza esencial (STC Roles N°s 294/96; 479/2006; 480/2006; 1413/2010; 1518/2010; 2381/2013; 5018/2019; 6250/2019).

Esto determina que los principios penales que deben aplicárselas a ambas son los mismos, teniendo eso si en consideración que las penas en el orden penal pueden privar de la libertad a un individuo, mientras que las sanciones administrativas no podrían afectar esta garantía fundamental (STC Rol N° 1518/2010). Siendo las garantías y límites al ius puniendi el contrapeso a la afectación de derechos que importa la sanción, la intensidad de dichas garantías y límites es mayor en la medida que el orden sancionatorio implica mayor punición en cuanto a los derechos involucrados, así, en el orden penal es donde tendrán la mayor entidad, densidad y significación, pues la sanción puede llegar incluso a ser una privación de libertad personal a perpetuidad. En materia administrativa sancionatoria, las sanciones generalmente son multas, no constituyendo privaciones de libertad, lo que significa que la intensidad y especificidad de las garantías no es la misma, al ser la entidad del ius puniendi diferente.

**19°.-** Que, el procedimiento administrativo sancionador debe cumplir dos tipos de garantías: las sustantivas, inherentes al ius puniendi del Estado, que se enfatizan en los pronunciamientos citados, y las vinculadas estrictamente al debido proceso. En este sentido, esta Magistratura Constitucional ha manifestado que el legislador debe permitir que quienes puedan ser afectados por dichas sanciones, puedan defenderse de los cargos que les formule la autoridad, pudiendo rendir prueba, impugnar la sanción, etc. (STC Roles N°s 376/2003, 388/2003, 389/2003, 473/2006, 725/2008, 792/2007, 1413/2010, 1518/2010, 2381/2013). Se observa que en el caso concreto dicho estándar se encuentra plenamente cumplido.

## Acerca de la presunción contenida en el precepto impugnado y el derecho administrativo sancionador.

**20°.-** En este sentido, y de conformidad con lo señalado, la coherencia del sistema jurídico determina que el estándar de constitucionalidad de presunciones en materia penal ha de ser una suerte de "cartabón maximalista" con el cuál ha de ser juzgado el precepto impugnado en materia administrativa sancionatoria, con dos notorias y paradójicas notas:

1. No podría ser un estándar superior al penal, pues la afectación de derechos e intensidad de la sanción no son las mismas, y es frente a ello que los derechos y garantías que limitan el ius puniendi son un contrapeso.

2. Está claro que asimilar el estándar de constitucionalidad penal y administrativo es un error, pues si bien las garantías son las mismas, su intensidad aparece matizada o mitigada en materia administrativa sancionatoria.

**21°.-** Que, el Derecho Administrativo postula que, en defecto de regulaciones expresas que circunscriban la extensión de la potestad sancionadora de la Administración, la aplicación de las medidas correctivas dirigidas a reprimir contravenciones administrativas, debe sujetarse a los principios garantistas clásicos del Derecho Penal, mas ello admite matices por causa de la diferente intensidad de la punición que existe entre los órdenes penal y administrativo, en función de las características inherentes a dicha potestad sancionadora. El tema ha sido objeto de vasto análisis en la jurisprudencia de este Tribunal, desde la última década del siglo pasado (Roles N°s 244, c. 9°; 479, c.8°; 480, c. 5°; 725, c. 12°; 1.518, cc. 6° y 24°; 2.264, c. 33°; 2.682, c.

7° y 2.784, cc. 11° y 12°, entre otros, recientemente, también respecto de preceptos de la misma Ley General de Pesca y Acuicultura, la Sentencia Rol N° 8168, cons. 20° y ss.), así como de la Contraloría General de la República (dictámenes N°s 34.644/78; 36.415/79 y 32.076/96, entre muchos otros).

**22°.-** En el caso concreto, el procedimiento se inicia con una fiscalización y posterior denuncia de SERNAPESCA, para posteriormente, por motivos de garantía del derecho a defensa, ser conocido y resuelto por un tribunal con competencia en lo civil, lo cual no resta el carácter sancionatorio al procedimiento.

**23°.-** En cuanto a la presunción de inocencia en materia de derecho administrativo sancionatorio, la doctrina especializada ha señalado que *"Para el Tribunal Constitucional, el principio de presunción de inocencia tiene varias consecuencias:*

*i) La ley no puede establecer presunciones de responsabilidad. En efecto, el Tribunal ha considerado enteramente inadmisible que la ley dé por establecida la existencia del hecho como constitutivo de infracción o el grado de participación que el sujeto tenga en él, impidiéndole a éste demostrar su inocencia por todos los medios de prueba que le franquea la ley (rol N° 519, considerandos 40° y 41°). Además, este derecho no sólo puede verse vulnerado cuando una ley estructura en forma nominal alguna presunción de culpabilidad. Si del contexto de la ley aparece que diversas disposiciones, relacionadas entre sí, conducen al mismo resultado, también debe ser declarada inconstitucional aquella norma que genere como consecuencia práctica una suposición irreversible de responsabilidad, cuando se desvirtúa el derecho del afectado para presentar reclamos y pruebas en contrario de manera eficaz (rol Nº 1.518, considerando 35º)*

*ii) El derecho a la defensa es inherente a un trato inocente. La jurisprudencia del Tribunal ha señalado que se trata de un principio referido al trato inocente, que importa la obligación de considerar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en su derecho a defensa al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso (roles N°s. 1.351, considerando 45°, y 1.584, considerando 6°).*

*iii) El trato inocente se debe dar durante todo el procedimiento y hasta que una decisión ejecutoriada establezca fehacientemente la responsabilidad. En este caso la presunción de inocencia implica una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario ("nulla poena sine iudicio") (rol Nº 1.518, considerando 34º).* (CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2014, n.42 [citado 2020-08-03], pp.399-439. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012.).

Debe constatarse, en ese sentido, que la presunción establecida por el precepto impugnado no es de carácter *"irreversible"*, sino que es una presunción simplemente legal que admite prueba en contrario, en el marco del ejercicio del derecho a la acción, dentro de un proceso civil, con todo el derecho probatorio del Código de enjuiciamiento del ramo.

El estándar de *"una decisión ejecutoriada establezca fehacientemente la responsabilidad"* se refiere indudablemente a la motivación de la resolución de multa, extrapolada desde los estándares que el derecho procesal establece para la sentencia, en lo referido al análisis de la prueba rendida y al mérito específico de lo que se ventile en la denuncia, cuestión que remite a la revisión en sede judicial y las atribuciones del juez del fondo para revisar lo obrado, además no debe olvidarse que en Chile la cuota de extracción se determina por acto administrativo (en este sentido ver a Fuentes Olmos, Jessica. (2012). Las autorizaciones de pesca y el derecho de propiedad. Revista de derecho (Valparaíso), (38), 543-571. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000100013) y

los propios pescadores deben verificar la declaración de lo extraído en el desembarque, lo cual determina el mérito la infracción específica.

Por otra parte, la proscripción de las presunciones no es automática ni universal ni menos genérica, está determinada porque la norma que la establece genere un verdadero estado de indefensión para el afectado, *"impidiéndole a éste demostrar su inocencia por todos los medios de prueba que le franquea la ley"*, ligando el análisis a la posibilidad de ejercicio del derecho a defensa y a su contenido, que en el caso concreto en nada se ve afectado. Como se razona en la presente sentencia, el procedimiento del artículo 125 de la Ley General de Pesca y Acuicultura contempla un procedimiento dotado de todas las garantías del racional y justo procedimiento, además de ser de plena jurisdicción, incluyendo revisión de hechos, competencia, casos y formas habilitantes y también el derecho aplicado.

**24°.-** A su vez, el estándar de proscripción de presunciones en la jurisprudencia de este Tribunal no puede dejar de ser analizado sin alguna referencia a alguna de las presunciones más relevantes del sistema punitivo que han sido conocidas por esta Magistratura. En este sentido, en referencia a la operatividad de la presunción del artículo 4° de la Ley N° 20.000, referida al delito de tráfico de drogas, en la sentencia Rol N° 993, de 13 de mayo de 2008, esta Magistratura razonó:

*"QUINTO: Que, dentro del criterio de interpretación conforme a la Constitución, el respeto hacia las labores que desarrollan tanto el legislador al elaborar las normas de rango legislativo como la judicatura al aplicarlas, obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental, y sólo en el evento de no ser ello posible, declarar su inconstitucionalidad, criterio que ha sido seguido en las sentencias roles 29, 38, 304, 368, 420, 460 y 681, entre otras.*

*En sede de inaplicabilidad, también, en el caso concreto, "deber de esta Magistratura evitar que el precepto legal impugnado se interprete y aplique de un modo en que efectivamente produzca un efecto contrario a la Constitución" (Sentencia Rol Nº 806);*

*SEXTO: Que, unido a ello, todo precepto legal que se impugne no constituye generalmente una norma aislada, sino que es un enunciado que, puesto en aplicación, guarda relaciones de interdependencia y operatividad con otros, a la luz de los cuales cabe ser interpretado y aplicado;".*

**25°.-** A este respecto, en la misma sentencia Rol N° 993, de 13 de mayo de 2008, en referencia a la relación de las presunciones con una posible inversión del onus probandi y el estándar de convicción suficiente para emitir una condena, esta Magistratura razonó:

*"DECIMOTERCERO: Que, en el mismo contexto, hemos de entender por delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley, de conformidad al artículo 1º del Código Penal, debiendo acreditarse entonces, a la luz de la legislación vigente, la ocurrencia del hecho punible, la participación del imputado y su culpabilidad;*

*DECIMOCUARTO: Que de lo anterior se colige que, en virtud de lo expuesto, resulta, por una parte, posible entender y aplicar el precepto antes transcrito de conformidad a la Carta Fundamental, y por otra, no resulta dable concluir que exista una inversión de la carga de la prueba ni un atropello al debido proceso, pues, de todas formas y no habiendo norma en contrario, debe probarse, más allá de toda duda razonable, la comisión del hecho punible y la participación culpable del requirente, sin lo cual no puede ser condenado;*

*DECIMOQUINTO: Que, finalmente, debe descartarse la argumentación del recurrente referida a que la norma objetada contendría una presunción legal de responsabilidad penal que, en su aplicación al caso, pugnaría con la presunción de inocencia ya comentada.*

*Basta para ello recordar que tales presunciones admiten prueba en contrario y que la Constitución, en su artículo 19 Nº 3, inciso sexto, sólo prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal;"*

**26°.-** Debe señalarse que entonces, si para la jurisprudencia de este tribunal en materia penal es admisible una presunción simplemente legal incluso en un delito sancionado con pena aflictiva, no resulta entonces coherente ni acertado sostener que en materia administrativa sancionatoria las mismas normas garantistas de la Constitución signifiquen que las haya proscrito. Adicionalmente, es dable concluir que el estándar precedentemente expuesto se encuentra cumplido en el caso concreto.

**27°.-** A mayor abundamiento, como ya lo razonara este tribunal en el cons. 24° de la sentencia Rol N° 7138, recaída en el mismo precepto, *"se hace necesario aclarar que la presunción cuestionada no sitúa a la Administración en una posición procesal privilegiada. Manifiestamente, ésta no queda eximida de sus cargas procesales por el sólo hecho de formular una denuncia que cumpla con las exigencias formales para su presentación. Así, no es posible descartar prueba adicional. La denuncia no es plena prueba. La infracción sólo puede darse por establecida si la denuncia que levante el funcionario es suficiente para comprobar la infracción. Es decir, si describe suficientemente los hechos constatados y acredita la existencia de la misma", de manera tal que "si la denuncia no es desvirtuada, sólo ahí resulta suficiente para dar establecida la infracción. Por lo que si SERNAPESCA no rindiera prueba en el juicio, el administrado sería condenado sólo si el funcionario logró acreditar debidamente la existencia de hechos constitutivos de infracción en la misma denuncia".*

**28°.-** Por otra parte, debe tenerse presente que el principio de culpabilidad también es parte del derecho administrativo sancionatorio según la doctrina autorizada (ver en este sentido, CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2014, n.42 [citado 2020-08-03], pp.399-439. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012; también Bermúdez Soto, Jorge, Derecho administrativo general, Thomson Reuters, 2011, Santiago, pp. 278 y ss.). De tal forma, incluso en el entendido maximalista de asimilación a la intensidad penal de las garantías en materia administrativa sancionatoria, el requerimiento debería ser rechazado, pues resultaría plenamente pertinente la extrapolación a este caso de los razonamientos transcritos de la sentencia Rol N° 993, descartándose así las infracciones a la Constitución alegadas por aplicación del precepto impugnado, sin perjuicio de los derechos procesales que correspondan al sancionado en el marco del sistema recursivo y el control de la motivación de la sentencia que se dicte.

**29°.-** A mayor abundamiento, este Tribunal, razonando sobre la suficiencia de un instrumento o documento emanado de la Administración en el ejercido de potestades fiscalizadoras, para dar por estableada una infracción, ha señalado que:

> *"16° Que hay que distinguir dos cosas. Una, es el valor del acta. Esta puede llegar a probar los hechos, bajo ciertas condicionantes. Otra cosa es que el acta quede asentada por falta de pruebas que la controviertan.*
>
> *17° Que el acta no descarta otros medios probatorios. Los tribunales han considerado que sólo si el acta no es desvirtuada, resulta suficiente para dar por establecida las infracciones sanitarias (SCA Arica, 56/2010). También ha sostenido que el acta puede ser desvirtuada por el reclamante durante el contencioso administrativo (SCS 2543/2013). El acta permite dar por establecida la infracción, pero no exime al servicio de establecer cuál es ésta y de fundar su decisión (SCS 5313/2008)". (Sentencia Rol N° 7318, cons. 14°).*

**30°.-** Que, de tal forma, en función de lo expuesto no aparece infringida la garantía de la presunción de inocencia por aplicación de la preceptiva cuestionada. De igual forma, se descartan entonces las vulneraciones alegadas a las garantías de una justa y racional investigación y procedimiento y a la igual protección de los derechos.

## Acerca de la presunción de legalidad del acto administrativo que impone multas.

**31°.-** Por otra parte, en el evento de declararse inaplicable la preceptiva cuestionada, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley N° 19.880, sobre bases generales del procedimiento administrativo, lo cual no es una confusión ni menos un error, pues todo acto administrativo tiene supuestos de hecho y fundamentos de derecho que han de ser coherentes con ellos y la fundamentación es parte del acto administrativo. Así, tal norma viene a establecer como efecto inmediato de los actos administrativos su presunción de legalidad, al disponer:

*"Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.".*

En este orden, la presunción de legalidad determina, a lo menos, que se presume que el acto ha sido emitido en los casos y formas que determina la ley y que ha sido emitido por autoridad competente legalmente habilitada, lo que implica que la enunciación de consideraciones de hecho que lo motivan también ven incluidas, en cierta forma, dentro de la presunción de legalidad, en la medida que la fundamentación completa y suficiente es una exigencia respecto del acto administrativo.

**32°.-** Ello determina, como consecuencia de tal presunción de legalidad, que quien alegue la antijuridicidad del acto tiene la carga de probar tal antijuridicidad si ello llega a constituir un conflicto que sea sometido al conocimiento y resolución de los tribunales de justicia, conflicto que puede referirse a los elementos de hecho y derecho.

En ese sentido que la preceptiva impugnada no puede ni debe ser interpretada aisladamente, pues cabe tener presente que la presunción de legalidad es uno de los efectos inmediatos del acto administrativo (en este sentido ver a Bermúdez Soto, Jorge. (2010). ESTADO ACTUAL DEL CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: ¿QUÉ QUEDA DE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO? Revista de derecho (Valdivia), 23(1), 103-123. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000100005), cuestión que ya era enseñada por la doctrina administrativista desde hace décadas, a pesar de no haber tenido un reconocimiento general en el sistema de fuentes en el derecho chileno (Por ejemplo, ver Hugo Caldera Delgado, El acto administrativo, legalidad, efectos e impugnación, Editorial Jurídica de Chile, 1981), circunstancia frente a la cual diversas leyes especiales -como la Ley General de Pesca y Acuicultura- establecieron presunciones específicas respecto de actos determinados, que usualmente eran de aquellos que tenían efectos respecto de terceros, en especial los temas referidos a fiscalización e imposición de multas.

**33°.-** Que dicha particularidad llevó, como ya lo ha señalado esta Magistratura, a la consecuencia que *"en Chile no contamos con una normativa general de Derecho Administrativo que asigne un específico valor probatorio a los documentos que emanan de funcionarios públicos, en particular tratándose de fiscalizadores. No obstante, existen variados cuerpos legales que encomiendan a inspectores y fiscalizadores la tarea de constatar infracciones en su ámbito sectorial, a través del levantamiento de actas en que intervienen como "ministros de fe". Entre otros, podemos mencionar a los funcionarios o fiscalizadores de: la autoridad sanitaria (arts. 156 y 157 del Código Sanitario); la Dirección General de Aguas (art. 172 ter del Código de Aguas); la Dirección del Trabajo (DFL 2, Trabajo, de 1967, art. 23); el Servicio de Impuestos Internos (DFL N° 7, Hacienda, de 1980, arts. 51 y 86); el Servicio Agrícola y Ganadero (Ley N° 18.755, arts. 7 y 12); la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (Ley N° 18.410, art. 3); la Superintendencia de Servicios Sanitarios (Ley N° 18.902, art 11); la Superintendencia del Medio Ambiente (Ley N° 20.417, art 8°), la Superintendencia de Educación Escolar (Ley N° 20.529, art. 52); el Servicio Nacional del Consumidor (Ley N° 19.496, art 59 bis y Carabineros de Chile (Ley N° 18.287, arts. 3 y 15)"* (Sentencia Rol N° 7318, cons. 12°), de lo

cual derivarán normas especiales sobre presunciones legales de lo constatado por los respectivos funcionarios, que conviven además con la norma general de la presunción de validez de Ley N° 19.880 ya citada.

**34°.-** Cabe señalar que las bases del procedimiento administrativo, materia propia de ley según el numeral 18° del artículo 63 de la Constitución Política, no fue regulada por el legislador hasta la dictación de la Ley N° 19.880, que "ESTABLECE BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE RIGEN LOS ACTOS DE LOS ORGANOS DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO", publicada en el Diario Oficial del 29 de mayo de 2003, estableciéndose recién en la ley chilena una presunción general de validez -referida a la legalidad en la norma- respecto de los actos de la Administración.

Así, si los actos de fiscalización, constatación de hechos e imposición de multas en ejercicio de potestades sancionatorias son actos administrativos, están amparados en primer término por dicha presunción de legalidad. De igual forma, si el ser emitidos por autoridad dotada por ley de competencia y en los casos y formas habilitantes establecidos por las mismas normas son requisitos de legalidad y validez, el acto se presume ajustado a la ley y quien sostenga lo contrario deberá acreditarlo.

**35°.-** Así, una eventual declaración de inaplicabilidad tampoco conseguiría desvirtuar por sí sola la presunción de que se constató una infracción, pues al ser la misma parte de los casos y formas habilitantes para emitir el acto, una vez dictado el mismo ello se presume al amparo del artículo 3° de la citada ley N° 19.880, que en el año 2003 estableció una presunción de legalidad general que en la ley chilena no existía a la fecha de dictación de la Ley Nº 18.892, General de Pesca y Acuicultura, cuyo texto original introdujo la presunción especial cuestionada en sede de inaplicabilidad.

## IV. CUESTIONES QUE NO SE RESOLVERÁN EN ESTA SENTENCIA.

**36°.-** Que la determinación acerca de si los infractores fueron o no notificados de la cuota por la Asociación respectiva, la determinación de si la titularidad es del pescador o de la asociación, si se enviaron o no correos electrónicos, si las decenas de toneladas de pesca extraídas eran o no parte de las cuotas asignadas, la existencia o inexistencia de prueba en contrario, la ponderación de la misma y la existencia o inexistencia de intencionalidad en la conducta que se sanciona son cuestiones de hecho propias de la litis que se trabe ante el tribunal del fondo al cuestionar la procedencia de la infracción, materias que escapan a la órbita competencial de esta Magistratura, correspondiendo su conocimiento y resolución a la órbita de atribuciones de la judicatura del fondo de la litis ventilada gestión pendiente, por lo que no corresponde que esta Magistratura razone ni pondere probanzas al respecto, menos aun tratándose de un contencioso administrativo de plena jurisdicción.

## V. CONCLUSIONES

**37°.-** Que, descartadas las infracciones alegadas, solo cabe agregar como corolario que la normativa cuestionada está dotada de razonabilidad legislativa y su texto no constituye una discriminación respecto de persona ni grupo determinado, salvo que se cometa el error de sostener una proscripción general y absoluta de presunciones simplemente legales en materia infraccional administrativa que la Constitución no contempla.

**38°.-** En definitiva, no se advierte cómo la atribución de valor de presunción simplemente legal de haberse cometido la infracción a los preceptos constitucionales invocados por la requirente, por causa de la aplicación del precepto legal cuestionado, de lo cual deriva que el requerimiento de autos debe ser rechazado en todas sus partes.

[…]

**SENTENCIA ROL 10.387-2021.** *Publicada el 27 de octubre de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 33, N° 2, de la Ley 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión. Canal 13 SPA. En el proceso Rol N° 705-2020- Contencioso Administrativo, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurre al rechazo del requerimiento conforme los siguientes argumentos:

## I. ANTECEDENTES DEL CASO CONCRETO

**1°.-** Jorge Pablo Gómez Edwards, abogado, en representación de Canal 13 SpA., con fecha 25 de febrero del 2021, deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 33 Nº 2 de la Ley Nº 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, en adelante, CNTV, pues, a su juicio, su aplicación en la gestión pendiente produciría una "grave infracción constitucional" del artículo 19 Nº 2, 3 y 26 de la Constitución Política, al no establecer criterios objetivos, reproducibles y verificables para determinar legalmente el monto de la multa a ser aplicada en el caso concreto.

**2°.-** El requerimiento incide en el reclamo de ilegalidad que se tramita ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol Nº 705-2020, interpuesto por Canal 13 SpA., en contra del Ordinario Nº 1188, de fecha 05 de noviembre del 2020, del CNTV, mediante el cual se impuso una sanción equivalente a 320 Unidades Tributarias Mensuales, por la supuesta infracción al artículo 4 de las "Normas Generales para la Transmisión de Campañas de Utilidad o Interés Público".

**3°.-** En tal sentido, el requirente sostiene que, mediante el acto administrativo referido, el CNTV ejerció las facultades sancionatorias del artículo 33 Nº 2 de la Ley Nº 18.838. Disposición que, a su entender, no permitiría estimar la gravedad de las infracciones, ni la cuantía de las multas, pues no contemplaría criterios para que se respete el estándar de proporcionalidad. Asimismo, destaca que las sanciones impuestas no tendrían correlato con (1) el daño infringido, (2) la capacidad económica del infractor, (3) su intencionalidad, (4) ni la ganancia obtenida.

**4°.-** A reglón seguido, el requirente sostiene que el hecho sancionado corresponde a la "omisión de emisión de cuatro campañas de utilidad pública" (a) coronavirus – acordada en sesión del CNTV de 6 de abril del 2020, para ser emitida entre el 7 y el 16 de abril del 2020-; (b) "violencia contra la mujer durante la cuarentena" – acordada en sesión del CNTV de 27 de abril de 2020, para ser emitida entre el 28 de abril y 4 de mayo de 2020-; (c) "coronavirus, esta pandemia solo la superamos entre todos" – acordada en sesión de CNTV de 25 de mayo del 2020, para ser emitida entre el 26 de mayo y el 8 de junio del 2020-; (d) "el próximo puedes ser tú" – acordada en sesión del CNTV de 5 de junio del 2020, para ser emitida entre el 6 y 12 de junio-. Respecto a esta última emisión, Canal 13 precisó que, si bien se emitió del 7 al 12 de junio, es decir, con un día de desfase, se dieron "6 pasadas, en vez de las 5 solicitadas, para compensar".

**5°.-** En tal orden, el actor expone que el Ordinario Nº 1188, ya singularizado, hace un análisis *"breve, incompleto y caprichoso (…) mediante el cual hace un esfuerzo por disfrazar la total ausencia de criterios legales de graduación o cuantificación de la multa impuesta"* (fojas 06 y 07).

**6°.-** De tal modo, el requirente estima que el CNTV, no habría considerado a la hora de determinar la naturaleza y entidad de la sanción administrativa, los siguientes criterios (i) Canal 13 no fue notificado, conforme al artículo 13 de las Normas Generales para la Transmisión de Campañas de Utilidad o Interés Público, de la obligación de transmitir las campañas referidas, por lo que actuó sin intencionalidad o dolo – agrega, a foja 8, que el CNTV habría decidido arbitrariamente elegir determinadas casillas de correo electrónico de distintos personeros de Canal 13, para aplicar la decisión. En el mismo sentido, indica que, pese a la ausencia de notificación, canal 13 ofreció y ejecutó minutos de mitigación del eventual daño causado-. Sin perjuicio de lo anterior, concluye este punto indicando que la norma impugnada en autos no contemplaría este criterio objetivo de ausencia o presencia de dolo para determinar el quantum de la multa. **(ii)** Canal 13 ofreció medidas compensatorias para mitigar cualquier daño causado. **(iii)** Desproporcionalidad de la multa aplicada, en relación con otros medios que han sido multados por los mismos hechos (fojas 11 y 12). **(iv)** la complicada situación económica de Canal 13.

**7°.-** El requirente aduce que el artículo 33 Nº 2 de la Ley Nº 18.838, no cumple con el estándar de proporcionalidad, para lo cual hace referencia a las STC Roles 8196-2020 y 8018-2020, de este Excelentísimo Tribunal Constitucional.

**8°.-** Finalmente, el actor manifiesta, a foja 17, que *"el análisis en abstracto del artículo impugnado lleva a la conclusión de que reúne las características de un artículo que permite e incentiva la discrecionalidad del CNTV y el ejercicio abusivo y/o discriminatorio del ius puniendi estatal"*.

## II. SOBRE EL ALCANCE Y LÍMITES DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD, LA DELIMITACIÓN DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL Y LA DIFERENCIA DEL ARBITRIO CONSTITUCIONAL DE AUTOS CON RELACIÓN A LA DOCTRINA CITADA POR EL REQUIRENTE.

### Alcance y límites de la acción de Inaplicabilidad.

**9°.-** El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es la acción que el ordenamiento supremo franquea para evitar que la aplicación de uno o más preceptos legales, invocados en una gestión judicial pendiente, produzca efectos, formal o sustantivamente, contrarios al Código Político. Trátase, por ende, de un control concreto de la constitucionalidad de la ley, centrado en el caso sub lite y cuya resolución se limita a que disposiciones legales determinadas, en sí mismas, resulten, en su sentido y alcance intrínseco, inconciliables con el texto y espíritu de la Carta Fundamental. (STC 1390 c. 10) (En el mismo sentido, STC 2740 c. 5, STC 5442 c. 4, STC 3731 c. 15, STC 6222 c. 7).

**10°.-** No debe olvidarse el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad, de suerte tal que, para ser acogida, la aplicación del precepto legal impugnado al caso específico ha de resultar contraria a la Constitución, lo que relativiza, por una parte, el examen meramente abstracto de constitucionalidad y, por otra, impide extraer conclusiones, reglas y principios generales a partir de una sentencia de inaplicabilidad. Lo decidido en un proceso determinado ha de entenderse referido sólo y exclusivamente al mismo. (STC 1065 c. 18) (En el mismo sentido, STC 616 c. 47, STC 664 c. 6, STC 3731 c. 16). Por cuanto, habrá que descartar desde ya la aplicación del "análisis abstracto" que el requirente, a foja 17, hace suyo para fundar las supuestas infracciones constitucionales.

**11°.-** En tal sentido, cabe agregar que el Tribunal Constitucional carece de competencia y jurisdicción para resolver cuestiones de mera legalidad que deberán ser resueltas por los jueces del fondo. (STC 1182 cc. 4 a 6) (En el mismo sentido, STC 796 c. 27, STC 896 c. 31, STC 1138 c.

65, STC 1141 c. 5, STC 1193 cc. 5, 6 y 11, STC 1201 cc. 5, 6 y 11, STC 1413 c. 4, STC 1453 cc. 6 y 7, STC 1732 cc. 1 y 2, STC 2225 c. 9, STC 2246 c. 8, STC 2303 c. 7, STC 2344 c. 14, STC 2364 cc. 8 y 9, STC 2702 c. 19, STC 2740 c. 5, STC 2802 c. 8, STC 2716 c. 3, STC 2697 c. 15, STC 2673 c. 16, STC 2693 c. 3, STC 2722 c. 1, STC 2868 c. 18, STC 2799 c. 3, STC 2759 c. 7, STC 2794 c. 16, STC 2983 c. 10, STC 2957 cc. 6, 34, 39 a 41, STC 3265 c. 23, STC 3404 c. 23, STC 3309 c. 10, STC 3432 c. 2, STC 3601 c. 5, STC 4381 c. 9, STC 5669 c. 21, STC 4476 cc. 30 y 31, STC 3569 c. 16, STC 4213 c. 16, STC 4785 cc. 23 y 24, STC 7182 c. 7, STC 3470 c. 16, STC 3630 c. 29, STC 4914 c. 10, STC 5808 cc. 9, 10, STC 5809 cc. 9, 10, STC 5810 STC 5894, cc. 9, 10 STC 6212, cc. 7, 8).

**12°.-** Asimismo, no es propio de la acción de inaplicabilidad el determinar si -en su caso- la actuación administrativa se ajusta o no a la ley, o si el canal fue o no correctamente notificado y si tuvo o no conocimiento de las instrucciones de alguna autoridad, lo que ciertamente es competencia del tribunal del fondo de la gestión e incluso podría serlo de una acción de lato conocimiento, como por ejemplo la nulidad de derecho público, al tenor de lo preceptuado en los artículos 6º y 7º CPR. (STC 523 c. 7) (En el mismo sentido, STC 3265 c. 27, STC 3404 c. 27).

**13°.-** Finalmente, en lo que respecta a la delimitación del alcance de la acción impetrada, es importante precisar que una controversia sobre una cuestión de hecho, no puede ser resuelta por el Tribunal Constitucional, a quien le corresponde un control de normas, de ajuste de éstas con la Constitución, pero no de revisión de asuntos que implican pruebas y valorización de las mismas. Menos si ese asunto es objeto de controversia en el juicio que constituye la gestión pendiente. (STC 1284 c. 3) (En el mismo sentido, STC 1413 c. 4, STC 3248 c. 11).

## La delimitación del conflicto constitucional en el caso de autos.

**14°.-** Que, el conflicto constitucional sometido al conocimiento de este Excelentísimo Tribunal Constitucional se debe delimitar, exclusivamente, a dilucidar si el artículo 33 Nº 2, de la Ley Nº 18.838, respeta el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, no infringe los preceptos constitucionales aludidos por el requirente a foja 01, por la forma en la cual se configura la sanción a la que se expone el actor con la aplicación del precepto referido.

**15°.-** En virtud de lo señalado precedentemente, no corresponderá a este Excelentísimo Tribunal ponderar los criterios que a juicio del requirente el legislador debió haber previsto, ni la legalidad de Actos Administrativos, ni evaluar la correcta o incorrecta notificación a las partes, ni atender aquello que se refiera al resarcimiento de un eventual perjuicio, pues todo ello corresponde a la esfera competencial del Tribunal de fondo. De tal modo, esta Sede Constitucional deberá restringir el conocimiento y resolución del conflicto incoado, con especial atención del carácter concreto de este control, orientado, únicamente, a precisar la suficiencia o insuficiencia de criterios objetivos existentes en la norma que se intenta inaplicar y, en consecuencia, determinar si su contenido satisface el estándar de proporcionalidad requerido.

## La diferencia del arbitrio constitucional de autos, con relación a la doctrina de esta magistratura, citada por el requirente

**16°.-** Que, el requirente propone en su argumentación una supuesta uniformidad jurisprudencial, al citar un número importante de consideraciones, relativas a las STC Roles 8196 y 8018. Sin perjuicio de que, en el caso concreto, existen elementos distintivos, que hacen del todo imposible realizar una lectura "análoga" con el caso de marras. Lo anterior, toda vez que, a modo de ilustración **(a)** Canal 13 es una empresa concesionada, domiciliada en Chile; **(b)** Canal 13 tiene pleno dominio de su parrilla programática y de los contenidos que se transmiten a través de

su señal; **(c)** en el caso que motiva la presentación de autos, a diferencia de los casos citados, la sanción cursada mediante Acto Administrativo de rigor, corresponde al supuesto incumplimiento de una carga pública, establecida en las "Normas Generales para la Transmisión de Campañas de Utilidad o Interés Público", para empresas que se hayan adjudicado concesión de radiodifusión televisiva análoga, entre otras diferencias.

## III. SOBRE EL USO Y GOCE DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO NACIONAL Y LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO

**17°.-** La constitución establece en el artículo 19 Nº 23 que se asegura *"La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así (…)".* En este sentido, el artículo 2, de la Ley Nº 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, establece que:

<<*Todos los habitantes de la República tendrán libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones y cualquier persona podrá optar a las concesiones y permisos en la forma y condiciones que establece la ley.*

*El espectro radioeléctrico es un bien nacional, cuyo dominio pertenece a la Nación toda. En consecuencia: a) ninguna persona natural o jurídica puede atribuirse o pretender el dominio de todo o una parte de espectro radioeléctrico, b) las concesiones que se otorguen a personas naturales o jurídicas son, por esencia, temporales y c) los beneficiados con una concesión podrán pagar al Estado el justiprecio por el uso y goce de la misma en conformidad a esta ley (…)*>>

**18°.-** Ahora, habiendo precisado que el espectro radioeléctrico es un bien nacional de uso público, es oportuno indicar que la misma Carta Política en el artículo 19 Nº 12, expresa quiénes podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión; definiendo a tal efecto, en el inciso siguiente, que habrá un Consejo Nacional de Televisión – que será autónomo y con personalidad jurídica- que estará encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación.

**19°.-** Que, desde larga data este Excelentísimo Tribunal Constitucional ha considerado que *"(…) nuestro Ordenamiento Jurídico ha sido extremadamente exigente y cauteloso en la regulación de este medio de comunicación social, restringiendo la titularidad del derecho a determinadas instituciones, por una parte y dejando testimonio, por la otra, que en el cumplimiento de sus funciones deberán estar siempre presente, de manera muy especial, los intereses generales de la colectividad" (STC Rol 56-1988, Control de constitucionalidad respecto del proyecto que modifica la Ley Nº 18.700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios), reconociendo, incluso desde esa época, que los medios de comunicación y, en particular la televisión, aparte de informar, influyen sustancialmente en "hábitos del grupo familiar, orientando actitudes y aspiraciones de todo el grupo social"* características que fundamentarán la responsabilidad social que le cabe a los concesionarios.

De tal forma, el legislador en la Ley Nº 18.838, coherentemente, estableció un cúmulo de obligaciones de los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión, destacando entre ellos: (a) el acceso público a la propuesta programática y su difusión; (b) la observancia a los principios de pluralismo, el respeto a la diversidad social, cultural, étnica , política, religiosa y de género; (c) facilitar el acceso de personas con necesidades físicas especiales; (d) la difusión de programación de carácter educativo y, aquello por lo cual se motiva la gestión pendiente que permite impetrar esta acción, es decir, (e) la transmisión de campañas de utilidad pública, a que hace referencia el artículo 12, letra m) de la Ley Nº 18.838, cuestión de la cual en detalle nos haremos cargo en el capítulo siguiente.

## IV. SOBRE LA CONCESIÓN DE RADIODIFUSIÓN TELEVISIVA ANÁLOGA EN CHILE Y LAS CARGAS PÚBLICAS INHERENTES A ELLA.

**20°.-** Que, la Ley Nº 18.838, prístinamente, facultó al CNTV, en el art. 12 e), para otorgar, modificar y declarar el termino de las concesiones de radiodifusión televisiva y de servicios limitados de televisión, no así de las concesiones de radiodifusión televisiva de libre recepción. En tal sentido, la Ley Nº 19.131, mediante Decreto Oficial, de 8 abril 1992, le entregó a dicho Órgano la competencia para otorgar, renovar, modificar, o declarar el termino de las concesiones de servicios de televisión de libre recepción. De tal forma, el legislador facultó al CNTV, para fiscalizar y supervigilar que los contenidos emitidos por los canales de televisión se adecuen al "estándar correcto de funcionamiento" enunciado en el artículo 1, de la referida norma.

**21°.-** Cabe destacar, que el legislador en la misma norma dotó de contenido la voz "estándar correcto de funcionamiento" estableciendo que este significaría, entre varias otras cosas, la transmisión de campañas de utilidad pública, entendiendo por ellas:

*<< (…) aquellas transmisiones diseñadas por el Ministerio Secretaría General de Gobierno, que se han de emitir con el objeto de proteger a la población y difundir el respeto y promoción de los derechos de las personas. Las campañas de interés público podrán tener carácter nacional o regional y deberán ser transmitidas con subtitulado y lenguaje de señas de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la ley Nº 20.422.*

*El Ministerio Secretaría General de Gobierno determinará cuáles serán las campañas de utilidad o interés público, enviando la estructura, diseño y contenidos fundamentales de la o las campañas al Consejo, el que deberá aprobarlas, en un plazo no superior de quince días corridos, con el voto conforme de al menos siete de sus miembros en ejercicio. Producida su aprobación, el Consejo remitirá a los concesionarios y permisionarios de servicios limitados de televisión la resolución respectiva con todos sus antecedentes, junto a las instrucciones adicionales que fueren necesarias para la transmisión de la campaña con vistas al cumplimiento de los objetivos de la misma.*

*Estas campañas no podrán durar en total más de cinco semanas al año, ni más de sesenta segundos por cada emisión, hasta completar veintiún minutos a la semana. Los permisionarios de servicios limitados de televisión cumplirán esta obligación en aquellas señales que cuenten con los mecanismos para exhibir publicidad nacional.*

*La limitación de cinco semanas al año podrá renovarse siempre que sea necesario bajo consideraciones de especial relevancia e interés público. Para ello se requerirá el acuerdo de siete de sus miembros en ejercicio. Sobre esta extensión los concesionarios de servicios de televisión y los permisionarios de servicios limitados de televisión podrán cobrar al Estado la exhibición de estas campañas a las tarifas no mayores y descuentos no menores que los que ofrezcan a cualquier cliente de publicidad comercial (…)>>*

**22°.-** Que, de tal modo la obligación que corresponde a las concesionarias respecto de la transmisión de campañas de utilidad pública, se erige como una carga pública, que encuentra su origen, en el estatuto privilegiado al que se encuentra sometida esta actividad económica, a fin de contribuir con su aporte a la satisfacción del bien común y el cumplimiento de las obligaciones del Estado, en atención al principio de servicialidad, constituyéndose como una restricción o afectación legítima y necesaria de un derecho.

**23°.-** Que, el asunto relativo a las "cargas públicas" no es una discusión nueva para este Excelentísimo Tribunal Constitucional, pues como se evidenciará, existe una basta conceptualización en su jurisprudencia. Así, por una parte, se ha distinguido entre cargas "personales" y "reales" precisando, a tal efecto, que ellas son *"(…) todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador, debiendo ser repartidas entre todos los llamados a soportarlas, de manera igualitaria y equitativa. Por lo que la igualdad ante las cargas públicas que asegura la Constitución es, pues, una aplicación del principio general de isonomía o de igualdad ante la ley"* (STC 790 c. 38).

Luego, en la progresión jurisprudencial de este Tribunal, se ha entendido que las cargas públicas *"(…) pueden ser personales, cuando importan el ejercicio obligatorio de una actividad que se impone a la persona por el ordenamiento jurídico, o patrimoniales, cuando suponen una afectación patrimonial que también debe ser soportada obligatoriamente por la persona, como las multas o sanciones en dinero que imponen las autoridades dotadas de potestades fiscalizadoras. La igualdad ante las cargas públicas que asegura la Constitución es una aplicación del principio general de igualdad ante la ley"* (STC 755 c. 48) (En el mismo sentido, STC 1254 c. 69). En esta línea argumentativa, las cargas reales son "restricciones o gravámenes a la propiedad" (ver en este sentido, causas Roles 2487-13 y 56-1988) establecidas por ley, para ciertas actividades económicas. Limitación que encuentra fundamento Constitucional en el artículo 19 Nº 24, como consecuencia de la función social de la propiedad – la cual puede ser restringida cuando lo exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental-. En tal sentido, es dable destacar que dicha "carga" en primer lugar, no debe ser expropiatoria y, por otra parte, es morigerada por los privilegios o beneficios, implícitos a la actividad que se desarrolla – refiriéndonos al caso de autos, el uso y goce de una parte del espectro radioeléctrico con alcance nacional-.

**24°.-** Que, si bien en el caso concreto no se cuestiona la naturaleza o extensión de la obligación -y, por tanto, no es necesario desarrollar el test de lo "mesurado y razonable"-, explicarla permite dejar en evidencia el hecho de que las empresas concesionarias que establecen, operan y mantienen canales de televisión, se encuentran sometidas a un estatuto privilegiado, dado que *"usan un bien nacional de uso público con sus concesiones. También, tienen derecho a las servidumbres que sean necesarias para operar y mantener sus estaciones (…) Y, los actuales concesionarios de libre recepción respecto de la televisión digital, mantienen sus concesiones analógicas (…) y tienen el derecho de solicitar una nueva concesión de radiodifusión televisiva digital (…) sin someterse a concurso, para lo cual el Estado debe reservar espectro radioeléctrico"* (STC Rol 2541-2013, c. 47), todo lo cual faculta al Estado a imponer obligaciones, que deben responder a criterios de "justicia y razonabilidad" (STC Rol 56, c. 13), sin existir justificaciones adicionales a las que sean precisadas por el Ordenamiento Jurídico para fundamentar su incumplimiento, total o parcial.

**25°.-** Así, la transmisión de campañas asociadas a la prevención de contagios de COVID-19, prevención de conductas violentas dentro de la familia durante las cuarentenas y campañas de concientización de los efectos de la enfermedad, obedecen a causas más que razonables, que facultan al Estado a imponer determinadas obligaciones a las empresas concesionarias, satisfaciendo estándares normativos (artículo 12 letra m) en relación con el artículo 1, de la Ley 18.838), en el contexto de un Estado de Excepción constitucional que se extendió por más de un año, producto de la enfermedad y la necesidad del Estado de generar y promover determinadas conductas orientadas a instar a la población para generar conductas de autocuidado y responsabilidad social.

## V. DE LAS SUPUESTAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES EN EL CASO CONCRETO.

**26°.-** Que, como se ha señalado en la primera parte de este voto, el actor estima que la aplicación del precepto impugnado infringirá artículo 19 Nº 2, 3 y 26 de la Constitución Política, al no establecer criterios objetivos, reproducibles y verificables para determinar legalmente el monto de la multa a ser aplicada en el caso concreto. En tal orden, ya habiendo precisado que este caso no es homologable a los citados por el requirente y, atendida la naturaleza concreta del control de inaplicabilidad, se debe descartar la transgresión del referido artículo 19 Nº 2 del Código Político.

## Los principios constitucionales en el Derecho Administrativo sancionador.

**27°.-** Que, como ha sido sostenido y reiterado en la doctrina de este Tribunal Constitucional, desde el año 1996, a partir de la STC Rol 244 *"los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado"* (c. 9). Así, es fundamental la influencia que ha tenido el derecho penal en la configuración del derecho administrativo sancionatorio, por cuanto al ser comprendidos como derivación del ius puniendi del Estado, se hacen aplicables los principios de tipicidad, legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, racional y justo procedimiento, proporcionalidad, entre otros, a fin de encontrar un equilibrio entre la más eficiente y eficaz acción punitiva del Estado y, por otra parte, propender a la promoción y cautela de las garantías de las personas. De tal modo, los principios que la configuran cumplen funciones en una doble faz, es decir, como garantías y, a su vez como elementos de interpretación.

**28°.-** Que, siguiendo esta misma línea, es dable precisar que el requirente centró su alegación señalando a tal efecto que el artículo 33 Nº 2, de la Ley Nº 18.838 << *Artículo 33°.- Las infracciones a las normas de presente ley y a las que el Consejo dicte en uso de las facultades que se le conceden, serán sancionadas, según la gravedad de la infracción, con (…)*

*2.- Multa no inferior a 20 ni superior a 200 unidades tributarias mensuales, en caso de tratarse de concesionarias de servicios de radiodifusión televisiva o permisionarios de servicios limitados de televisión regionales, locales o locales de carácter comunitario. Para el caso de concesionarias de servicios de radiodifusión televisiva o permisionarios de servicios limitados de televisión de carácter nacional, las multas podrán ascender hasta un máximo de 1.000 unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia en una misma infracción, se podrá duplicar el máximo de la multa (…)*>> a su juicio, no cumpliría estándares de proporcionalidad, previstos por el legislador y reiterados en la jurisprudencia.

**29°.-** Que, en el régimen sancionatorio ante el CNTV, en este caso, particularmente (y a diferencia de otros casos sometidos al conocimiento de este Tribunal, en los cuales se trataba de multas aplicadas a operadores o intermediarios internacionales), sí se cumplen con los estándares mínimos de lo que sería un régimen sancionador racional y justo. La ley brinda espacios de flexibilidad para que la autoridad administrativa (CNTV) y, luego, una corte de justicia, revisando lo obrado, pueda determinar el tipo de sanción (amonestación, multa, suspensión de transmisiones o caducidad de la concesión) y la severidad de la sanción específica (en este caso, la cuantía de la multa), en base a criterios o parámetros fijados en forma previa por parte del legislador. Estos criterios son tres: El primero dice relación con el carácter local o nacional del concesionario (sujeto pasivo de la multa). Dicho criterio diferencia la extensión del rango dentro del cual puede aplicarse la multa, el que es idéntico en el límite inferior (20 UTM), pero que difiere en cuanto al límite máximo. Puede llegar a 1.000 UTM en concesionarias de carácter nacional (cuya aptitud potencial de daño es más elevada), y a 200 UTM para las concesionarias locales. El segundo parámetro está referido a si ha habido o no reincidencia, pudiéndose imponer hasta el doble de la cuantía máxima. El tercer y principal criterio es el de la gravedad, el cual tiene por función orientar a la autoridad administrativa o judicial (en su caso) en la fijación precisa del importe de la multa que ha de aplicarse al infractor, dentro de los márgenes permitidos.

Este último es de gran importancia desde el punto de vista constitucional, ya que su noción es tributaria del modelo retributivo de sanciones, donde la proporcionalidad de las mismas dependerá de la relación entre severidad de la sanción y la gravedad del ilícito, lo cual está íntimamente relacionado con la justicia, elemento central en el lenguaje del inciso sexto del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución. Entonces, la severidad de la sanción permite

comunicar el grado de reproche atribuido a la infracción, de modo que mientras más grave sea la conducta, más severa será la sanción. Y, cuando se habla de gravedad de la infracción, es posible hacer referencia a dos componentes claves de dicho concepto: el daño causado y la culpabilidad.

**30°.-** Que, en este sentido, el daño causado está íntimamente ligado con el incumplimiento en la carga pública a la cual el requirente se encuentra obligado y a la relevancia que el mismo legislador le ha dado.

**31°.-** Que, en lo que respecta a la culpabilidad, ella responde a un criterio de responsabilidad personal - objetiva, siendo irrelevante, por tanto, la intencionalidad del infractor ya que no se requiere una conducta dolosa, sino simplemente una infracción en el cumplimiento del mandato legal. Cuestión que, sin dudas, corresponde al Tribunal de Fondo definir, pero permite a este sentenciador descartar dentro de los elementos que se deben considerar para determinar la infracción a la proporcionalidad en la sanción.

**32°.-** Que, por lo anterior, al no verificarse las infracciones constitucionales aludidas por la requirente, este Ministro está por rechazar el requerimiento deducido a foja 01.

[…]

**SENTENCIA ROL 11.384-21.** *Publicada el 22 de junio de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 40, letra a), de la Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile; 109, letra e), del D.F.L. (Ex interior) N° 2, del año 1968, correspondiente al estatuto del personal de Carabineros de Chile; 65, letra b), del reglamento N° 8 aprobado por el Decreto Supremo N° 5.193, de 30 de Septiembre de 1959, del Ministerio del Interior. Paulo César Zenteno Cerda. En el proceso Rol N° 3943-2021, sobre Recurso de Protección, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor y RODRIGO PICA FLORES previene que estuvo por acoger el requerimiento de fojas 1, únicamente en lo referido a los artículos 40, letra a), de la Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile; y 109, letra e), del D.F.L. (ex Interior) N° 2, del año 1968, correspondiente al Estatuto del Personal de Carabineros de Chile, en atención a los siguientes argumentos:**

## I. DEL ASUNTO SOMETIDO AL CONOCIMIENTO DE ESTE EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

**1°.-** En su requerimiento, el actor -quien se desempeñó durante 27 años y 03 meses de Servicio efectivo en Carabineros de Chile- señaló que, con fecha 03 de abril del 2021, tras una fiscalización del SEREMI de Salud Metropolitano y personal de Carabineros en su domicilio -lugar en el cual se encontraban su grupo familiar, la pareja de una de sus hijas, un primo y un amigo de la familia -quien, dado su trabajo y producto de la pandemia, los fines de semana pernoctaba en el domicilio del requirente-.

En el mismo sentido, el requirente precisa que tras realizarse la fiscalización y contar el número de personas dentro del domicilio, los fiscalizadores se retiraron del lugar. Sin embargo, luego habría regresado el Capitán de Carabineros, Francisco Pérez Valdivia, junto a contingente policial,

procediendo a detener a los hombres que se encontraban en dicho domicilio, trasladándolos a la 19º Comisaría de Carabineros de Providencia.

A reglón seguido, a foja 03, el requirente precisa que "(…) fue llevado ante el Juez de Garantía (…) oportunidad en la cual se le comunica el inicio de procedimiento penal en su contra por la supuesta vulneración a lo dispuesto en el artículo 318 del Código Penal, y por amenazas en contra del Capitán, Pérez Valdivia".

**2°.-** El requirente sostiene que, los hechos fueron difundidos públicamente, sin mediar investigación administrativa, sólo existiendo orden de sumario, siendo informado por medios de comunicación sobre el hecho de que el Alto Mando habría solicitado su retiro temporal y la consiguiente liberación del Servicio – siendo notificado posteriormente a la publicación de la noticia-. Respecto a los hechos, finalmente precisa que quedará imposibilitado de ejercer las funciones propias de su cargo, debiendo esperar por un periodo indeterminado para el término del proceso administrativo sancionatorio.

**3°.-** Que, en este sentido los preceptos legales requeridos de inaplicabilidad corresponden a los artículos 40 letra a) de la Ley N º 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, conjuntamente con el artículo 109 letra e) del Estatuto Personal de Carabineros de Chile, ambas disposiciones del mismo tenor, en términos de disponer que serán comprendidos en el retiro personal los Oficiales y el personal civil "A quienes el Presidente de la República conceda o disponga su retiro, a proposición del General Director". De este modo, sostiene el requirente, que ambas disposiciones entregan un margen de discrecionalidad muy amplio a la autoridad jerárquica para disponer una medida como la contemplada en las normas reseñadas, sin entregar mayores antecedentes que sustenten la determinación o con prescindencia de un proceso previo, que observe las garantías de un justo y racional procedimiento.

Que, en el mismo orden, el requirente aduce que el artículo 65 letra b) del Reglamento de Selección y Ascensos del Personal de Carabineros, Nº 8, infringe la Constitución, toda vez que faculta a la Institución a adoptar medidas antes de obtener el resultado del procedimiento sumarial, que al efecto se instruyó. Norma que, a juicio de este Ministro, no debe ser objeto del debate constitucional, pues excede al objeto de la acción de Inaplicabilidad, el control concreto de preceptos legales, al ser una norma reglamentaria de rango infralegal y por ende no ser objeto de este control de acuerdo al numeral 6° del artículo 93 de la Constitución Política.

## II. DE LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES EN EL CASO CONCRETO

**4°.-** Que, en relación con las infracciones expresadas por el requirente, es oportuno destacar que esta Magistratura Constitucional ha sostenido que *"Las garantías del debido proceso se encuentran establecidas en relación con el ejercicio de la función jurisdiccional, independiente del Órgano que la ejerza. De suerte tal que no sólo los Tribunales, propiamente tales, formen o no parte del poder judicial, ejercen jurisdicción, sino también lo hacen los otros órganos, como algunos que incluso integran la Administración del Estado, al resolver situaciones jurídicas que afectan a las personas y sus bienes"* (Ver STC Rol 7.571, C. 10º del voto disidente; y STC Rol 437, C. 17º). De tal modo, es posible verificar que en el caso concreto no se aprecia la observancia a la garantía del debido proceso, pues el requirente ha debido soportar medidas institucionales adoptadas al margen de los resultados de la investigación sumarial, pues incluso podría ocurrir que la exclusión referida sea una sanción aún más gravosa que la aplicada como consecuencia del sumario administrativo.

**5°.-** Que, en relación con lo recién expuesto, el artículo 19 Nº3 de la Constitución Política, en el inciso sexto, precisa el deber que tiene el legislador para establecer la garantía de un procedimiento e investigación racionales y justas, la que se debe extender a la actividad jurisdiccional, debiendo

estar presente en los procedimientos sumariales, como el caso de marras. Pues ello exigirá que las medidas que se adopten sean el resultado de un proceso en el cual se hayan custodiado los derechos del acusado, de modo que como consecuencia de la actividad jurisdiccional referida se concluya con una medida disciplinaria acorde al mérito de dicho proceso, más no como ha ocurrido en el caso de autos, dado que se han adoptado medidas que afectan en el desarrollo de la carrera del actor, como un efecto de la exclusión de las filas activas de la Institución.

**6°.-** Que, de tal modo, la imposición de las medidas descritas, al amparo de las facultades que entregan las normas requeridas de inaplicabilidad, se traducen en el ejercicio de una facultad sancionatoria y expulsiva discrecional, ejecutada al margen de un proceso previo debidamente tramitado, que observe de forma eficaz las garantías de un justo y racional procedimiento, tales como imputación formal y plazo para descargos, motivo por el cual, a juicio de este ministro el requerimiento de inaplicabilidad debió ser acogido.

**7°.-** Finalmente, cabe destacar que al requirente adicionalmente lo están dando de baja por cometer un hecho, a propósito de la aplicación del artículo 318 del Código Penal, que este mismo Tribunal ha precisado en múltiples oportunidades que es inaplicable, al tratarse de una ley penal en blanco (Ver en este sentido STC ROL 11.386 C. 14º, de la prevención de los Ministros Cristián Letelier Aguilar y Rodrigo Pica Flores, quienes concurrieron a acoger el requerimiento) por cuanto, sin perjuicio que la acción de inaplicabilidad tiene un efecto concreto, al menos el razonamiento de este Excelentísimo Tribunal Constitucional debe servir de estándar en la aplicación de la sanción administrativa, en este caso concreto, toda vez que al requirente lo están juzgando asumiendo que la conducta era constitutiva de delito.

[…]

# 6. Principio de interdicción a la doble punición.

**SENTENCIA ROL 10.571-2021.** *Publicada el 7 de octubre de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 209, inciso segundo, de la Ley N° 18.290. Luis Enrique Jeréz Fuentes. En el Proceso Penal RUC N° 1801225506-K, RIT N° 178-2019, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco.

**VOTO MAYORÍA**

[…]

**I. ALGUNAS REFERENCIAS SOBRE EL CASO CONCRETO.**

**PRIMERO**.- Que, Rodrigo Sandoval Silva, abogado, en representación de don Luis Enrique Jeréz Fuentes, dedujo recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 9 inciso 2º, de la Ley 18.290, de Tránsito, pues a su juicio la aplicación de este precepto legal, en el contexto de la causa RIT Nº 178-2019, por el presunto delito de conducción en estado de ebriedad y sin licencia de conducir – establecido en el artículo 196 inciso 1º, en relación con el artículo 209 inciso 2º, ambos de la Ley Nº 18.290-, al vulnerar los artículos 19 Nº 2 inciso 2º; 19 Nº 3, inciso 1º y 6º de la Constitución Política de la República, y el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**SEGUNDO**.- En el mismo sentido, el actor, a foja 05, precisa que el precepto legal impugnado es decisivo en la gestión pendiente, toda vez que *"(…) al existir una Audiencia de Juicio Oral a realizarse en el Tribunal de juicio Oral en lo Penal de Temuco, en la que necesariamente deberá conocerse del hecho punible contenido en la acusación y, en consecuencia, el fundamento fáctico y jurídico que la sustenta, entre ellas el precepto contenido en el artículo 209 inciso 2º de la Ley 18.290, la que opera como norma de agravación de la pena del delito establecido en el artículo 196 inciso primero del citado cuerpo legal".*

**TERCERO**.- A reglón seguido, a fojas 06 y siguientes, el requerente arguye que la aplicación del precepto legal impugnado infringe las disposiciones constitucionales precisadas, infringiendo el principio de igualdad ante la ley, el debido proceso y el principio de proporcionalidad de las penas, destacando a tal efecto lo siguiente:

## Respecto de la supuesta infracción del artículo 19 Nº 3 inciso 6º de la Constitución política.

» El principio de proporcionalidad de las penas, se reconoce como garantía del derecho a un procedimiento y a una investigación racional y justa. En tal orden, indica que *"(…) resulta cuestionable que la aplicación, en el caso concreto, del precepto legal impugnado se ajuste al principio de proporcionalidad, en la medida que éste establece una prohibición de exceso en la relación punitiva del Estado, prohibición que aquí parece incumplirse".*

» En esta línea argumental, sostiene que *"la falta de racionalidad es tal que, una persona puede verse enfrentada a una doble persecución y a una doble punición: en sede administrativa y en sede penal, por los mismos hechos (…)".* Fundamenta que esta situación se evidencia en el caso concreto, toda vez que el Juzgado de Policía local de Cunco, ordenó la apertura de un procedimiento infraccional respecto de su representado (causa Rol 21.705-18-P), por los hechos ocurridos con fecha 07 de diciembre del 2018 – por conducir vehículo motorizado

en estado de ebriedad, sin haber obtenido licencia de conducir-, la que culminó con sentencia condenatoria, obligándolo al pago de una multa de 3 Unidades Tributarias Mensuales, suma que, según indica, fue ingresada en arcas municipales con fecha 16 de mayo del 2019. En contra punto, aduce que el hecho ya sancionado, se ve contenido nuevamente en el escrito de acusación del Ministerio Público, verificándose, por tanto, una segunda persecución, esta vez en sede penal, a su entender, intentando privar de libertad a su representado, pues la norma contenida en el artículo 209 inciso 2º de la Ley 18.290, aumenta en un grado la pena asignada al delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, pasando ésta de presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado medio, esto es de 541 días a 3 años. De tal modo, a su juicio, el solo hecho que exista una doble persecución en sedes diferentes, reflejaría la desproporción del tratamiento que el legislador ha dejado en manos del ente persecutor.

» Finalmente, sobre este punto el actor indica que la investigación que sustenta el Ministerio Público, que debe sujetarse a parámetros de racionalidad y justicia, no puede utilizarse como una forma de volver a penar conductas que ya fueron sancionadas en sede administrativa, para incrementar la magnitud de la sanción, sin justificación racional. Hecho que, a su parecer, se traduciría en una infracción al principio del "non bis in ídem" en su vertiente procesal y amenaza con configurarse como una infracción al mismo principio en su faz material, hecho con el cual se infringiría lo dispuesto en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### Respecto de la supuesta infracción del artículo 19 Nº 2 inciso 2º de la Constitución.

» El actor señala, a foja 10, que la ineludible aplicación del precepto legal impugnado, a partir de la acusación presentada por el Ministerio Público, amenaza con infringir la prohibición de doble valoración, que debe alzarse como una expresión de la prohibición de exceso, en el contexto del ejercicio de las potestades sancionadoras y jurisdiccionales y, en consecuencia como una manifestación del principio de proporcionalidad, el debido proceso y la igualdad ante la ley.

## II. DE LA FENOMENOLOGÍA DEL RIESGO Y LA CONCURRENCIA DE DOLO EVENTUAL EN LA CONDUCCIÓN EN ESTADO DE EBRIEDAD Y SIN LICENCIA DE CONDUCIR.

### De la fenomenología del riesgo en la conducción de vehículos motorizados.

**CUARTO.**- Es un hecho indiscutible que muchas de las actividades que los sujetos realizan, cotidianamente, conllevan un riesgo para las personas e, incluso, la sociedad, y la conducción vehicular no es la excepción. Al tratarse de una actividad de interacción humana, en la cual los sujetos participan desde múltiples posiciones (ya sea como conductores, pasajeros o peatones), actuando sobre un mismo escenario, la previsibilidad del riesgo resulta trascendental, tanto para promover un tráfico vial eficiente, como para distribuir las responsabilidades de cada uno de ellos. En virtud de lo anterior, es de la esencia precisar un estándar de comportamiento vial de cada uno de estos sujetos, el cual está traducido en específicos deberes, todos los cuales obedecen a cuestiones de cuidado por la vida y la integridad física de terceros en el uso de bienes nacionales de uso público como lo son las calles, deberes que se determinan de manera expresa y delimitada a nivel de leyes, las normas de Tránsito, derivando de ellos infracciones y delitos según la entidad de la reprochabilidad de su infracción. Es impreterible que, dicha actividad de conducción de vehículos motorizados debe desarrollarse en cumplimiento a ellas, a fin de precaver, restringir

o evitar la ocurrencia de un hecho calificable como delito o infracción que afecten a terceros, como consecuencia de la generación antijurídica de un peligro, en una conducta que basta ser imprudente o culposa para ser punible, y que en lenguaje sencillo se traduce en el simple ejercicio del derecho de poder salir a la calle sin "normalizar" la posibilidad de morir en el intento por la mala conducción ajena de vehículos.

**QUINTO**.- En virtud de lo anterior, surge, como norma especial, la Ley Nº 18.290, sobre Tránsito, que establece la regulación para el tránsito legal por las vías públicas, destinadas al uso público o que sean de acceso público (artículo 1). Existiendo a tal efecto, una regulación, coherente, sistemática y necesaria, desde la perspectiva administrativa y penal, encontrándose consagrados entre los artículos 190 a 209 de la Ley Nº 18.290, los hechos típicos, antijurídicos y culpables, así como las respectivas sanciones frente a hechos de conducción contrarios al ordenamiento de tráfico vial en Chile, anotada bajo el título <<*de los delitos, cuasidelitos y de la conducción bajo la influencia del alcohol, en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas*>>.

**SEXTO**.- Que, en tal sentido, en el Párrafo 3 del Título XVII del la Ley Nº 18.290, se establecen variantes de interdicción sobre la facultad de intervenir en el tránsito o circulación vial, como consecuencia de la conducción de vehículos motorizados, mediante sanciones administrativas (artículo 207) sanciones penales accesorias (establecidas en el artículo 208) un tipo delictivo específico como consecuencia del quebrantamiento de condena (conforme al artículo 209 inciso 1º) y, una circunstancia agravante específica de efecto extraordinario, aplicable exclusivamente sobre los artículos 193 y 196 de dicha norma, como consecuencia de la comisión del delito por quien no haya obtenido licencia de conducir, o que, teniéndola, hubiese sido cancelada o suspendida, caso en el cual el tribunal "deberá" aumentar la pena en un grado (artículo 209, inciso 2º).

**SÉPTIMO**.- Que, por otra parte, en los artículos 199 a 206 de la Ley Nº 18.290, ya singularizada, se establece un catálogo de ilícitos administrativos, precisándose gradaciones respecto a las infracciones o contravenciones ahí establecidas, distinguiéndose entre infracciones leves, menos graves, graves y gravísimas.

**OCTAVO**.- Que, si bien, como se ha podido adelantar el tránsito vial, en sí, implica un sin numero de riesgos, como consecuencia de los múltiples factores que inciden en dicha actividad humana, muchas veces desarrollada mediante la utilización, o con apoyo, de medios mecánicos y/o electrónicos; dicha actividad, asociada a la libertad de desplazamiento, y orientada a satisfacer intereses de relevancia social, requiere un punto de equilibrio entre el ejercicio de tal libertad y la garantía de la seguridad vial, además del respeto de la vida e integridad ajena, equilibrio que en el caso chileno es establecido, regulado y promovido por las normas legales ya citadas, que precisan un ámbito de intervención y deberes, asociados a la distribución de responsabilidades de quienes intervienen en la actividad de conducción, obedeciendo a un fin constitucionalmente legítimo, y además primario, como lo es el dar protección a la población y garantizar su vida e integridad (artículos 1° y 19 , numeral 1°, de la CPR). De modo tal, que el hecho, para que derive en reprochado, deberá superar en el caso concreto un estándar de riesgo lícito o mínimo, además de concurrir en materia de tránsito el evidente elemento de la representación, actual o potencial, de la peligrosidad de la conducta. Así, el sujeto que ha incurrido en la conducta reprochada, incumplimiento de los mínimos deberes de cuidado establecidos a nivel de ley, deberá "responder" pues ha aceptado conscientemente así el riesgo de la producción del resultado, hecho que sin dudas, en el caso concreto, corresponderá al Juez del fondo determinar.

## Del dolo eventual en la conducción en estado de ebriedad y sin licencia de conducir.

**NOVENO**.- Que, sin perjuicio del carácter concreto del exámen realizado por este sentenciador, es necesario realizar breve referencia en torno a las tipología de responsabilidad dolosa, específicamente, en torno al dolo eventual, que se articula sobre requisitos de peligrosidad respecto del bien jurídico tutelado – calificado en torno al riesgo-, elementos cognitivos y volitivos.

**DÉCIMO**.- Que, en tal sentido, siendo desde ya jurídicamente reprochable, es imposible obviar que la verificación de un posible dolo o culpa con representación,en caso de la circulación vial mediante vehículo motorizado en estado de ebriedad, implicará el balance entre el nivel real de incidencia de la sustancia en las capacidades del imputado y la posibilidad de que un tercero pudiese haber visto lesionado sus intereses, físicos o patrimoniales, por la ocurrencia del hecho reprochado en infracción a un elemental deber de cuidado, sin perjuicio de la concurrencia en el mismo de causas basales autónomas y per se infraccionales, como no respetar una señalética de pare o ceda el paso, o una luz roja de semáforo. Es decir, el tipo subjetivo se sustenta en la representación de acción de conducción y la afectación por las consecuencias físicas del consumo de alcohol en un delito consumado, en una infracción ab initio de un deber de cuidado, por tanto existe no solo un reproche a tal desprecio por la diligencia, sino también una conexión entre el resultado y la acción de conducción, conforme a los elementos del tipo objetivo de que se trate, que puede ser de los contenidos entre los artículos 193 y 196 de la ley de tránsito.

**Cabe señalar que la producción del resultado dañoso en materia de tránsito es plenamente previsible, y que de concretarse el riesgo la lesión de derechos de terceros se produce en fracción de segundos, siendo usual que revista un carácter irreversible al traducirse en la muerte o en lesiones graves. Es eso lo que se busca evitar mediante la regulación de tránsito, y las sanciones infraccionales y penales, con todos sus elementos de graduación, son parte legítimamente de sus instrumentos regulatorios.**

## III. DE LOS DELITOS DE CONDUCCIÓN VEHICULAR EN CHILE.

**UNDÉCIMO**.- Que, los delitos tipificados en la Ley Nº 18.290 admiten algunas distinciones *"En primer lugar, se pueden reconocer tipos delictivos donde lo castigado es conducir un vehículo en contravención a determinadas reglas administrativas de circulación, los que aquí se denominan <<delitos de conducción vehicular>> establecidos en los artículos 193, 194, 196 y 209, inciso 1. En segundo lugar, los artículos 195 y 195 bis tipifican el infringir precisas obligaciones impuestas a quienes intervinen en el flujo vehicular, diferentes a las condiciones exigidas exclusivamente para <<conducir>> un vehículo, razón por cual se denominan <<delitos de incumplimiento de debreres en el tráfico rodado>>. Finalmente, se tipifican <<otros delitos contra la ordenación del tráfico>> previstos en los artículos 190, 191, 192, 192 bis, inciso 6º, 194 bis, inciso quáter, quinquies, sexies, septies, octies, y artículo 198, los cuales apuntan al castigo de una heterogénea gama de de conductas que interfieren en mayor o menor medida con el diseño institucional en materia de circulación vehicular"* (Bascur Retamal, G. (2020). Delitos contra la ordenación del tráfico vial en Chile. Revista de Estudios de la Justicia, (32), 105-178. doi:10.5354/0718-4735.2020.55622).

**DUODÉCIMO**.- Que, conforme a lo que importa a este voto de mayoría, el Título IX, de la Ley Nº 18.290, en el artículo 109 inciso 1º, se establece la prohibición general *"ninguna persona podrá conducir un vehículo cuando se encuentre en condiciones físicas o psíquicas deficientes"*. De lo que se sigue, cual es el bien jurídico protegido, en tanto condición sine qua non para generar condiciones de seguridad y riesgos previsibles, asociados a deberes regulados por ley en el tránsito vial. Ello por cuanto, una conducción bajo el efecto del alcohol o drogas, afecta las capacidades de reacción y de control sobre un vehículo, efecto biológico que redundará, ineludiblemente, en el adecuado dominio del vehículo durante su circulación (infringiendo de este modo, el principio contenido en el artículo 108 de la norma referida), afectando así la garantía de la seguridad vial.

**DECIMOTERCERO**.- Que, en dicho orden, el legislador ha previsto un tipo base, que sanciona el conducir infringiendo la prohibición señalada precedentemente, así como agravantes específicas, como la del artículo 209 inciso 2º, de dicha disposición.

**DECIMOCUARTO**.- Que, siguiendo la misma línea argumentativa, la Ley N° 18.290 contempla requisitos, controles y procedimiento para obtener los diversos tipos de licencia de conducir, lo que implica garantía de idoneidad y seguridad. Además de existir en la misma ley un amplio conjunto de conductas prohibidas para todo conductor, entre las cuales hay figuras infraccionales y penales, algunas de peligro y otras de resultado, que reconocen como razón de su establecimiento la garantía y respeto de terceros para la cautela y protección de sus derechos (Ver en este sentido, sentencia Rol N° 1888, considerandos 18°, 19°, 20, 21°) en una actividad altamente riesgosa y dañosa, en contra de la integridad física y la vida de las personas, lo que significa que es claro y alto el reproche de figuras ligadas a actividad de conducción, lo cual a su vez tiene un correlato en la entidad de las sanciones, como ocurre en el caso de la agravante específica del artículo 209, inciso 2º.

## Sobre el delito de conducción de vehículo motorizado en condiciones físicas o psíquicas deficientes. Configuración del delito consagrado en el artículo 196 inciso 1º, de la Ley 18.290.

**DECIMOQUINTO**.- Que, como se ha adelantado, el artículo 196, inciso 1º de la Ley 18.290, establece una prohibición expresa de "conducir vehículos bajo los efectos psicofísicos propios de la ingesta de alcohol", precepto que debe ser concordado con lo dispuesto en los artículos 109, inciso 1º y 110, inciso 2º del mismo cuerpo normativo, pues de ocurrir la hipótesis prohibida, ello implicará sobrepasar el umbral del riesgo permitido, en acciones propias de la conducción de vehículos motorizados. De tal modo, concurriendo (a) el hecho de la conducción, y (b) la infracción a los preceptos recién referidos, se configura la acción típica, que será gradada conforme al estado de deficiencia ocasionado por el consumo de alcohol.

**DECIMOSEXTO**.- Que, en este orden, el legislador estableció un tipo base, donde el lugar de realización de la acción es un elemento típico implícito, en tanto hay dos elementos estructurales del tipo, que representan el elemento típico de contexto situacional, que da cuenta del umbral de riesgo permitido, pues de verificarse el reproche, se asume la ocurrencia de un peligro concreto -por infringir los deberes específicos de previsión y control de riesgo inherentes al rol de conductor-. Así, en el ordenamiento jurídico la figura base, de mera actividad, conlleva la sanción de la tentativa según las reglas generales *"(…) En el caso de que la persona se apreste a conducir bajo la influencia del alcohol, en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, el juez aplicará la sanción indicada en el artículo 193 o 196, disminuida o en grado de tentativa, según corresponda"* (artículo 182, inciso 3º de la Ley Nº 18.290), por cuanto la distinción entre los actos preparatorios y ejecutivos será de relevancia.

**DECIMOSÉPTIMO**.- Que, a reglón seguido, precisado el tipo base del delito, en relación al tipo subjetivo, es posible destacar que este es doloso, pues para dar principio a su ejecución es suficiente la representación de la acción de conducción y sufrir los efectos del consumo de alcohol. En esta misma línea, la profesora Tatiana Vargas Pinto señala que *"No parece haber dudas sobre el nexo objetivo entre la conducta peligrosa y la perturbación de bienes individuales, si se dan dentro del contexto de riesgo. Las interrogantes se plantean frente a exigencias subjetivas. Aún así, el dolo de peligro, el conocimiento de los riesgos para la seguridad vial, aparentemente cubren al menos conductas imprudentes respecto de la afectación de bienes individuales. De este modo, quien conduce en estado de ebriedad, y tiene dolo respecto de la conducción y del peligro para la seguridad vial, también puede representarse la posible lesión de la vida o de la salud de alguna persona" (Vargas Pinto, T. (2020)*

*La progresiva objetivación de la responsabilidad penal a raíz de recientes modificaciones a la Ley de tránsito. Ackerman n Hormazábal, I., editor. Imputación penal y culpabilidad)*

**Sobre la aplicación de la agravante específica establecida en el artículo 209 inciso 2º de la Ley 18.290, en el caso concreto, y la supuesta infracción de las normas constitucionales aducidas por el requirente.**

**DECIMOCTAVO**.- Que, el artículo 209, inciso segundo, impugnado en autos establece *"(…) Si los delitos a que se refieren los artículos 193 y 196 de la presente ley, fueren cometidos por quien no haya obtenido licencia de conducir, o que, teniéndola, hubiese sido cancelada o suspendida, el tribunal deberá aumentar la pena en un grado (…)".* Esta norma permite reconocer tres supuestos, que derivan en una circunstancia agravante.

**DECIMONOVENO**.- En relación al hecho de "ser sorprendido realizando la acción de conducción sin encontrarse habilitado administrativamente" esta situación, excepcionalmente, configura la hipótesis de ser agravante -dado que por regla general, manejar sin licencia de conducir implica sólo un ilícito administrativo, conforme al artículo 199, número 2-. Sin embargo, en el caso de incurrir en el delito de conducción bajo la influencia del alcohol, consagrado en el artículo 196, inciso 1º, comprobándose, adicionalmente, que ese hecho reprochado ocurrió sin encontrarse habilitado administrativamente para conducir, como en el caso de marras, ello implicará – como consecuencia del valor que el legislador le ha dado a la protección de bienes jurídicos individuales y sociales, vinculados con la salud y patrimonio de los sujetos- que el sentenciador del fondo, eventualmente, aplique el contenido de dicho precepto como una circunstancia modificatoria.

» **De la supuesta infracción al principio del "ne bis in ídem"**

**VIGÉSIMO**.- Que, en relación con la supuesta transgresión del principio del non bis in ídem, es dable considerar que tal como ha apuntado esta magistratura (STC Rol 3000, c. 7º), que *"(…) el principio non bis in ídem, en cuya virtud nadie puede ser juzgado ni condenado doblemente por un mismo hecho, deriva de la dignidad de la persona humana y encuentra cobertura primordialmente en el artículo 19 Nº 3, de la Carta Fundamental, en tanto en el párrafo sexto, cuando previene que "corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos", cuanto en el párrafo noveno, al prevenir que "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella". Respecto al mismo, este Tribunal ha considerado que dicho principio, que importa que por un mismo hecho delictivo el responsable no puede verse expuesto a sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución penal, es base esencial de todo ordenamiento penal democrático. Agregando que dicha interdicción del múltiple juzgamiento y la sanción se sustenta en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad, cuyo fundamento constitucional emanan de la naturaleza humana. Ha sostenido que su transgresión constituye un atropello a las bases de la institucionalidad, así como a la garantía de una investigación y un procedimiento racionales y justos"* (STC Rol 4795, c. quadragésimo sexto) (En el mismo sentido, STC Rol 2045, c. 4º; 2254, c. 4º; 2773, c. 31º; 2186, c. 4º)

**VIGÉSIMO PRIMERO**.- Que, la garantía penal del "ne bis in ídem" implica una restricción de carácter procesal y una de carácter material o sustantiva establecida para el sentenciador. Así, la prohibición"ne bis in ídem", implicará que el Juez de fondo resuelva si un hecho sometido a un proceso radicado dentro del ámbito de su competencia, ya ha sido resuelto, siguiendo para tal efecto la regla de triple identidad (sujetos, hechos y fundamentos), o si el comportamiento sancionado se describe o sanciona en diversas disposiciones sin fundamento para ello – en contravención con la prohibición de doble valoración-. De tal forma, el "ne bis in ídem" no prohíbe que un mismo infractor pueda ser objeto de dos sanciones por un mismo hecho, en tanto la imposición de una y otra sanción respondan a un fundamento jurídico diverso, como ocurre en el caso de marras.

**VIGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, en el caso de autos, la aplicación del inciso 2º del artículo 209 de la Ley Nº 18.290, se presenta como una agravante especial, como consecuencia de conducir sin haber obtenido la respectiva licencia. Cuestión que, a juicio del requirente, conforme a lo resuelto en causa Rol Nº 21.705-2018, del Juzgado de Policía local de Cunco, que rola a fojas 26 y 27, haría devenir en contraria a la prohibición "ne bis in ídem" la aplicación del precepto impugnado, en el contexto de la causa penal que sirve de gestión pendiente a la presente inaplicabilidad, pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 199 de la misma Ley, ya habría sido sancionado en sede administrativa, con una "multa de 3 UTM y a la suspensión de su licencia de conducir, por 45 días, cuando la obtenga".

**VIGÉSIMO TERCERO**. - Que, en tal sentido, la sanción a la que el requirente fue sometido como consecuencia de la causa seguida ante el Juez de Policía Local de Cunco, y la eventual aplicación del artículo 209 inciso 2º de la Ley Nº 18.290, no comparten el mismo fundamento ontológico, en atención a la configuración de los hechos normativos sancionables -pues en la causa penal, el hecho de conducir sin licencia, es una agravante especial que se emplea de forma accesoria- y, en cuanto a los bienes jurídicos tutelados (pues en el caso de la sanción administrativa el bien jurídico cautelado es la seguridad vial como interés colectivo y entendida como la simple ausencia de accidentes, en tanto que el bien jurídico tutelado por el delito del artículo 196 inciso 1º, en relación con la norma impugnada, involucra la tutela de un interés jurídico complejo y específico de estándar más alto, configurado no solo con la seguridad en las vías públicas, sino también con la proscripción del daño a la vida e integridad de terceros en infracción a los deberes de cuidado establecidos como estándar de prevención a nivel de ley). Por tanto, sólo comparten la identidad subjetiva, más no la identidad en la configuración normativa de los hechos, ni en su fundamento jurídico. De tal modo, en el caso concreto, estos sentenciadores estiman que no existe una doble valoración de un mismo hecho o circunstancia, sino que, en la configuración normativa el legislador intenta expresar, de forma completa, el desvalor asignado a la infracción cometida. En tal orden, si la sanción emana de uno o más órganos, ello no supone, per se, la concurrencia de una "punición múltiple", que si se encuentra prohibida en el ordenamiento jurídico.

**VIGÉSIMO CUARTO**.- Que, en el caso de autos el Juzgado de Policía Local de Cunco, como consta a foja 27, sancionó al requirente por haber cometido las infracciones de "**conducir vehículo motorizado con certificado de revisión técnica vencida y sin haber obtenido licencia**". En tanto, el Ministerio Público, a foja 20 y siguientes, acusa al imputado por los ilícitos de "**conducción en estado de ebriedad de vehículo motorizado sin haber obtenido licencia de conducir**". Es decir, si bien la cuestión sometida al conocimiento y resolución del tribunal -Penal y Policía Local- se origina en el contexto del *control policial de un sujeto que conduce un vehiculo motorizado.* De este hecho derivan diferentes consecuencias -infraccionales y penales-, cuyo conocimiento, conforme al factor materia, ha sido delimitado por el legislador, y radicado en diferentes sedes, a saber, Penal y Policía Local, respectivamente (cuestión que, atendido el principio de deferencia al legislador, no le corresponderá a esta Magistratura calificar).

**VIGÉSIMO QUINTO**.- Así, siguiendo la misma línea argumentativa empleada por este Excelentísimo Tribunal Constitucional en la STC Rol 5121, c. 10º, en el caso concreto, la diversificación orgánica (concepto diferente al de punición múltiple. Ver en este sentido STC Roles 5932, c. 8º; 2254, c. 4º; 2773, c. 31º; 2186, c. 4º; 3000, c. 7º; 4779, c.7º) es consecuencia de la concurrencia de *"presupuestos fácticos diferentes"* (conducir con certificado de revisión técnica vencida y sin haber obtenido licencia de conducir y, por otra parte, conducir en estado de ebriedad sin haber obtenido licencia de conducir) conductas reprochables orientadas a cautelar bienes jurídicos diversos, y el distinto ámbito de competencia de uno y otro Tribunal, por lo cual

la premisa del principio invocado *"carece de congruencia con el aludido argumento de vulneración del principio ne bis in ídem"* pues sólo coincide, en este caso, la identidad subjetiva, siendo insuficiente ello para sobrepasar el baremo que se ha precisado para que una persona resulte doblemente sancionada (en este sentido ver STC roles 2045, considerando 41º, del voto disidente de rechazo; en votos de mayoría STC Rol 2402 y 2403, c. 20º; y en empate STC Roles 1960, 1961, 2018, 2236, en todas ellas el considerando 14º).

» **De la supuesta infracción del artículo 19 Nº 2, inciso 2º de la Constitución Política de la República.**

**VIGÉSIMO SEXTO**.- Que, el requirente, como se ha visto, indica que la supuesta vulneración al principio de doble valoración *"al alzarse como una prohibición de exceso en el marco del ejercicio de las potestades sancionadoras y jurisdiccionales (…)"* supone una vulneración de lo dispuesto en los artículos 19 Nº 2, inciso 2º y 19 Nº 3, incisos 1º y 6º de la Carta Fundamental, pero no precisa como, en el caso de marras, se verifica la referida infracción del artículo 19 Nº 2, inciso 2º de la Constitución.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que este Excelentísimo Tribunal en su reiterada jurisprudencia ha señalado que *"La diferenciación de situaciones jurídicas resultará Constitucional, cuando además de tener un fin lícito, las consecuencias jurídicas de tal distinción resulten adecuadas y proporcionales al objetivo buscado (STC 1463 c. 33) (En el mismo sentido, STC 1951 c. 18)"*.

**VIGÉSIMO OCTAVO**.- Que, dicha concepción es coherente con el razonamiento expresado por este sentenciador en consideraciones previas, toda vez que no se infringe la prohibición de doble valoración, pues el proceso penal y administrativo sólo comparten una identidad subjetiva, por tanto se debe desestimar esta alegación.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**1) QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, EN TODAS SUS PARTES.**

**2) QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE AL EFECTO.**

**3) QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

**SENTENCIA ROL 8484-2020.** *Publicada el 8 de octubre de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la frase "algunas de las siguientes multas", contenida en el artículo 11, inciso primero, de la Ley N° 18.902, que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Aguas Chañar S.A. En los autos caratulados "aguas Chañar S.A. Con Superintendencia de Servicios Sanitarios", Rol C-15588-2016, seguido ante el 8° Juzgado Civil de Santiago, en actual conocimiento de la Corte Suprema, bajo el Rol N° 114-2020, sobre recurso de casación en la forma y en el fondo.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO y NELSON POZO SILVA, de la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento,** por las siguientes razones:

## I. ACERCA DEL CASO CONCRETO

**1°.-** Que, el requirente solicita la declaración de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 11 inciso 1º de la Ley Nº 18.902, particularmente en la parte en la cual se dispone que los prestadores de servicios sanitarios podrán ser objeto de la aplicación por la Superintendencia de *"algunas de las siguientes multas"* facultando, a su juicio, de forma contraria a la Constitución, para que se apliquen los literales a) y b), de la norma impugnada de forma conjunta, sancionando dos veces a la empresa por un mismo hecho. A reglón seguido, el requirente estima que la situación sin considerar que la letra b) contiene la misma infracción que la letra a) pero de carácter agravado, ya que se refiere específicamente a aquellos casos en que hubiera una deficiencia en la continuidad del servicio, que hubiere puesto en peligro o se afectare gravemente la salud de la población, o afectare a la generalidad de los usuarios.

**2°.-** La actora refiere que, en relación a las multas impuestas por las infracciones ocurridas en la ciudad de Vallenar, por Resolución Exenta 956/2016, se sancionó doblemente a Aguas Chañar S.A., por una misma situación, vulnerando con ello el principio non bis in idem, el que sin perjuicio de no encontrarse recogido expresamente en nuestra Constitución, se encuentra implícito en diversas disposiciones, entre las que destaca el artículo 19 N° 3 inciso 5° constitucional, que consagra la garantía a un racional y justo procedimiento; el artículo 19 N° 3, inciso 7°, que dispone que "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado" y el artículo 5°, inciso segundo constitucional, en relación al artículo 14 N° 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 8 N° 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

**3°.-** Agrega que para que dicho principio pueda ser aplicado, es necesario que concurra la triple identidad, esto es, identidad de sujeto sancionado, hechos reprochables y causa de imputación.

## II. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO Y LÍMITES AL IUS PUNIENDI.

**4°.-** En cuanto al derecho administrativo sancionatorio, es la teoría española en materia administrativa, la que refleja en mejor forma las relaciones entre lo administrativo y lo penal. A tal efecto, entiende que *"una sanción es un mal infligido por la Administración a un administrado*

*como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa"* (García de Enterría-Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo II, 7ma. Edición, Civitas Ediciones S.L., año 2001, p. 161), por el contrario, lo penal afecta la libertad personal del individuo castigado.

**5°.-** Lo anterior explica que las sanciones administrativas, tal como la aplicada en este caso, si bien son independientes de las penas en el orden penal, tienen una identidad común con ellas, ya sea porque son manifestación de un mismo poder punitivo del Estado, o bien pues entre ambas hay una semejanza esencial (STC Roles N°s 294/96; 479/2006; 480/2006; 1413/2010; 1518/2010; 2381/2013; 5018/2019; 6250/2019).

Esto determina que los principios penales que deben aplicárselas a ambas son los mismos, teniendo eso si en consideración que las penas en el orden penal pueden privar de la libertad a un individuo, mientras que las sanciones administrativas no podrían afectar esta garantía fundamental (STC Rol N° 1518/2010). Siendo las garantías y límites al ius puniendi el contrapeso a la afectación de derechos que importa la sanción, la intensidad de dichas garantías y límites es mayor en la medida que el orden sancionatorio implica mayor punición en cuanto a los derechos involucrados, así, en el orden penal es donde tendrán la mayor entidad, densidad y significación, pues la sanción puede llegar incluso a ser una privación de libertad personal a perpetuidad. En materia administrativa sancionatoria, las sanciones generalmente son multas, no constituyendo privaciones de libertad, lo que significa que la intensidad y especificidad de las garantías no es la misma, al ser la entidad del ius puniendi diferente.

## II. INTERDICCIÓN DE LA DOBLE PUNICIÓN.

**6°.-** A este respecto, uno de los principios penales que se extrapola al orden administrativo sancionatorio, en los términos antes señalados, es el de interdicción de la doble punición. Esta Magistratura Constitucional ha señalado reiteradamente que es uno de los principios básicos de un procedimiento racional y justo, en materia sancionatoria, aludiéndolo bajo la fórmula "ne bis in ídem" -o non bis in idem según convencionalmente se le desee denominar-, en cuanto prohíbe aplicar a un mismo sujeto una doble sanción por los mismos hechos, y que aunque la Constitución no consagre este principio en términos explícitos, se entiende que forma parte del debido proceso consagrado en el inciso sexto, del numeral 3 del artículo 19 constitucional, en que se impone al legislador la obligación de establecer procedimientos racionales y justos (rol 6528, c. 9º). Además, **en cuanto a otras fuentes de este mismo principio, puede señalarse además la consagración de las garantías constitucionales del orden penal**, en tanto está *"íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad (…) La explicación radica en que, si un mismo hecho puede ser sancionado varias veces, es porque es ilícito por varios conceptos, por lo que hay una tipicidad múltiple; y semejante tipicidad múltiple no es genuina tipicidad porque, como observa Ramón García Albero, no cumple la exigencia de taxatividad"* (Díez-Picazo Luis María, Sistema de Derechos Fundamentales, Thomson, año 2008, 3° Ed., p. 474).

**7°.-** En ese orden debe tenerse presente que el principio "non bis in ídem", en cuya virtud nadie *puede ser juzgado ni condenado doblemente por un mismo hecho*, deriva de la dignidad de la persona humana y encuentra cobertura primordialmente en el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, tanto en el párrafo sexto, cuando previene que "corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos", cuanto en el párrafo noveno, al prevenir que *"ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella"* (STC Rol N° 3000, c. 7°). Respecto al mismo, este Tribunal ha considerado que dicho principio, que importa que por un mismo hecho delictivo el responsable no puede verse expuesto a sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución penal, es base esencial de todo ordenamiento penal democrático.

**8°.-** De igual forma, debe agregarse que dicha interdicción del múltiple juzgamiento y la sanción se sustenta en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad, cuyo fundamento constitucional emana de la dignidad personal y del respeto por los derechos fundamentales. Ha sostenido que su transgresión constituye un atropello a las bases de la institucionalidad, además de la garantía de una investigación y un procedimiento racionales y justos. (STC Rol 2045, c. 4°) (En el mismo sentido, STC Rol N° 2254, c. 4°; STC Rol 2773, c. 31°; y STC Rol N° 2186, c. 4°).

**9°.-** Así, resulta pertinente tener presente que el non bis in ídem es un principio que *"no prohíbe que una persona pueda ser castigada doblemente (por) unos mismos hechos si la imposición de una y otra sanción responden a distinto fundamento. Así podría decirse que lo proscrito por el principio non bis in ídem no es tanto que alguien sea castigado o perseguido doblemente por idénticos hechos, cuanto por idéntico ilícito, entendido como hechos que lesionan o ponen en peligro determinado interés protegido por la norma sancionadora" (Pérez Nieto, Rafael; Baeza Díaz-Portales, Manuel (2008). Principios del Derecho Administrativo Sancionador: Volumen I. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 152). En síntesis, puede señalarse que "El principio non bis in idem no prohíbe realmente que alguien pueda ser sancionado dos veces por los mismos hechos, sino que sea castigado dos veces por los mismos hechos sobre la base de idéntico fundamento"* (Cano Campos, Tomás (2001), Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, Nº 156, 2001, pág. 195).

**10°.-** Que la Constitución Política, al reconocer la libertad empresarial en el catálogo de derechos, en el numeral 21° del artículo 19, parte de la base que todas las actividades económicas requieren ser objeto de regulaciones específicas, al señalar que esta libertad se ejerce dando cumplimiento a las normas legales que regulen la actividad empresarial específica. Tales ordenamientos sectoriales lo que hacen es en esencia establecer los requisitos de seguridad, sanidad, garantías para los usuarios del servicio y condiciones mínimas de desarrollo de la actividad, y en algunos sectores de la economía ello implicará regulaciones más intensas por referirse a servicios de utilidad y relevancia pública, marco en el cual habrá normas especiales sobre continuidad del servicio, tarifas, estándares de calidad, lo cual, para dar real eficacia a la ley, irá acompañado de potestades especiales, fiscalizadoras y sancionadoras, por parte de algún órgano administrativo encargado del resguardo del interés público involucrado en dicha actividad. Ese es el panorama en la prestación de los denominados "servicios básicos", entre los cuales se encuentran el acceso a electricidad, agua potable, alcantarillado y gas.

**11°.-** Que, los bienes jurídicos protegidos adquieren especial importancia para determinar si estamos ante la vulneración del principio ne bis in ídem, que constituye el fundamento del requerimiento de estos autos.

**12°.-** En este sentido, todo bien jurídico tiene, indudablemente, una relevancia constitucional en cuanto el precepto legal recoge lo que explícitamente se encuentra establecido en la Carta Fundamental. De tal forma que, la doctrina en forma mayoritariamente *"considera que el recurso a la pena sólo encuentra justificación en cuanto se tutele un bien jurídico con reflejo en la Constitución"* (¿Principio de Efectiva Protección de Bienes Jurídicos?: Derecho Penal Europeo y Principio de Proporcionalidad, Manuel Portero Henares, Ed. 2010, p. 311, Civitas).

**13°.-** En ese entendido es que la ley penal protege el bien jurídico acorde con los valores y principios establecidos en la Constitución, sirviendo esta concepción de tamiz en la creación de tipos penales irrelevantes e impidiendo la excesiva frondosidad de los mismos. En la misma medida, las sanciones administrativas también deberán estar dotados de razonabilidad en cuanto al bien jurídico o al interés que pretenden cautelar, lo cual es relevante para analizar el caso concreto.

**14°.-** Otro de los elementos que deben diferenciarse, obedece al cúmulo de responsabilidades, pues de un mismo hecho pueden derivar responsabilidades penales, civiles, administrativas y también laborales, o bien algunas de ellas, pues cada orden del derecho se refiere a materias diferentes y un mismo hecho puede ser relevante y atingente para diversas normas. Así, en todo accidente del trabajo habrá una eventual arista de responsabilidad patrimonial del empleador frente al trabajador y, a la vez, una administrativa regida por la legislación sanitaria en materia infraccional, ocurriendo lo mismo con los hechos delictivos, de los cuales además de una acción civil emana una acción penal, por tratarse de diversos órdenes del sistema jurídico, referidos a materias diferentes.

## III. ¿DOBLE PUNICIÓN EN EL CASO CONCRETO?

**15°.-** Que, en la medida que el actor aduce en su requerimiento que las multas que fueron aplicadas, mediante la Resolución Exenta Nº 956/2016, al emanar de un mismo hecho y ser sancionada con base a los literales a) y b) del artículo 11 de la Ley Nº 18.902, ya singularizada, en forma conjunta, y que por ende serían contrarías a las disposiciones Constitucionales y convencionales referidas precedentemente, debe señalarse que el control de juridicidad del acto de multar y de la concurrencia de los casos y formas que establece la ley para ello es el tribunal del fondo y no esta Magistratura. En segundo término, debe tenerse presente que en el presente caso una empresa de servicios sanitarios invoca como infringidas normas de derecho internacional de derechos humanos contenidas en tratados internacionales, incluyendo algunas de la Convención Americana de Derechos Humanos. A este respecto, no debe perderse de vista que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva OC-22/16 sobre «Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)», concluyendo que "se desprende con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano" (párrafo 70), reconociendo como excepciones parciales a las comunidades indígenas o tribales y a las organizaciones sindicales (solamente respecto de los Estados parte del Protocolo de San Salvador), en tanto serían titulares de ciertos derechos específicos, agregando que "«el ejercicio del derecho a través de una persona jurídica debe involucrar una relación esencial y directa entre la persona natural que requiere protección por parte del sistema interamericano y la persona jurídica a través de la cual se produjo la violación, por cuanto no es suficiente con un simple vínculo entre ambas personas para concluir que efectivamente se están protegiendo los derechos de personas físicas y no de las personas jurídicas» y que «se debe probar más allá de la simple participación de la persona natural en las actividades propias de la persona jurídica, de forma que dicha participación se relacione de manera sustancial con los derechos alegados como vulnerados» (párrafo 119)", todo lo cual permite descartar las alegaciones de la requirente invocando la Convención Americana de derechos Humanos en el caso concreto.

Sin perjuicio de lo anterior, la tesis de existir de la requirente en orden a existir doble punición a partir de la aplicación de los preceptos cuestionados hace imprescindible realizar un análisis de las infracciones aplicadas en el caso concreto, en atención al bien jurídico protegido en los literales reprochados.

**16°.-** En tal sentido, el artículo 11, inciso 1º letras a) y b) de la Ley 18.902, impugnada en autos, señala que *"(…) Los prestadores de servicios sanitarios que incurrieren en alguna infracción a las*

*leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con los servicios sanitarios, o en incumplimiento de las instrucciones, órdenes y resoluciones que dicte la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en esta ley o en otros cuerpos legales o reglamentarios, de algunas de las siguientes multas a beneficio fiscal en los siguientes casos:*

a. *De una a cincuenta unidades tributarias anuales, tratándose de infracciones que importen deficiencias en la calidad, continuidad u obligatoriedad de los servicios, cobros indebidos, trato económico discriminatorio a los usuarios, deficiencias en la atención de los reclamos de los usuarios, daño a las redes u obras generales de los servicios, o incumplimiento de la obligación de entregar información requerida por la Superintendencia en conformidad a la ley.*

b. *De cincuenta y una a mil unidades tributarias anuales, cuando se trate de infracciones que pongan en peligro o afecten gravemente la salud de la población, o que afecten a la generalidad de los usuarios de los servicios (…)".*

**17°.-** Que, desde ya es dable hacer presente que se puede observar, en la historia de la Ley, que el legislador ya se ha cuestionado sobre la aplicación de sanciones conjuntas ante infracciones del prestador, señalando que *"(…) los infractores podrán ser objeto de una o más de las sanciones que el texto establece –y que son las de multa y caducidad de la concesión–, el precepto permite que una misma infracción pueda ser sancionada dos veces.*

*Esta Secretaría de Legislación no formula observaciones sobre este punto, por incidir en aspectos de mérito, que escapan a su competencia"* (Informe Secretaría de legislación, 25 de octubre de 1989, Boletín N ° 1151-03).

**18°.-** Ahora bien, el texto de la Ley N° 18.902 contempló, en la versión de origen de su artículo 11, sólo sanciones de multa para dos tipos de conducta -establecidas en sus letras a) y b)-, aplicables bajo la fórmula "(…) alguna de las siguientes sanciones", con lo cual no restringe su aplicación, ni impide su acumulación. Con todo, la voz <alguna>, *"denota una existencia concreta cuya entidad no se desvela"* (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <https://dle.rae.es> [23 de junio del año 2020]), por cuanto el Órgano que la aplica cumple un rol esencial, dado que, en cumplimiento de su función, deberá ponderar la concurrencia de los elementos que configuran la infracción y aplicar una o más multas, con el objeto de hacer efectivo el propósito de la sanción, en atención al principio de eficacia que permea a todos los Órganos de la Administración. (Ver en este sentido a SOTO DELGADO, PABLO. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. Ius et Praxis, 22(2), 189-226. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200007).

**19°.-** Luego, la Ley Nº 19.549, que modifica el régimen jurídico aplicable al sector de servicios sanitarios, en relación con los literales a) y b) del artículo 11 de la Ley 18.902, sólo alteró los rangos de multas posibles (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.549, pp. 583 y 584), asunto que no ha sido controvertido por el requirente, pero con el cual se busca demostrar que, si bien fue un cuestionamiento del legislador, este no ha sido un asunto discutido en las modificaciones sucesivas, introducidas al texto original de la ley.

**20°.-** Que, para comprender el sentido y alcance del precepto impugnado, resulta importante destacar que en los dos últimos incisos del artículo 11, aun cuando no son parte de lo reclamado por el requirente, demuestran que, por una parte, el legislador previó situaciones diversas a las cuales les asigna una sanción especial, como es en el caso de las "infracciones reiteradas" y, por otra, que en el inciso final se entregan herramientas al sancionador para arribar al quantum de la multa, estableciendo que esta será determinada prudencialmente, en consideración a la (a) cantidad de usuarios afectados y (b) la gravedad de la infracción, en atención al bien jurídico lesionado.

**21°.-** Que, sin perjuicio de lo precedentemente expuesto el órgano administrativo al aplicar la multa estimó que no se trataba de una conducta reiterada, sino más bien de un hecho que coincidía con la concurrencia de dos hipótesis de multas, a saber:

a. Se aplican 100 U.T.A. en virtud de las infracciones cometidas y tipificadas en el literal a), y

b. 200 U.T.A en virtud de las cometidas y tipificadas en el literal b), todas del artículo 11, inciso primero, de la Ley N°18.902, por incumplimientos al deber de garantizar la continuidad del servicio de distribución de agua potable, afectando con ello a la generalidad de los usuarios, respectivamente.

**22°.-** Que, en tal sentido cabe preguntarse si la sanción impuesta en la letra b) ¿es consecuencia del reconocimiento de una conducta agravada? o bien ¿es determinada como corolario de la distinción que hace la administración respecto de infraccciones a bienes jurídicos distintos que se han visto afectados con el actuar del requirente? Es decir ¿los bienes jurídicos establecidos y que se intentan resguardar en las letras a) y b) del inciso primero del artículo 11 de la Ley Nº 18.902, son los mismos?

**23°.-** Que, el sector regulado que comprende la prestación de servicios públicos sanitarios, cuyas características responden a la de un monopolio natural sujeto al régimen de fijación de tarifas. Así, la empresa Aguas Chañar S.A., interviene como proveedor exclusivo, en cuanto titular para la explotación de servicios públicos sanitarios, comprendiendo su actividad las etapas propias del tratamiento de aguas, esto es, por una parte la producción y distribución de agua potable; y por otra, la recolección y disposición de aguas servidas, comprendidas dentro de la denominación genérica "servicio de alcantarillado", definiciones que son establecidas en el artículo 3º del DFL Nº 382, sobre la Ley General de Servicios Sanitarios .

*"Se entiende por producción de agua potable, la captación y tratamiento de agua cruda, para su posterior distribución en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas.*

*Se entiende por distribución de agua potable, la conducción del agua producida hasta su entrega en el inmueble del usuario.*

*Se entiende por recolección de aguas servidas, la conducción de éstas desde el inmueble del usuario, hasta la entrega para su disposición.*

*Se entiende por disposición de aguas servidas, la evacuación de éstas en cuerpos receptores, en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas, o en sistemas de tratamiento".*

**24°.-** Que, en tal orden es posible identificar a lo menos tres bienes jurídicos relevantes de protección, que destacan en la actividad desarrollada por la requirente, a saber (i) el suministro continuo de agua potable y alcantarillado, de claro interés público (ii) la afectación de la vida privada y la protección del hogar, de interés particular y concreto, y (iii) las condiciones de higiene y la protección al medio ambiente sano y libre de contaminación, interés claramente comunitario y distinto de los anteriores.

**25°.-** Que, a reglón seguido es oportuno destacar que la letra a) del artículo 11, impugnado en autos, establece que será aplicable una multa a beneficio fiscal entre un monto que varía de una a cincuenta UTA, entre otras situaciones, ante el caso de afectación a la "continuidad del servicio", sin señalar un número preciso de usuarios que se vean afectados.

**26°.-** Sin perjuicio de lo anterior, en la letra b) del mismo artículo 11, que intenta inaplicar el requirente, se establece que procederá una multa a beneficio fiscal entre cincuenta y una a mil UTA, entre otras situaciones, por la ocurrencia de aquellas infracciones que "afecten a la

generalidad de los usuarios". Se debe tener en cuenta que el concepto de generalidad importa la idea de un incumplimiento o alteración de la continuidad de suministro que trasciende de casos puntuales o aislados, claramente acotados, sino que se trata de una anormalidad de servicio que afecta al conjunto de usuarios servidos por el prestador, aunque no hayan sido todos los usuarios afectados directamente con el corte, lo cual repercute negativamente en el desarrollo normal de sus quehaceres y en la satisfacción de sus necesidades. De este modo, es dable señalar que, en el caso de las supuestas infracciones ocurridas en Vallenar, de acuerdo con lo informado a fojas 315 y 316, los clientes afectados fueron:

| Fecha | Nº de clientes afectados con cortes y bajas presiones | Motivo para el corte de suministro |
|---|---|---|
| 28.07.15 | 2.125 | Falta de agua |
| 29.07.15 | 4.300 | |
| 30.07.15 | 2.164 | |
| 31.07.15 | 6.506 | |
| 01.08.15 | 2.136 | |
| 02.08.15 | 5.000 | |

**27°.-** Ahora bien, dado que a esta Magistratura no le corresponde ponderar si el número de los usuarios corresponde a la mayoría o generalidad, si es posible demostrar con su conceptualización que el legislador diferenció ambas hipótesis, pues en el caso de la letra a) del artículo 11 de la ley ya singularizada, sanciona el solo hecho de la afectación de la continuidad del servicio, sin importar el número de usuarios afectados; en tanto, en la letra b), del mismo artículo, se establece una multa asociada a la extensión de la infracción, para lo cual establece una gradación de la sanción que podrá aplicar el sancionador.

## Algunos alcances sobre los bienes jurídicos protegidos por el legislador en la norma impugnada.

### » Suministro continuo de agua potable y alcantarillado como cuestión de interés público.

**28°.-** Que, el agua potable y alcantarillado son indispensables para la vida y la salud de las personas y, en consecuencia, fundamentales para preservar la dignidad de todos los sujetos. En tal sentido, aun cuando el derecho al agua no es reconocido como un derecho humano independiente y expresamente en nuestro Ordenamiento Jurídico, sí comprende obligaciones específicas del Estado que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, así como el acceso a servicios de saneamiento adecuados, para lo cual resulta esencial que se asegure un suministro y servicio que satisfaga estándares de calidad y continuidad que serán precisados por la Ley.

**29°.-** Cabe hacer presente, que el concepto de "cantidad básica de agua requerida para satisfacer las necesidades humanas fundamentales" fue un asunto que se discutió originalmente en

la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el agua, celebrada en Mar del Plata, en 1977. Oportunidad en la cual se afirmó que todos los pueblos, cualesquiera sea su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho a agua potable en cantidad y calidad acorde con sus necesidades básicas. De este modo, en adelante, diversos planes de acción han reconocido el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano, de lo cual deriva que el Estado tiene un rol que a lo menos es de garante primario en el acceso a los servicios y también en sus condiciones mínimas de continuidad y calidad. Así, por ejemplo, en noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó su Observación general Nº 15, sobre el derecho al agua, definido como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. A su vez, el Comité destacó que el derecho al agua se encuentra asociado con otros bienes jurídicos, como son el derecho a la salud, a una vivienda y a una alimentación adecuada. (En este sentido ver Observación general Nº 15 (2002) sobre el derecho al agua, párr. 3).

**30°.-** Que, en este mismo orden, el reconocimiento del derecho al agua y del acceso a servicios de alcantarillado, como bienes jurídicos con características de "fundamentales" para la sociedad, ha sido reconocido en múltiples tratados que versan sobre Derechos Humanos, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y del derecho a la salud. A modo de ejemplo, en el artículo 14 Nº 2, letra h), de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (vigente en Chile desde el año 1989), se reconoce el derecho a *"Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los* ***servicios sanitarios****, la electricidad y el* ***abastecimiento de agua*** *(…)"* (lo destacado es nuestro). Lo mismo ocurre en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (vigente en Chile desde el año 2008), pues en su artículo 28 obliga al Estado a "Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable (…)". En tal orden, el abastecimiento de agua potable deja de ser una obra de beneficencia para el Estado o un mero acto potestativo de libertad de empresa para los prestadores, y pasa a convertirse en un derecho, que, más allá de su regulación específica y sectorial en la ley, tiene un claro sustento constitucional y de derecho internacional de derechos humanos, niveles en los cuales la protección del ser humano es el elemento central.

**31°.-** Asimismo, cabe hacer presente que en reciente sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado expresamente *"El derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua. Al respecto, baste señalar que entre aquellos se encuentran el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la alimentación adecuada, cuya inclusión en el citado artículo 26 ya ha quedado establecida en esta Sentencia, como asimismo el derecho a la salud, del que también este Tribunal ya ha indicado que está incluido en la norma.*

*El derecho al agua puede vincularse con otros derechos, inclusive el derecho a participar en la vida cultural (…)"* (caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Ihaka honhat (nuestra tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrs. 222, 231 a 242).

**32°.-** Que, en este sentido, y dentro de las dimensiones del uso del agua que son relevantes en este caso, es posible reconocer que, el derecho al agua y alcantarillado, se incluyen de forma implícita en otros derechos y libertades -lo que significa, entre otros, la protección contra cortes arbitrarios o ilegales de los recursos hídricos- y además prestaciones mínimas– que comprendan el acceso a una cantidad mínima de agua potable para mantener la vida y salud de las personas-. Así, el derecho al agua y alcantarillado, al tratarse de derechos de tal amplitud y significancia por sí mismo y con efecto en otros derechos de igual relevancia, resulta imposible admitir que su goce y ejercicio sea interrumpido, salvo por motivos de real fuerza mayor que además la

propia ley reconozca como imposibles de resistir o mitigar; de lo que se sigue que el suministro de agua y el acceso a alcantarillado deben ser continuos y suficientes, en los términos indicados precedentemente. De tal forma, si los servicios son prestados por privados, tanto su relación con el Estado como la prestación del servicio mismo deben ser moldeadas y configuradas en términos de acceso a un derecho con los caracteres expuestos, tendiendo a asegurar la continuidad del servicio y los estándares de calidad del mismo.

## La afectación de la vida privada y la protección del hogar.

**33°.-** Que, las sanciones que se discuten en el caso de marras, irradia no solo a los bienes jurídicos expuestos precedentemente, sino también a otros, como es el caso de la vida privada y la protección del hogar, en el sentido de sancionar una afectación contraria a derecho de esos bienes y derechos individuales, pues las familias y hogares afectados por la pérdida del suministro son sujetos diferentes y específicos, individualizables, que sufren afectación particular, concreta y específica de sus derechos y de degradación de condiciones sanitarias y de acceso al agua y alcantarillado, en la esfera privada e íntima de su hogar.

## Las condiciones de higiene y la protección al medio ambiente sano.

**34°.-** Que, igualmente se advierte que en el caso concreto los bienes jurídicos cautelados son relevantes en la salud pública, el desarrollo social, la equidad social y la sustentabilidad ambiental.

**35°.-** Cabe tener presente que, en Chile, durante la segunda mitad del siglo XX seguía siendo un grave problema estructural la falta de acceso al agua potable y al saneamiento por un relevante porcentaje de la población, lo que significaba una "contribución a la morbilidad y desnutrición de la población" (Hantke-Domas, M., Jouravlev A., *"Lineamientos de política pública para el sector de agua potable y saneamiento"*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2011. Documento extraído de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3863/S2011000_es.pdf)), lo cual repercutía en el surgimiento de enfermedades como el tifus, paratifus, hepatitis, cólera, entre otras, que se traducían en mayores costos de cuidados médicos, pérdidas de días laborales e incluso muertes prematuras (Op., Cit). De esta forma, el bien jurídico "agua potable" se torna esencial para la vida de las personas, pues con su acceso se logra un estándar sanitario superior, mejorando las condiciones de vida de los sujetos y, en concordancia con el Estatuto Constitucional, se resguarda la integridad física de aquellos que habitan en el territorio chileno. En consecuencia, si se interrumpe o suspende dicho servicio, por causales no previstas en la ley, eventualmente se afectará la integridad de los usuarios, asunto que es previsto por el Ordenamiento Jurídico.

**36°.-** En dicho orden, es menester destacar que la evolución histórica del sector de agua potable y alcantarillado, en Chile, habiendo aún zonas y asentamientos humanos sin acceso, puede ser dividida en cuatro grandes fases (En este sentido ver: Valenzuela, s., Jouravlev, A., Servicios urbanos de agua potable y alcantarillado en Chile: factores determinantes del desempeño, CEPAL, año 2007), que conducen al Estado a generar una institucionalidad respecto a la prestación de dichos servicio, en el contexto de un mercado regulado, que se estructura sobre la base de los principios de legalidad, interdicción de la arbitrariedad, subsidiariedad y servicialidad *"(…) que sirven como pautas de interpretación y reglas de aplicación directa (…)"* (Cordero Quinzacara, Eduardo. (2013). Sanciones administrativas y mercados regulados. Revista de derecho (Valdivia), 26(1), 119-144. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100006). En esa evolución irán estableciéndose progresivamente parámetros de cumplimiento de las obligaciones de los prestadores, que ante una

infracción vinculada al abastecimiento del agua potable, el tratamiento de aguas o el servicio de alcantarillado, respectivamente, justifican medidas de ordenación, dado que con su vulneración se afectan bienes esenciales para el desarrollo actual de la vida en sociedad, generando una regresión en el estándar asegurado de mantenerse dicho acto u omisión, verificándose, por tanto, motivos de interés público en su protección y en el rol que ha asumido el Estado, siendo absolutamente legítimo el configurar potestades sancionatorias al respecto, reconociendo la identidad y entidad de cada infracción.

**37°.-** Que, en este sentido el servicio prestado por Aguas Chañar S.A., al tratarse de un monopolio natural y debido al interés público contenido en su función y la necesidad de dar resguardo o garantías a aquellos que participan como usuarios, requiere per se establecer mecanismos de resguardo, fiscalización e intervención que, de acuerdo con la ponderación de la Administración significará, eventualmente y ante la verificación de una infracción, la consecuente aplicación de una sanción, de conformidad con la legislación vigente.

## IV. CUESTIONES DE FONDO

**38°.-** En referencia al caso concreto, es menester cuanto a que un hecho pueda constituir dos o más infracciones, es necesario señalar dos cosas: por un lado puede existir doble punición inconstitucional o bien puede ser ajustada a la Constitución, lo cual dependerá si el fundamento de derecho ambas es similar, o bien por otro lado si se está en presencia de un concurso, el concurso de infracciones (categoría extrapolada al derecho administrativo sancionador desde el concepto de concurso delictivo, propio del orden penal), en cuyo caso lo que se constata que lo ocurrido es una pluralidad de ilícitos a partir de un mismo hecho. Cabe señalar que el concurso puede ser real o ideal:

a. concurso real: en él varios hechos conforman varias infracciones, pudiendo sostenerse el binomio pluralidad de hechos-pluralidad de infracciones, por lo que se determinará el conjunto de las sanciones asignadas a las diversas infracciones cometidas.

b. Concurso ideal: también se determina una pluralidad de infracciones, pero todas ellas derivan de un mismo y único hecho, pudiendo sostenerse el binomio unidad de hecho-pluralidad de infracciones, porque el hecho es lesivo de diversos bienes jurídicos, de forma tal que se encuentran sanciones por la lesión de cada uno, sin que ninguna de las normas sancionatorias cubra íntegramente los bienes jurídicos involucrados (en caso contrario se estará en presencia de un concurso de normas, cuyas consecuencias son del todo diferentes). La clave del concepto de concurso ideal es comprender que de un mismo hecho pueden emanar diversas figuras delictivas sin que ello sea doble punición per se.

**38°.-** En cuanto garantía en contra de la doble punición, puede extraerse entonces, en referencia al caso concreto, que en primer término y en general, *"La prohibición de bis in idem impide incoar de forma simultánea dos expedientes sancionadores sobre unos hechos que lesionan o ponen en peligro el mismo bien jurídico"* (Cano Campos, Tomás (2001), Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, Nº 156, 2001, p.240), motivo por el cual, analizando la preceptiva cuestionada y su función en el caso sub lite, debe examinarse si las multas en cuestión obedecen o no al mismo bien jurídico en la norma impugnada.

**40°.-** Si el fundamento de las dos sanciones obedece al mismo bien jurídico, sin duda se estará frente a una doble punición, en cambio, si obedece a bienes jurídicos diferentes, no se estará frente a una infracción al principio non bis in idem, sino simplemente frente a un concurso ideal.

**41°.-** Cabe decir que el concurso ideal no es una vulneración de la garantía non bis in idem, pues "el principio no parte del mero hecho o sustrato real, sino de la valoración jurídica que del mismo hacen las normas sancionadoras por lesionar o poner en peligro un bien jurídico. Si un mismo hecho admite una pluralidad de valoraciones jurídicas (concurso ideal), la imposición de diversas sanciones no supone violación alguna de la prohibición de doble valoración. Como se ha señalado, lo que contradice el non bis in idem «es la plural toma en consideración de la valoración y no del sustrato fáctico subyacente»; por ello, el ámbito en el que resulta lícito cuestionarse la operatividad del principio no es «el de la mera identidad total o parcial del concreto hecho subyacente, sino su valoración jurídica [...] La imposición de varias consecuencias jurídicas sólo resultará por ello contraria al principio cuando haya procedido de una pluralidad de valoraciones jurídicas, siendo que una de ellas incorpora expresa o tácitamente a las demás»" (Cano Campos, Tomás (2001), Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, Nº 156, 2001, p,245).

**42°.-** Por otra parte, si "delito" en órbita penal es una acción u omisión típica, antijurídica y culpable; extrapolando dicha característica al derecho administrativo sancionador ha de determinarse que la diferenciación del bien jurídico protegido en dos infracciones se identifica en la órbita de la tipicidad y la tipificación de las mismas, que permitirá reconocer cual es el principio o valor que pretende proteger.

**43°.-** En cambio, la antijuridicidad, segundo elemento del delito, en ese caso infracción, es entendida, lato sensu, como contrariedad a derecho, puede identificarse a partir del derecho ajeno lesionado en particular y también a partir de la afectación del bien jurídico en cuestión. En este sentido, un mismo hecho puede tener diversas dimensiones de antijuridicidad, lesionando diversos derechos, a diversas personas y a diversos bienes jurídicos. Es en ese sentido que, como ya se viera, la continuidad del servicio de agua potable y alcantarillado es en sí mismo un valor protegido como principio del sistema de suministro y a la vez un derecho del usuario que cumple con las cargas regulares que el mismo sistema le asigna para acceder al mismo.

**44°.-** A la vez, como ya se vio, hay a lo menos otros dos bienes jurídicos involucrados que se ven vulnerados, configurando hipótesis de antijuridicidad diferentes, pues en el sistema chileno hay otras garantías en el funcionamiento del sistema: la calidad del agua y su condición de potable, además del tratamiento de las aguas servidas. A su vez, la salubridad pública es otro valor o bien jurídico protegido, respecto del cual el Estado y en particular el prestador tiene la posición y el deber de garantes. Es en este sentido que, respecto de estos deberes de garantía y acción, el mero incumplimiento de los mismos genera riesgos que de concretarse se vuelven irreversibles y que además tienen diversos sujetos afectados. En primer lugar, el quiebre del deber de continuidad del servicio afecta el funcionamiento del sistema de suministro completo, lo que es en sí misma una infracción a un bien jurídico de titularidad comunitaria y una infracción de los deberes del prestador del servicio con el Estado.

**45°.-** Al mismo tiempo, las familias y hogares afectados por la pérdida del suministro son sujetos diferentes y específicos, individualizables, que sufren afectación particular de sus derechos y condiciones sanitarias y de acceso al agua, en la esfera privada e íntima de su hogar, como ya ha sido desarrollado. Por otra parte, hay un elemento adicional, que es relevante para establecimientos de comercio e industria, la falta al deber de continuidad de servicio de agua potable y alcantarillado tiene otras significaciones de antijuridicidad: generará alteración de los procesos productivos, conflictos laborales por temas de higiene y seguridad, consecuencias en los estándares sanitarios de la prestación de servicios, afectación de las condiciones laborales de sus trabajadores, etc.

**46°.-** Siendo identificable así un horizonte múltiple de antijuridicidad, el mismo es traducido, legítimamente por el legislador, en términos que cada esfera de antijuridicidad tiene asignada una infracción, pudiendo o no concurrir varias a partir de un mismo hecho.

**47°.-** En el caso sub lite, las infracciones en cuestión son todas de derecho administrativo, están contempladas todas en la misma norma y a la vez son aplicadas por el mismo órgano, motivo por el cual se descarta la concurrencia de los conflictos más habituales del principio ne bis in idem, propios de la doble punición con la misma antijuridicidad.

**48°.-** En el mismo sentido, se observa que el precepto cuestionado recoge la fórmula del concurso ideal, y que las infracciones en cuestión no obedecen a la misma razón, entendida ésta como el bien jurídico protegido, lo que es reconocible en la clara diferenciación del contenido de la antijuridicidad de ellas.

**49°.-** Cabe señalar que en materia delictiva el concurso ideal de delitos tiene señalada una regla especial en el artículo 75 del Código Penal, correspondiendo aplicar la pena mayor del delito más grave. A ello debe agregarse que, como lo señala la doctrina autorizada, *"Chile no cuenta con una ley general sobre infracciones y sanciones administrativas que se haga cargo –entre otros temas– de los problemas que plantea el concurso infraccional. Tampoco la legislación sectorial se hace cargo del tema, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos comparados"* (Cordero Quinzacara, Eduardo, Los concursos infraccionales en el Derecho administrativo sancionador chileno, Revista de Derecho Administrativo Económico, Nº 31, enero-junio 2020, p. 44) , lo que obliga a acudir a la legislación penal como baremo normativo en materia de concurso infraccional administrativo, por ser la matriz regulatorio-punitiva del Estado de Chile, por ser la legislación vigente y por no ser parte de las atribuciones de este Tribunal la potestad de crear normas legales especiales.

**50°.-** De lo expresado se coligen dos cuestiones fundamentales:

» En primer lugar, la legislación chilena contempla en el orden penal la figura del concurso ideal, por lo que su incorporación en el derecho administrativo más que una infracción a derecho es una concreción de los objetivos de dicha disciplina: acercar el orden infraccional al orden penal.

» En segundo lugar, en el precepto impugnado nos encontramos frente a una norma especial de concurso ideal de infracciones administrativas. A falta de norma especial se aplicaría la regla del Código Penal, pero el solo establecimiento de una regla especial no es inconstitucional, más en una materia en la cual la reserva de ley es amplia y en la que sus límites están dados en primer término por la proporcionalidad sancionatoria, que además no es objeto del presente proceso, por lo cual esta sentencia no puede referirse a ello.

**51°.-** Si bien la regla especial del Código Penal puede tener motivos y particularidades, no debe dejar de precisarse que parte de la doctrina penal señala que el principio ne bis in idem no obsta a *"la exigencia de realizar una íntegra valoración jurídica del hecho; en virtud del "mandato de exhaustividad" la sentencia condenatoria ha de abarcar todo el contenido de ilicitud del comportamiento. En otras palabras, el principio ne bis in idem prohíbe incurrir en una duplicidad de valoraciones, pero no a costa de omitir la consideración de una parte del contenido de ilicitud de una de las infracciones concurrentes"* (OSSANDON WIDOW, María Magdalena. El legislador y el principio ne bis in ídem. Polít. crim., Santiago, v. 13, n. 26, p. 952-1002, dic. 2018. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000200952&lng=es&nrm=iso>. accedido en 16 jun. 2020. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-3399201800020095 ), lo cual ha de entenderse referido a la unidad del hecho que contiene diversas infracciones de acuerdo a lo ya señalado, en el marco de un concurso ideal de infracciones administrativas, llegando a señalarse incluso que *"el ne bis in idem no sería operativo en las hipótesis de concurso ideal por faltar uno de sus*

*presupuestos, esto es, la identidad de fundamento: aunque se impusieran las sanciones correspondientes a cada una de las infracciones, no se estaría sancionando lo mismo"* (id. ant), concluyendo en el mismo trabajo que "la multiplicidad de penas está claramente permitida por nuestra Constitución, pues cuando el artículo 19 Nº 3 inciso noveno exige que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en la ley, lo hace en relación con la posibilidad de que ella establezca penas, en plural, respecto de dicha conducta", legitimando así las penas accesorias y las penas copulativas, además de la sanción del concurso ideal.

## V. CONCLUSIONES

**52°.-** En el caso concreto, las infracciones en cuestión obedecen a bienes jurídicos diferentes, motivo por el cual su lesividad y su identidad es diferenciada.

**53°.-** De la misma forma, la concurrencia, en el caso concreto, de diversas infracciones emanadas de un mismo hecho, con fundamentos diferentes cada una, configura un concurso ideal de ilícitos.

**54°.-** A su vez, la concurrencia del concurso ideal permite identificar que cada una de las infracciones es una antijuridicidad diferente, por lo cual la aplicación preceptiva cuestionada no es una vulneración del principio ne bis in idem. De tal forma, se descarta la inconstitucionalidad alegada a su respecto.

[…]

# 7. Principio de tipicidad.

**SENTENCIA ROL 11.945-2021.** *Publicada el 8 de septiembre de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 318 bis, del Código Penal. Eleuterio Yonatan González Uribe. En el proceso Penal RUC N° 2100316995-K, RIT N° 115-2021, seguido ante el Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Chile Chico.

**VOTO MAYORÍA**

[…]

**I. ANTECEDENTES RELEVANTES.**

**PRIMERO.**- Eleuterio Yonatan Uribe, deduce requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 318 bis del Código Penal, sirviendo como gestión pendiente la causa RIT O-115-2021, por el delito de infracción a las reglas higiénicas o de salubridad pública, tramitada ante el Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Chile chico, conforme al certificado que rola a foja 15.

**SEGUNDO.**- Que, en relación con la gestión pendiente que incide en el requerimiento, el actor señala que se trata de la causa penal seguida en su contra, por su eventual responsabilidades como autor del delito del artículo 318 bis del Código Penal. Asimismo, precisa que con fecha 23 de junio del 2021, se realizó audiencia de formalización de la investigación, como consta en fojas 02 a 04, por los siguientes hechos: **(a)** El requirente, con fecha 26 de marzo del 2021, concurre al centro hospitalario, dado el cuadro respiratorio de posible origen viral, oportunidad en la cual se le efectúa test de antígeno de SARS COVID-19, que presentó resultado positivo, confirmando que el imputado estaba contagiado con esa enfermedad. **(b)** Debido a lo anterior, el médico a cargo le informa al actor que debía realizar cuarentena obligatoria. **(c)** Posteriormente, con fecha 28 de marzo del 2021, el imputado, habría pasado por fuera de un supermercado y luego ingresado a dicho recinto, haciéndolo con su mascarilla cubriendo su cuello, dejando su nariz y boca descubiertas. **(d)** Más tarde, durante el mismo día, el imputado habría estado frente al Centro de Detención Penal Preventiva de Chile chico, conversando con un tercero, usando su mascarilla de forma inadecuada. **(e)** Con fecha 29 de marzo de 2021, la Autoridad Sanitaria de Chile chico, le notificó bajo acta al imputado, de que este debía guardar cuarentena obligatoria en su domicilio, a raíz de estar contagiando COVID-19, y que la misma debía abarcar desde el 24 de marzo, hasta el 03 de abril del 2021.

**(f)** Con fecha 30 de marzo del 2021, el imputado se excusó de concurrir a poner tobillera electrónica a Gendarmería, para cumplir pena sustitutiva de monitoreo telemático en causa RUC Nº 2000395772-2, por estar cumpliendo con cuarentena.

**(g)** No obstante lo anterior, con fecha 31 de marzo del 2021, el imputado salió a la vía pública sin usar mascarilla, para atender personal de un camión repartidor, que estaba descargando mercadería al interior de su domicilio.

**TERCERO.**- Que, con fecha 06 de septiembre del 2021, el Ministerio Público formula acusación, por los hechos indicados precedentemente, solicitando la aplicación de una pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y multa de 25 UTM, más accesorias y costas. Por resolución de fecha 07 de septiembre, se tiene por formulada la acusación, citándose a audiencia de preparación de juicio oral, para el día 29 de septiembre del 2021.

**CUARTO**.- Que, en tal sentido, es preciso señalar que el artículo 318 bis del Código Penal, que se impugna en autos, establece que *"El que, en tiempo de pandemia, epidemia o contagio, genere, a sabiendas, riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales".* De tal forma, el actor sostiene, para fundar la acción, que la aplicación del precepto impugnado infringe el artículo 19 Nº 3 inciso 8º y 9º -en cuanto a los principios de legalidad y tipicidad- el artículo 19 Nº 2 inciso 2º, y el artículo 19 Nº 3, incisos 1º y 6º -en relación con los principios de igualdad ante la ley, el debido proceso y el principio de proporcionalidad de las penas- todos de la Carta Fundamental. Así, como los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados y vigentes dentro del ordenamiento jurídico, en conformidad con el artículo 5 inciso 2º, de la Constitución Política.

## II. CONSIDERACIONES DE FONDO EN EL CONTEXTO DEL CASO CONCRETO.

### Sobre la configuración de la pena.

**QUINTO**.- Que, desde marzo de 2020 se han dictado cerca de un centenar de resoluciones administrativas que establecen medidas sanitarias, las cuales van cambiando sus condiciones de aplicación y cumplimiento según la voluble evolución de la pandemia y de las estrategias para su contención y superación. Este dinamismo en la formulación de reglas de conducta ha ido acompañado de disímiles y cambiantes estrategias de implementación y, entre ellas, de persecución. No existen reglas expresas que orienten la actividad persecutoria. A veces se recurre sólo a la vía administrativa. En otras ocasiones -en forma alternativa o adicional- se opta por la persecución penal. A su vez, en este último ámbito, también es posible advertir variabilidad en las estrategias procesales. La judicatura, por su parte, debe abordar variadas clases de conducta respecto de las cuales ha de aplicar un tipo penal de contornos muy poco definidos. Por su parte, los individuos deben hacer frente a una vorágine de estímulos, entre éstos, la amenaza de que se les aplique una sanción penal por conductas concretas que ni siquiera el legislador ha conocido previamente.

**SEXTO**.- Que, siguiendo la misma línea de lo resuelto en STC Rol Nº 12.142-21 y 12.384-21, a propósito de la impugnación del artículo 318 del Código Penal, es preciso señalar que *"(…) este Tribunal no cuestiona el contenido de las medidas sanitarias adoptadas por la autoridad. Tampoco discute las potestades del Ministerio de Salud para regular el comportamiento de las personas en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, ni que –en general– el legislador tenga la potestad para establecer que ciertas conductas que puedan eventualmente atentar contra la salud pública constituyan un delito. Lo que esta Magistratura reprocha es que la contravención de las diversas reglas que la autoridad sanitaria ha estado disponiendo sean consideradas como delito sancionable penalmente (…)"* (Considerando segundo). De tal forma, se considera que el artículo 318 bis del Código Penal, no satisface el estándar precisado en el inciso 9º del artículo 19 Nº 3, de la Constitución, toda vez que no describe expresamente la conducta que se sanciona; generando espacios para una intervención arbitraria o discrecional, que deviene en la infracción constitucional en el caso concreto.

**SÉPTIMO**.- Que, en este contexto, el artículo 19 Nº 3º, inciso 9º de la Constitución asegura a todas las personas que *"(…) ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".* Esta regla que, junto con la del inciso 8º, consagra a nivel supra-legal (constitucional) lo que en términos más generales se conoce como principio de legalidad, constituye una garantía limitadora con que cuenta toda persona frente al ejercicio de la potestad del Estado para sancionar penalmente conductas.

**OCTAVO**.- Más allá de la usual comprensión de dicha garantía como límite formal y material (ver en este sentido la STC 1351, c. 23; STC 2615, c. 27; STC 2738, c. 4; STC 2744, c. 8; STC

2773, c. 10; STC 2983, c. 17; y STC 4476, c. 11.) o de la habitual distinción entre ley penal en blanco propia o impropia (ver en este sentido la STC 468, cc. 1-6 y STC 8354, cc. 18 y ss.) lo relevante es tener presente que infringe la preceptiva constitucional aquel precepto legal que no describa el núcleo esencial de la conducta prohibida, dejando entregada su determinación a normas de rango infra-legal, o al libre arbitrio del juez o del Ministerio Público.

**NOVENO**.- Que, en este sentido, cobra relevancia lo indicado por el profesor del Río Ferreti, en atención a que *"el análisis de la dogmática penal abarca no solamente al derecho penal en su dimensión normativa, sino también en su faz aplicativa (…)"* (del Río Ferreti, C., Imputación procesal, taxatividad penal y sistema acusatorio; en Andrea Perin, *Imputación penal y culpabilidad*, p. 103, Tirant lo Blanch). Lo cual significará entender la relación entre el derecho penal sustantivo y adjetivo. De tal modo, la conducta penal, necesariamente, deberá estar debidamente establecida en una norma. La preeminencia o superioridad la debe tener una norma de rango legal respecto de una de rango formalmente inferior y no a la inversa, como ocurre con el artículo 318 bis del Código Penal, según lo explicaremos. La norma infra-legal a la cual la ley hace remisión ha de limitarse a un rol accesorio consistente, a lo más, en complementar la conducta a través de la definición de aspectos accidentales (es decir, no esenciales o de contexto).

## El elemento "típico" en el caso concreto.

**DÉCIMO**.- Que, siguiendo a Luigi Ferrajoli, una definición normativista del delito, permitirá caracterizarlo con criterios positivos predeterminados, que faciliten la identificación del hecho reprochado con el número de hechos que la ley penal establece, independiente de *"(…) la valoración ético-política esgrimible sobre ellos (…) Delito, según esta noción, se configura como una simple categoría de calificación jurídica, y no como una categoría de calificación moral o psicológica o antropológica: ya no como aquello que puede ser considerado contrario a la moral o al sentimiento del pueblo o a los intereses de la nación o a las exigencias de defensa de la sociedad o del Estado, sino exclusivamente como aquello que una ley dictada precedentemente califica expresamente como presupuesto de pena (…)"*(Ferrajoli, L., El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal. Editorial Trotta, 2018, p. 85).

**UNDÉCIMO**.- De tal forma, dentro del estado de derecho la exigencia precedente implicará el deber de dar estricto cumplimiento al principio de legalidad (nullun crimen sine lege) concretándose aquello en las siguientes garantías: **(a)** La reserva absoluta de ley; **(b)** la taxatividad o tipicidad de los delitos -predeterminados por la ley, con fórmulas claras, unívocas, precisas, que permitan una delimitación lo más posiblemente rígida y cierta de la esfera de relevancia penal- (Op. Cit., p 86); **(c)** inderogabilidad del hecho punible -en virtud de la cual la tipificación normativa debe hacerse con referencia a hechos y no a meras cualidades o condiciones personales o del estatus en que se encuentra-.

**DUODÉCIMO**.- Que, en este orden *"en materia de política criminar el legislador goza de un espacio de maniobra relativamente amplio, no obstante lo cual, la actividad legislativa penal está sujeta igualmente a límites constitucionales, tanto formales como sustantivos, que no pueden ser desconocidos, como la observancia de principios tales como los de legalidad (y tipicidad), prohibición de doble valoración (ne bis in ídem)prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, prohibición de la autoincriminación, aplicación de la ley penal más favorable , prohibición de la desproporción excesiva"* (ver en este sentido STC Rol 3177, c. 17; 3053, c.17; 2995, c. 17; 3187, c. 17; 3185, c. 17; 3174, c. 17; 3173, c. 17; 3127, c. 17).

**DECIMOTERCERO**.- Así, podremos observar que las expresiones más relevantes de la legalidad de la sanción se sintetizan en (a) la reserva de ley (lex scripta), (b) la prohibición de analogía (lex stricta), (c) el principio de irretroactividad (lex parevia) así como (d) el principio de

"ne bis in ídem" en virtud del cual no se puede sancionar la misma conducta dos veces, por los mismos fundamentos.

**DECIMOCUARTO**.- Este Excelentísimo Tribunal Constitucional, desde larga data, ha expresado que el principio de tipicidad cumple una función de garantía ciudadana, pues con su concreción se establecerá la primera aproximación entre las personas, la conducta lesiva y la pena. Por tanto, este principio se *"cumple a plenitud mientras más precisa y pormenorizada sea la descripción directa e inmediata contenida en la norma"* (ver en este sentido STC Rol 549).

**DECIMOQUINTO**.- Con todo, la exigencia precedente se entenderá cumplida cuando *"la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, de tal manera que se baste a sí misma"* (STC Roles Nº 468, 549, 559, 1352, 1432, 2716, 2773 y 8354) de modo tal que con su concurrencia se satisfaga la certeza requerida, promoviendo la predectibilidad y seguridad jurídica respecto a las conductas reprochadas, en respuesta al grado de dañosidad que ellas produzcan a la sociedad. Así, el mandato al legislador, respecto a la exhaustividad requerida en la configuración de la norma, se traducirá en delimitar dónde comienza el derecho penal, ergo la adecuada descripción de la conducta y su sanción significará entender proscrito el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones, evitando la infracción al principio de taxatividad (ver en este sentido STC Rol 2744, c. 30 y 4476, c. 16).

## ¿Ley penal en blanco en el caso concreto?

**DECIMOSEXTO**.- Que, como lo ha señalado este Tribunal, el mandato de reserva de ley en materia de tipicidad penal contenido en el inciso noveno del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en una norma de rango legal, de manera que los sujetos imperados por ella tengan una suficiente noticia previa acerca de la conducta que les resultará exigible. (Ver entre otras, sentencias roles N°s 479 c. 25; 2738 cc. 4 y 5; 2744 c. 6; 2953 c. 8 y 3329 c. 19).

**DECIMOSÉPTIMO**.- En efecto, el art. 19, N° 3, inciso noveno, al consagrar el principio de legalidad en su manifestación de tipicidad o taxatividad y su cumplimiento exige que sea el legislador quien formule los tipos penales y que ello se haga de manera precisa y determinada, concluyéndose que existe un límite formal al establecer que solo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y, por otra parte, un límite material al exigir que la ley describa expresa, clara y comprensiblemente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona. (Ver roles N°s 24 c. 5; 306 c. 9; 468 c. 12; 559 c. 12; 781 c. 7; 1011 c. 4; 1351 c. 23; 1352 c. 23; 1432 c. 26; 1443 c. 23; 2615 c. 27; 2744 c. 8; 2846 c. 14 y 2953 c. 10).

**DECIMOCTAVO**.- A su vez, debe tenerse presente la diferencia y la interrelación recíproca entre los principios de legalidad y de tipicidad en materia penal. En este sentido, el segundo tiene un contenido propio, en tanto opera como una de las concreciones del primero. En este orden, el principio de legalidad satisface un estándar, cual es la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en una norma que tenga el rango y la fuerza de ley, además de ser derecho legislado en el sentido formal. Por su parte, la garantía de tipicidad requiere, para ser satisfecha, la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta (ver roles N°s 244 c. 10; 480 c. 5; 2666 c. 27; 2744 c. 29; 2953 c. 28). Por otra parte, el principio de tipicidad exige que el legislador haya realizado "la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas que constituyen la materia de la prohibición para cada delito" (Cury, Derecho Penal, Tomo I, p.229), de esta forma siguiendo a Zaffaroni,

Muñoz Conde y Cury, el delito, ya tipificado, puede ser entendido como "la infracción de un deber ético social fundamental" (Garrido Montt, Mario; Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Cuarta edición, 2007, Editorial Jurídica de Chile, p. 58).

**DECIMONOVENO**.- Como se ha señalado precedentemente, en el constitucionalismo liberal, no puede preterirse la estrecha relación del principio de reserva de ley penal con el principio de separación de poderes. En este sentido, se busca proscribir que el poder ejecutivo cree tipos penales para por esa vía perseguir penalmente con nombre y apellido, ni tampoco a quienes se le oponen, para dejar la fijación de los tipos al legislador como representante plural de la sociedad completa en función su diversidad expresada en las urnas, siendo claves para la interdicción de la arbitrariedad penal los caracteres de generalidad y abstracción de la ley.

**VIGÉSIMO**.- Desde esa perspectiva debe ser analizado el fenómeno de las llamadas "leyes penales en blanco", descritas como "aquellas leyes que solamente contienen una conminación penal y que respecto del contenido prohibitivo remiten a leyes, reglamentos e incluso actos administrativos, que se han promulgado autónomamente en otro tiempo o lugar. De acuerdo con ello hay que distinguir entre norma sancionatoria y norma complementaria. El tipo de la ley en blanco solo se forma con la norma complementaria" (Hans- Heinrich Jescheck: Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen primero, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, pág. 150). También se ha señalado que "la ley penal en blanco es aquella que determina la sanción aplicable, describiendo solo parcialmente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica a la cual reenvía expresa o tácitamente" (Enrique Cury, La ley penal en blanco, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1988, p. 38);

**VIGÉSIMO PRIMERO**.- Acerca de las leyes penales en blanco mucho se ha dicho y escrito, admitiendo diversas clasificaciones, dentro de las cuales resulta relevante la que alude a las leyes penales en blanco propias, propiamente tales o en sentido estricto, entendidas como aquellas en las cuales alguno de los elementos del tipo no se encuentra en la ley, sino que la misma se remite a una norma de rango infra legal que termina de completar y delimitar la descripción del tipo, que no es completa ni suficiente, pasando entonces la persecución penal a ser administrada por el poder ejecutivo mediante la dictación de dichas normas administrativas infra legales que amplían o restringen el campo de lo punible al determinar el contenido final del tipo.

**VIGÉSIMO SEGUNDO**.- Con todo, el ius puniendi se traduce en la pena penal, que implica la privación de derechos que incluye parte de los más preciados del ser humano: la libertad personal y sus derechos ciudadanos. En este sentido, encontrándose el poder sometido a derecho, la legitimidad del ius puniendi tiene diversos factores, uno de ellos es que la ley - emanada de un órgano electo y que manifiesta la voluntad del soberano- sea la fuente de los tipos penales, a lo que se une el principio de separación de poderes, para que sea administrado en sede judicial, y que no sea usado por los gobernantes de manera diferente a los caracteres de generalidad y abstracción propios de la ley.

**VIGÉSIMO TERCERO**. - Que, las leyes penales en blanco vienen a relativizar la función garantista de la legalidad y tipicidad penal. En cuanto a la norma del inciso final del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, la doctrina penal sustantiva ha señalado que el inciso noveno del N° 3° del artículo 19 constitucional pareciera proscribir la posibilidad de existencia de leyes penales en blanco, pues ninguna ley podría establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella, y esto, indicaría una prohibición de remisión a otras disposiciones, sobre todo si ellas son de una jerarquía inferior. Este criterio, por otra parte, fue defendido por una considerable mayoría de los miembros de la Comisión que redactó el proyecto de Constitución, de conformidad con cuyo punto de vista la disposición tenía por

objeto y significaba la proscripción de toda ley penal en blanco (Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 399, pág. 3151, citada por Enrique Cury Urzúa, en su obra "Derecho Penal, Parte General", Décima Edición, 2010, Ed. Universidad Católica de Chile, p.178). A su vez, respecto de las llamadas "leyes penales impropias", este tribunal ha entendido que las remisiones a otros cuerpos con rango y fuerza de ley son constitucionalmente legítimas, restando el examen de las remisiones a normas o actos infra legales.

**VIGÉSIMO CUARTO**.- En un ejercicio de interpretación originalista y de permisivismo relativo, este Tribunal ha admitido la existencia de leyes penales en blanco propias bajo estándares restrictivos (ver, entre otras, sentencias Roles N°s 24, 306, 468; 559; 781; 1973; 2716; 2773; 5304), que pueden resumirse en: (a) Que la ley establezca el núcleo esencial de la conducta sancionada, dejando a la norma infra legal de complemento solamente elementos accidentales del tipo; (b) Que la norma de complemento sea un reglamento, dentro de lo cual cabe exigir que sea dictado por el Presidente de la República - contenido entonces en un Decreto Supremo- y que sea de carácter general y abstracto; (c) Que sea publicado en el Diario Oficial.

**VIGÉSIMO QUINTO**.- Que, aún cuando los estándares jurisprudenciales precedentemente enunciados pueden ser objeto de crítica, no debe perderse de vista que constituyen el cartabón usado por más de treinta años en materia de control de constitucionalidad de la ley penal en la materia sub lite.

**VIGÉSIMO SEXTO**.- En este sentido, cabe observar las siguientes cuestiones acerca del precepto cuestionado:

» En el núcleo esencial de la conducta se encuentra la mera "infracción" a órdenes de la autoridad administrativa. Es decir, si la garantía de legalidad penal quiso privar al poder ejecutivo de la auto atribución de potestades para crear delitos penales, la norma establece justamente un inicio de tal práctica prohibida, recalcándose que la norma, dentro de su graduación, contempla una pena de presidio.

» El delito se comete "en tiempo de pandemia, epidemia o contagio", quedando vagamente delimitado su horizonte temporal y contextual, pues "tiempo de pandemia" es una referencia amplia que no está definida, ni delimitada. Además, la referencia a "tiempo de epidemia" o "tiempo de contagio" nada delimita, pues, por ejemplo, todos los años existe la temporada de influenza, resfrió común y virus sincicial, además de que el mundo se encuentra en "tiempo de contagio" de algunos males de salud hace décadas, como lo es por ejemplo el VIH, y todo ello constituye efectivamente un peligro para la salud pública.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Es claro que la delimitación del tipo no es clara ni delimitada en su núcleo esencial por la ley, al punto que no se cumple el estándar de descripción suficiente ni de ley cierta, de acuerdo con los estándares de permisividad de leyes penales determinados por esta Magistratura a partir de su sentencia Rol N° 24, al no ser reconocibles los límites y elementos de la conducta tipificada. Adicionalmente, resalta el incumplimiento de tales estándares al poder ser complementada la norma impugnada por actos administrativos de efectos particulares y diferentes de un reglamento general y abstracto.

## Interdicción de la doble punición.

**VIGÉSIMO OCTAVO**.- Que, a propósito del "ne bis in ídem" es dable considerar que este principio – garantía *"(…) deriva de la dignidad de la persona humana y encuentra cobertura primordialmente en el artículo 19 Nº 3, de la Carta Fundamental, en tanto en el párrafo sexto, cuando previene que "corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una*

*investigación racionales y justos", cuanto en el párrafo noveno, al prevenir que "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella". Respecto al mismo, este Tribunal ha considerado que dicho principio, que importa que por un mismo hecho delictivo el responsable no puede verse expuesto a sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución penal, es base esencial de todo ordenamiento penal democrático. Agregando que dicha interdicción del múltiple juzgamiento y la sanción se sustenta en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad, cuyo fundamento constitucional emanan de la naturaleza humana. Ha sostenido que su transgresión constituye un atropello a las bases de la institucionalidad, así como a la garantía de una investigación y un procedimiento racionales y justos"* (STC Rol 4795, c. cuadragésimo sexto) (En el mismo sentido, STC Rol 2045, c. 4º; 2254, c. 4º; 2773, c. 31º; 2186, c. 4º)

**VIGÉSIMO NOVENO**.- Que, "ne bis in ídem" en su faz de garantía penal, implica una restricción de carácter procesal y una de carácter material o sustantiva establecida para el sentenciador. Así, la prohibición "ne bis in ídem", implicará que el Juez de fondo resuelva si un hecho sometido a un proceso radicado dentro del ámbito de su competencia ya ha sido resuelto, siguiendo para tal efecto la regla de triple identidad (sujetos, hechos y fundamentos), o si el comportamiento sancionado se describe o sanciona en diversas disposiciones sin fundamento para ello – en contravención con la prohibición de doble valoración-. De tal forma, el "ne bis in ídem" no prohíbe que un mismo infractor pueda ser objeto de dos sanciones por un mismo hecho, en tanto la imposición de una y otra sanción respondan a un fundamento jurídico diverso, cuestión que no ocurre en el caso de marras, toda vez que el ordenamiento jurídico admite una sanción administrativa y penal, respecto al mismo hecho de peligro, y por el mismo bien jurídico: salubridad pública, toda vez que consta que la SEREMI de Salud de Aysén, ordenó la apertura de un sumario sanitario respecto de los mismos hechos contenidos en la acusación fiscal, y que por resolución N° 21111600, de 26 de agosto de 2021, se le condenó al pago de una multa de 50 UTM.

**TRIGÉSIMO**.- Que, en este caso no se verifica que el Estado busque cautelar un bien jurídico diverso en las sanciones establecidas, sobrepasando el baremo para que una persona sea doblemente sancionada (en este sentido ver STC roles 2045, considerando 41º, del voto disidente de rechazo; en votos de mayoría STC Rol 2402 y 2403, c. 20o; y en empate STC Roles 1960, 1961, 2018, 2236, en todas ellas el considerando 14º) amenazando con ello, incluso, la prohibición de doble valoración, atendido el fin de la medida, la adecuación y proporcionalidad al objetivo precisado por el legislador.

**TRIGÉSIMO PRIMERO**.- Usando el lenguaje del artículo impugnado, a la fecha se han dictado cerca de un centenar de órdenes de autoridad referidas a reglas higiénicas o de salubridad en este tiempo de catástrofe, epidemia o contagio. Estas resoluciones de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud disponen variadas restricciones de conducta, cuyas condiciones de aplicación y cumplimiento van fluctuando. Este dinamismo y volubilidad que se constata en la etapa de formulación de reglas ha ido acompañado de disímiles y cambiantes estrategias de implementación. A veces se recurre sólo a la vía administrativa. En otras ocasiones - en forma alternativa o adicional- se opta por la persecución penal.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, en los términos expuestos, se observa que la aplicación del precepto cuestionado vulnera la garantía constitucional del principio *ne bis in ídem*, al sancionarse al mismo sujeto, por los mismos hechos y por el mismo fundamento.

## Sobre la proporcionalidad de la pena.

**TRIGÉSIMO TERCERO**.- Que, la proporcionalidad de la pena debe entendida como "una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada" (Sentencia Rol N° 1518, cons. 28) que se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viniendo a materializar

el derecho constitucional de igualdad ante la ley (en este sentido sentencias Roles N°s 2658 cons. 7, 2884 cons. 22 y 2922 cons.35). En efecto, la pena es el trato que el legislador ha determinado dar a ciertas conductas del ser humano, por considerarlas disvalorables.

**TRIGÉSIMO CUARTO**. - Que, sin perjuicio de la reserva de ley sobre penas, que debe ser entendida en el sentido de que la política criminal la fija el legislador, como lo ha señalado la doctrina autorizada recogida por la jurisprudencia de este Tribunal "la proporcionalidad de la pena constituye una materialización de la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos"... " la pena, concebida como retribución jurídica (al responsable de un delito se asigna un castigo), se sujeta a principios jurídicos universales, como son los de intervención mínima, interdicción de la arbitrariedad y aplicación del principio de proporcionalidad, en virtud del cual y como sostiene un reputado autor, "la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos. La pena será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria"; en ningún caso puede exceder esa necesidad" (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo I, p. 49)." (Sentencia Rol N° 2045, cons. 8°).

**TRIGÉSIMO QUINTO**.- Que, siendo la inaplicabilidad un control de tipo concreto, las circunstancias y elementos del caso específico cobran especial relevancia. Así, lo que compete al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren con ellas los límites precisos que la misma Carta ha impuesto.

**TRIGÉSIMO SEXTO**.- Que, en el caso concreto, al determinar el campo de aplicación de las penas cabe considerar que una política penal basada en sus efectos intimidatorios carece de base empírica, resulta ineficiente y choca frontalmente con valores básicos de un Estado de Derecho, que siempre debe buscar restricciones de derechos proporcionadas e imponerlas en la medida de lo estrictamente necesario para proteger a la sociedad, incluso frente a los que cometen los delitos más abominables.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO**.- De tal modo, los ordenamientos jurídicos conciben a la pena como retribución estrictamente ajustada a la gravedad del hecho cometido, puesto que el objetivo resocializador supone diferenciar la determinación y la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad para cada sujeto en términos que puedan modificar, de manera notable, su carga de penuria, sin que ello se funde en razones vinculadas a la gravedad del hecho cometido, sino solo vinculadas a la personalidad del sujeto y a su evolución durante el tratamiento penitenciario o medida alterna en el cumplimiento de la pena. Existen límites constitucionales del Derecho Penal, tales como el principio de legalidad como límite formal del ius puniendi, y el principio de proporcionalidad como estándar constitucional material y fundamental que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad.

**TRIGÉSIMO OCTAVO**.- Que, en el caso de autos el juez ha de comprobar por si mismo la peligrosidad de la conducta, en tanto la ley no defina las condiciones que debe cumplir el juicio de aptitud. Por tanto, nos encontramos ante un delito de peligro abstracto y de aptitud o idoneidad (ver en este sentido Mañalich R., Juan Pablo. (2021). CONCRETE ENDANGERMENT AND ABSTRACT ENDANGERMENT.A CONTRIBUTION TO THE GENERAL THEORY OF THE SPECIAL PART OF THE CRIMINAL LAW. Revista chilena de derecho, 48(2), 79-100. Recuperado en 26 de julio de 2022, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372021000200079&lng=es&tlng=en.). De tal forma, la gravedad del hecho reprochado debe estar reflejado en el quantum de la sanción. Así, el quantum de la pena será el mejor reflejo de la gravedad asignada por el legislador al delito, pues es la medida objetiva, directa y de impacto para expresar el desvalor social que se le asigna a la conducta.

Por lo tanto, la reacción punitiva de carácter legal establecida en el artículo 318 bis del Código Penal , debe ser ponderada con la pena asignada (presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales.). En consecuencia, es posible advertir que la aplicación del artículo 318 bis, en el caso concreto, posibilita a que el ente persecutor penal solicite en la formalización la aplicación de una u otra sanción, o ambas, sin disponer de un parámetro de razonabilidad para ello.

**TRIGÉSIMO NOVENO**.- Que, atendido los razonamientos expuestos precedentemente, es posible advertir que concurren los elementos suficientes para declarar la inaplicabilidad del artículo 318 bis del Código Penal, toda vez que su aplicación en el caso concreto devendría en inconstitucional, al no satisfacer estándares constitucionales referidos.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**1. QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL, EN EL PROCESO PENAL RUC N° 2100316995-K, RIT N° 115-2021, SEGUIDO ANTE EL JUZGADO DE LETRAS, GARANTÍA Y FAMILIA DE CHILE CHICO.OFÍCIESE.**

**2. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE A TAL EFECTO.**

**SENTENCIA ROL 13.384-2022.** *Publicada el 13 de junio de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 163, 166, 167, 171, inciso segundo; y 174, inciso primero, del Código Sanitario. KDM S.A. En el proceso Rol N° C-14076-2018, seguido ante el Decimocuarto Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 14700-2020 (Civil).

**VOTO MAYORÍA**

[…]

## I. LA LABOR DEL JUEZ DEL FONDO Y LA DELIMITACIÓN DE LAS POTESTADES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, EN TORNO A LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDA EN EL CASO DE MARRAS.

**PRIMERO**.- El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es la acción que el ordenamiento supremo franquea para evitar que la aplicación de uno o más preceptos legales, invocados en una gestión judicial pendiente, produzca efectos, formal o sustantivamente, contrarios al Código Político. Tratase, por ende, de un control concreto de la constitucionalidad de la ley, centrado en el caso *sub lite* y cuya resolución se limita a que disposiciones legales determinadas, en sí mismas, resulten, en su sentido y alcance intrínseco, inconciliables con el texto y espíritu de la Carta Fundamental (STC 1390 c. 10) (En el mismo sentido, STC 2740 c. 5, STC 5442 c. 4, STC 3731 c. 15, STC 6222 c. 7).

**SEGUNDO**.- Que, mediante la acción de inaplicabilidad deducida, el Tribunal Constitucional está llamado a determinar si la aplicación de un precepto legal en una gestión específica resulta contrario a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado, producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución. Por ende, le impide realizar un juicio en abstracto de constitucionalidad contrastando el texto de la norma impugnada con el de la Carta Fundamental, dado que está dirigida a verificar si el precepto legal impugnado produce un resultado inconstitucional en la gestión pendiente de que se trata (STC 479 c. 3) (En el mismo sentido, STC 478 c. 15, STC 480 c. 27, STC 523 c. 4, STC 552 c. 7, STC 558 c. 5, STC 596 c. 12, STC 616 c. 49, STC 626 c. 1, STC 654 c. 7, STC 718 c. 44, STC 811 c. 2, STC 944 c. 18, STC 1011 c. 2, STC 1029 c. 7, STC 1061 c. 3, STC 1065 c. 18, STC 1145 c. 7, STC 1204 c. 1, STC 1253 c. 3, STC 1254 c. 11, STC 1279 c. 4, STC 1288 c. 42, STC 1309 c. 1, STC 1314 c. 34, STC 1345 c. 4, STC 1361 c. 12, STC 1416 c. 7, STC 1514 c. 8, STC 1535 cc. 2 y 3, STC 1564 c. 7, STC 1669 c. 4, STC 1710 c. 35, STC 1872 c. 12, STC 1881 c. 8, STC 1951 c. 29, STC 1986 c. 5, STC 1992 c. 5, STC 1993 c. 5, STC 2069 c. 5, STC 2237 c. 11, STC 2301 c. 3, STC 2354 c. 10, STC 2536 c. 24, STC 2537 c. 29, STC 2674 c. 5, STC 2702 c. 3, STC 2865 c. 3, STC 2866 c. 3, STC 2703 c. 4, STC 2955 c. 1, STC 2922 c. 3, STC 3110 c. 18, STC 6339 cc. 20 y 22, STC 6370 c. 20 y 22, STC 7330 c. 30, STC 7443 c. 18 y 21, STC 5599 c. 17, STC 3146 c. 21, STC 3874 c. 21, STC 4973 c. 23, STC 5025 c. 21, STC 5232 c. 21, STC 5654 c. 11, STC 7015 c. 14, STC 3731 c. 16).

## II. DE LAS SUPUESTAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES ADUCIDAS POR EL REQUIRENTE.

### Impugnación del artículo 163, 166 y 167 del Código Sanitario.

**TERCERO**.- Si bien, para el legislador la discrecionalidad constituye una atribución necesaria para el ejercicio de la actividad punitiva, con el objeto de permitir el ejercicio de sus funciones, ello, a pesar de que la densidad regulatoria -en ocasiones atenuada- no puede implicar un medio de elusión del contenido mínimo de garantías inherentes al proceso.

**CUARTO**.- Que, a partir de lo anterior, es posible señalar que la potestad sancionadora corresponde a la *"(…) la facultad que tiene la administración para imponer sanciones, mediante la instrucción de un procedimiento administrativo, el cual da un abanico de potestades que se extienden desde el periodo pre-procedimental hasta el momento de la decisión final, incluyendo el cumplimiento de la medida (…)"* (Gómez González, Rosa F., (2021) "Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control", Tirant Lo Blanch, p. 190.). A reglón seguido, la misma autora señala que no todo ilícito será perseguido, aún cuando se haya cometido la infracción; que no toda conducta dará lugar a una sanción, ni que toda sanción será efectivamente ejecutada; toda vez que la administración podrá determinar si, atenidas las circunstancias, la potestad sancionadora es la herramienta más idónea para cumplir sus fines o si resulta más acorde a ellos el uso de otros instrumentos de gestión administrativa.

**QUINTO**.- De este modo, el concepto de sanción administrativa se erige como un límite del derecho administrativo sancionador, diferente al ejercicio del ius puniendi estatal, pues mediante facultades conferidas a los órganos del Estado, en su faz de fiscalización y control, ejercen facultades de intervención mandatadas por el legislador -debido al interés público comprometido. Así, en tanto la potestad punitiva del Estado se configura con una doble finalidad, es decir, por una parte, con un objetivo restaurativo, pues mediante la sanción persigue resguardar bienes jurídicos que fueron lesionados o amenazados, mediante la imputación, por acción u omisión, de un hecho reprochado, tipificado en el ordenamiento jurídico; y por otra, la finalidad resocializadora. A diferencia de la potestad sancionadora que *"está avocada a la protección más que a otros fines sociales*

*generales, con efectos solo respecto de quienes están directamente en relación con su organización y funcionamiento, y no contra los ciudadanos en abstracto"* (García de Enterría, Eduardo "El problema jurídico de las sanciones administrativas" Revista española de Derecho Administrativo Nº 10, 1976. P.400).

**SEXTO**.- En tal sentido, el núcleo de la potestad sancionadora se caracteriza por la protección de bienes jurídicos que admiten el ejercicio de acciones de diversa naturaleza para el tutelaje de dimensiones específicas de su extensión normativa, por cuanto el origen de la potestad sancionadora no colisionará con el ius puniendi del Estado, sin perjuicio que la ciencia del derecho penal y procesal penal, por su desarrollo, puedan entregar herramientas interpretativas y estándares oponibles en procesos de naturaleza administrativa sancionatoria.

**SÉPTIMO**.- Que, en este sentido, respecto a la aplicación del artículo 163 del Código Sanitario, al establecer que *"[c]uando se trate de sumarios iniciados de oficio, deberá citarse al infractor después de levantada el acta respectiva. La persona citada deberá concurrir el día y horas que se señale, con todos sus medios probatorios. En caso de inasistencia, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 158 del presente Código"*. Su configuración es resultado del ejercicio de las facultades conferidas a la administración, al tratar al sumariado como infractor, como consecuencia de la suficiencia del acta administrativa para dar por establecida la existencia de la infracción (artículo 166 del Código Sanitario).

**OCTAVO**.- En tal orden, entendiendo que el acta administrativa es el resultado de una actuación administrativa efectuada por el funcionario respectivo, mediante la cual obtiene una percepción sensorial de la realidad, es decir, a través de sus sentidos, experiencia y competencias, es capaz de verificar el cumplimiento de los estándares previstos, con el objeto de prevenir o corregir, hechos o conductas ocurridos o que potencialmente produzcan los daños o riesgos que el legislador quiso proscribir.

En razón de lo anterior, la administración provee de los medios materiales y personales que permiten levantar la información necesaria para determinar si la actividad inspeccionada satisface la regulación establecida. De tal modo, el acta será un documento emitido por el órgano de la administración, mediante el cual se recoge el resultado de las actividades de comprobación o investigación, declarándose en él, ya sea la conformidad o disconformidad de la actividad inspeccionada a la normativa que el es aplicable (Ver en este sentido STC Rol 13.073-22, c. 10º).

**NOVENO**.- Que, en relación con la inspección sanitaria, el artículo 156 del Código Sanitario establece la potestad de la autoridad, precisando, a su vez, los requisitos de validez de las actas respectivas. En tal sentido, el primero -de carácter subjetivo- se refiere al hecho de que las actuaciones de inspección deben ser realizadas por funcionarios; el segundo requisito, de naturaleza material, se configura al establecerse el deber de dejar "constancia de los hechos materia de la infracción"; y finalmente se precisa de un requisito formal, en atención a que el acta debe ser firmada por el funcionario que practique la diligencia, sin perjuicio de que el resto de los concurrentes a la inspección también puedan firmarla (artículo 158).

Por otra parte, el Código Sanitario establece que el acta de inspección cumple diversas funciones, toda vez que (a) deja constancia de los hechos (artículo 156); (b) puede dar lugar a un sumario administrativo iniciado de oficio (artículo 163); (c) puede llegar a tener valor probatorio, si comprueba la infracción (artículo 166); y, finalmente, (d) permite al inspector adoptar medidas administrativas (prohibición de funcionamiento, paralización de faenas, destrucción y desnaturalización de productos) con el solo mérito del acta (artículo 178), como consecuencia del valor asignado al bien jurídico cautelado.

**DÉCIMO**.- Que, en este sentido corresponderá a esta Magistratura ponderar si, por la aplicación de los artículos 163 y 166 del Código Sanitario, como consecuencia de la constatación del fiscalizador mediante el acta respectiva, se califica anticipadamente al sumariado como infractor, infringiendo de tal modo el derecho a presumir su inocencia. Y, por otra parte, si la aplicación del artículo 166 del Código referido, otorga valor de plena prueba al acta de inspección.

**UNDÉCIMO**.- En relación con el primer punto, referido a la presunta afectación al derecho a presumir la inocencia del sumariado, producto de la utilización de la voz "infractor", cabe hacer presente que la Autoridad Sanitaria, conducida por el principio de oficialidad, no está relevada de probar los hechos en que se funda la infracción, toda vez que ellos deben acreditarse por los medios establecidos por la ley. En relación con ello, el artículo 162 del Código Sanitario establece que "[l]a autoridad Sanitaria, tendrá autoridad suficiente, para investigar y tomar declaraciones necesarias en el esclarecimiento de los hechos relacionados con las leyes, reglamentos y resoluciones sanitarias". Lo cual es coherente con la facultad de la cual se encuentra investido como ministro de fe, la que no ha sido controvertida en esta sede constitucional.

En tal sentido, el acta es un testimonio de los hechos apreciados por el funcionario, diferentes a las valoraciones, opiniones o manifestaciones de otros testigos. Sin perjuicio de lo cual, el acta admitirá prueba en contrario, sin devenir, por tanto, en una presunción de derecho en contra del infractor. Así, ante la existencia de hechos que sean concluyentes, es decir, que existan actos u omisiones de una magnitud tal que con su sola ocurrencia evidencien una conducta constitutiva de infracción, el levantamiento del acta dará fe de dichos hechos, sin perjuicio de que en otras oportunidades procesales dicha calificación pueda ser desvirtuada.

**DUODÉCIMO**.- Por otra parte, en relación con la segunda afirmación, referida al valor probatorio del acta de inspección (artículo 166 y 167 del Código Sanitario), es preciso hacer presente que, iniciado el sumario, el infractor es citado a una audiencia ante la autoridad con todos sus medios probatorios (artículo 163). Luego, conforme con la Ley Nº 19.880, de aplicación supletoria al procedimiento administrativo regulado en el Código Sanitario (artículo 1), las personas tienen derecho a aducir alegaciones y aportar documento u otros elementos de juicio (artículo 17, letra g)). Asimismo, el instructor del procedimiento respectivo no puede rechazar las pruebas solicitadas por el interesado, salvo que sea manifiestamente improcedente o innecesario rendirla, y mediante resolución fundada (artículo 35). El interesado puede aportar cualquier medio de prueba, la cual debe ser apreciada por la autoridad llamada a resolver. Así, ante la eventual ocurrencia de errores en la ponderación de la prueba, se justificará el recurso de revisión (artículo 60), así como los demás recursos administrativos previstos (artículo 15 y 59).

En segundo lugar, los preceptos impugnados no descartan prueba adicional. El acta no es plena prueba. La infracción puede darse por establecida con el acta que levante el funcionario solo si ésta es suficiente para comprobar la infracción. En consecuencia, los hechos deben ser probados en el sumario sanitario, por cuanto el acta podrá ser desvirtuada por otras pruebas.

De tal modo, será pertinente distinguir entre el valor del acta, que puede llegar a probar hechos concluyentes, como se viera en consideraciones precedentes y, por otra parte, que el acta quede asentada por falta de pruebas que la controvierta.

**DECIMOTERCERO**.- Que, en el mismo sentido, en el caso concreto, como consta a foja 266, se encuentra dictada la interlocutoria de prueba de la gestión pendiente, fijándose como hechos litigiosos "1. La efectividad de tener participación y/o responsabilidad la reclamante de las irregularidades o infracciones que se le imputaban; 2. Efectividad de encontrarse comprobados en el sumario administrativo los hechos que se le imputaban al reclamante". En este sentido, es dable hacer presente que si bien se dedujo recurso de apelación respecto a la interlocutoria de

prueba referida precedentemente, como consta en ingreso de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago Rol 9329-2019, este fue desistido. De tal modo, es claro que, a partir de los puntos de prueba precisados, el requirente goza de todas las garantías del debido proceso para su defensa, pudiendo aportar pruebas en su favor, pues ello le permite desvirtuar ante el juez de fondo las calificaciones de hecho y de derecho que motivaron la multa en el caso concreto. De tal modo, no se producen las infracciones constitucionales que se denuncian.

## La impugnación del artículo 171, inciso segundo del Código Sanitario.

**DECIMOCUARTO**.- Que, a juicio de esta Magistratura Constitucional, la parte del precepto impugnada que dispone que "el Tribunal desechará la reclamación si los hechos que hayan motivado la sanción se encuentren comprobados en el sumario sanitario de acuerdo a las normas del presente Código", parte de la base que se comprobaron los hechos que constituyen la infracción, lo cual implicará que, por las pruebas aportadas, el tribunal del fondo verifique el cumplimiento de los parámetros previstos, lo cual exigirá la ponderación de la prueba, en relación con los hechos relevantes, fijados durante el proceso.

**DECIMOQUINTO**.- En coherencia con lo anterior, si algunos de los presupuestos procesales no son satisfechos, dado que los hechos no han sido acreditados, porque ellos no constituyen infracción normativa sanitaria, o bien, porque la sanción impuesta por la autoridad sanitaria no corresponde a la infracción cometida, el juez, incluso en aplicación del precepto impugnado, tendrá la facultad de acoger la reclamación, si fuera el caso.

**DECIMOSEXTO**.- De este modo, no es posible vislumbrar cómo se infringe el artículo 19 Nº 3 de la Constitución, pues la sanción contenida en la Resolución Exenta Nº 7.492-2020, es el resultado de un procedimiento racional y justo, pues la empresa requirente tuvo la posibilidad de formular descargos y aportar pruebas, cumpliendo con los presupuestos procesales del debido proceso en sede administrativa.

## De la supuesta infracción del artículo 174, inciso primero del Código Sanitario.

**DECIMOSÉPTIMO**.- Finalmente, el requirente señala que el artículo 174 del Código Sanitario infringe los principios de tipicidad (fs. 27) y proporcionalidad (fs. 32).

**DECIMOCTAVO**.- Que, como ha tenido oportunidad de establecer esta Magistratura, aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de encontrarse, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Sin embargo, *"debe aclararse ahora que la vigencia del principio de legalidad en el campo del derecho administrativo sancionador no impide que la administración pueda legítimamente sancionar conductas cuyo núcleo esencial se encuentre descrito en una ley y más extensamente desarrollado en normas reglamentarias" (STC 479 c. 14º). Por todo lo señalado, "la colaboración reglamentaria, no se encuentra entonces excluida por el principio de reserva legal, salvo los casos en que la propia Constitución ha dispuesto que sólo la ley puede regular una cierta materia o disponer en ciertas cuestiones"* (STC 480 c. 15º).

Ahora bien, es relevante hacer la distinción del principio de legalidad con el de tipicidad, *"los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta"* (Rol 244, c. 10°).

**DECIMONOVENO**.- Que, de este modo, como ha reiterado esta Magistratura, es posible y lícito que la Administración pueda regular algunos aspectos determinados en una ley (STC ROL 325-01). La Constitución diseña un régimen que armoniza potestad legislativa con potestad reglamentaria (STC 370). El que una actividad se regule por ley, no excluye la colaboración reglamentaria (STC 480). Ello, ha dicho, se funda en una interpretación armónica de los artículos 63 y 32 N° 6 de la Constitución, por la naturaleza general y abstracta de la ley y por la división de funciones que reconoce nuestro sistema. Imaginar lo contrario equivale a convertir la ley en reglamento y a concentrar en el órgano legislativo las dos potestades (STC 480).

**VIGÉSIMO**.- No se advierte cómo puede afectarse el principio de tipicidad si las normas transcritas previamente establecen las facultades de la autoridad sanitaria y definen cuál es la conducta reprochable, de modo que era previsible para el administrado tener conocimiento anticipado del comportamiento sancionado.

**VIGÉSIMO PRIMERO**.- Que, por tanto, es constitucionalmente admisible la colaboración ley-reglamento en la determinación de la conducta según lo expuesto, si la parte requirente no está de acuerdo con lo determinado por la autoridad sanitaria o con el monto de la multa, aquello corresponde rebatirlo en sede administrativa o judicial -como así ha sucedido- siendo materia de legalidad resolver si concurren o no los presupuestos de hecho para aplicar la sanción.

**VIGÉSIMO SEGUNDO**.- Por último, el requirente también estima que el artículo 174 del Código Sanitario afecta el principio de proporcionalidad, fundado en que la norma carece de parámetros que justifiquen la aplicación de una determinada sanción, pudiendo la autoridad aplicar el quantum de las multas (fs. 36).

Pues bien, el inciso primero del artículo 174 del Código Sanitario establece una gama de sanciones en caso de infracciones a las disposiciones de ese código, de sus reglamentos y de las resoluciones que dicte la autoridad sanitaria, cuando estas no tengan aparejada una sanción especial. En consecuencia, el infractor puede ser sancionado con multa de un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales y, en caso de reincidencia, hasta con el doble de la multa original; con la clausura de los establecimientos, recintos, edificios, casas, locales o lugares de trabajo donde se cometiere la infracción; con la cancelación de la autorización de funcionamiento o de los permisos concedidos; con la paralización de obras o faenas; con la suspensión de la distribución y uso de los productos de que se trate, y con el retiro, decomiso, destrucción o desnaturalización de los mismos, cuando proceda.

Ni el referido precepto legal, ni ningún otro precepto contenido en el Código Sanitario contemplan expresamente criterios de graduación de la sanción.

**VIGÉSIMO TERCERO**. - Lo anterior, sin embargo, no debe conducir a afirmar la inconstitucionalidad del precepto legal, bajo el argumento de que este confiere una facultad discrecional a la autoridad sanitaria en el ejercicio de su potestad sancionadora, vale decir, otorga a la administración un margen de apreciación para determinar el monto de la multa.

**VIGÉSIMO CUARTO**.- La discrecionalidad no significa arbitrariedad y, precisamente, uno de los elementos que permite distinguir la primera de la segunda es la motivación de los actos administrativos. En efecto, la motivación opera como una herramienta para el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, aunque esta no es su única función, toda vez que la motivación también hace posible el ejercicio del derecho de defensa de los administrados frente a la actuación administrativa, y hay autores que atribuyen una tercera función a la motivación, cual es servir como elemento de interpretación de la decisión administrativa (Retortillo, Sebastián (1957), "El exceso de poder como vicio del acto administrativo", *Revista de Administración Pública,* (83): 83- 177, p. 127).

En su función de instrumento de control de la actividad discrecional de la Administración, la motivación *"debe ser plausible, congruente con los hechos de los que necesariamente ha de partirse, sostenible en la realidad de las cosas y (...) susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos"* (Fernández, T.R. (1994), De la arbitrariedad de la Administración, Madrid: Civitas, p. 82).

**VIGÉSIMO QUINTO.**- La Contraloría General de la República ha señalado que *"los procedimientos administrativos especiales que establecen las leyes, deben regirse por las normas contenidas en el ordenamiento que les da origen, quedando sujetos supletoriamente a las prescripciones de la ley N° 19.880, en aquellos aspectos o materias respecto de las cuales la preceptiva especial no ha previsto regulaciones específicas"* (Dictamen Nº33.448-08, de 18.07.2008).

**VIGÉSIMO SEXTO.**- Que, en tal sentido, la Ley Nº19.880, si bien no establece un deber de motivación general de los actos administrativos, sí impone esta obligación respecto de determinadas resoluciones: (1) las resoluciones que afecten los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio (art. 11 inciso segundo); (2) las resoluciones que resuelvan recursos administrativos (art. 11 inciso segundo); (3) las resoluciones que resuelvan las cuestiones discutidas en el procedimiento administrativo (art. 41); y (4) las resoluciones que declaren el abandono del procedimiento o acepten el desistimiento o la renuncia al derecho en que se funda la solicitud (art. 40).

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.**- Por consiguiente, existe el deber legal de motivar los actos administrativos de gravamen, entre los cuales se encuentran aquellos que aplican sanciones y, por tanto, el ejercicio de las facultades discrecionales que la aplicación del inciso primero del artículo 174 del Código Sanitario conlleva, no implica un ejercicio arbitrario de poder en la medida que dicha motivación exista y sea razonable.

Sin embargo, es materia de legalidad y no de constitucionalidad, determinar si el acto administrativo sancionatorio cumplió con la obligación de motivación y si esta es adecuada y, por tanto, el examen de este reproche corresponde al juez de fondo, a través del control de la motivación que funda el acto administrativo reclamado.

**VIGÉSIMO OCTAVO.**- En este sentido, existe plena coherencia entre el inciso primero del artículo 174 del Código Sanitario y el principio de proporcionalidad, que establece como una conducta infractora cualquier vulneración de las disposiciones del Código Sanitario o de sus reglamentos y de las resoluciones que, dictadas por la Secretaría Regional Ministerial Metropolitana, salvo las disposiciones que tengan una sanción especial, es decir, deja claramente establecido el marco de la acción infractora.

**VIGÉSIMO NOVENO.**- Que, resulta concluyente que los preceptos impugnados determinan la posibilidad de la SEREMI de Salud de aplicar sanciones por infracciones a normas reglamentarias cuyo núcleo esencial está establecido en la ley; sanciones que se aplicaron como consecuencia de un Sumario Sanitario, por conductas que contrariaban normas previamente establecidas, y dentro de los rangos establecidos para esas infracciones por la Ley.

## III. CONCLUSIONES

**TRIGÉSIMO.**- No hay vulneración a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, la tutela efectiva, el derecho a un justo y racional procedimiento, y el principio de legalidad en la aplicación que la SEREMI de Salud hizo, y que posteriormente confirmó el 14° Juzgado Civil de Santiago, pues el procedimiento se desarrolló satisfaciendo los parámetros que se otorgan a la autoridad sancionadora, motivada debidamente, con proporcionalidad, razonabilidad y fundamentación en la misma, por infracciones a conductas previamente determinadas en cuerpos reglamentarios, lo que en todo caso – y como de hecho aconteció- es objeto de análisis

por el juez de fondo, todo ello bajo el estricto cumplimiento del contenido de forma y fondo del procedimiento respectivo.

**TRIGÉSIMO PRIMERO**.- Las vulneraciones invocadas por la requirente a los estándares del garantía constitucional de la tipicidad de la sanción, de la reserva legal y de proporcionalidad en la aplicación de las sanciones, no son tales en el caso del derecho administrativo sancionador, debido a que el análisis de legitimidad constitucional en el control concreto, no debe desprenderse del Nº 3 del artículo 19, sino más bien del N°2 del mismo artículo, que protege la igualdad ante la ley y proscribe la arbitrariedad, ya que la imposición de sanciones por parte del órgano fiscalizador en este caso, no deriva del ejercicio de una función jurisdiccional, sino por el contrario de una potestad administrativa sancionadora, que cumple los estándares de debido proceso, previstos por el legislador.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

**SENTENCIA ROL 10.383-2021.** *Publicada el 25 de noviembre de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 163, 166, 167 y 174 del Código Sanitario. Blue Shell S.A. En proceso ejecutivo Rol C-1714-2020, seguido ante el Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt.

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES estuvo por acoger parcialmente el requerimiento, solo respecto del inciso segundo del artículo 174 del Código Sanitario, en base a las siguientes consideraciones:**

## I. ALGUNAS REFERENCIAS SOBRE EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL SOMETIDO AL CONOCIMIENTO DE ESTA MAGISTRATURA.

**1°.-** Que, Gustavo Muñoz Basáez, abogado, en representación de Blue Shell S.A., con fecha 24 de febrero del 2021, interpuso recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, respecto de los artículos 163, 166, 167 y 174 del Código Sanitario, en el contexto del juicio sumario de reclamación de multa, caratulado "Blue Shell con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de los Lagos", causa Rol C-1714-2020, seguida ante el 1º Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt.

De tal modo, indica que, la requerida, inició acción ejecutiva de cobro, conforme con el artículo 174 del Código Sanitario, sirviendo de base como título ejecutivo, a la causa que sirve como

gestión pendiente, la Resolución Exenta Nº 1910164, conforme con la cual se resolvió imponer una multa por 1000 UTM a Blue Shell S.A., por infringir las disposiciones de los artículo 184 del Código del Trabajo, artículo 3 y 37 inciso 1º del Decreto Supremo Nº 594 de 1999 del Ministerio de Salud y el artículo 21 del Decreto Supremo Nº 40, de 1969 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

**2°.-**El requirente sostiene, en primer término, que como consta en autos rol 8823-2020, de esta Magistratura, Blue Shell S.A., dedujo requerimiento de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 163, 166, 167 y 174 del Código Sanitario, en el contexto del juicio sumario de reclamación de multa, en causa Rol C-1093-2019, sustanciado ante el Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt. Asimismo, destaca que el requerimiento referido precedentemente fue acogido.

A reglón seguido, argumenta que la misma resolución que sirvió como gestión pendiente en la causa recién indicada – que se encuentra aún en discusión ante los roles C-1093-2019- ahora serviría como título ejecutivo, en los autos en los que se intenta la presente inaplicabilidad.

Concluye, en lo que respecta a este punto, que *"(…) siendo la misma sentenciada dictada en razón de un sumario administrativo en el cual ya se han declarado como inconstitucionales las normas que sirvieron de base al referido proceso administrativo o sumario sanitario, es de pleno derecho aplicar la institución de la cosa Juzgada"* (foja 02).

**3°.-** Adicionalmente, el actor señala que los preceptos que se intentan inaplicar infringen lo dispuesto en el numeral 3, incisos 6, 7, 8 y 9 del artículo 19 de la Constitución, al transgredir el derecho al debido proceso, al principio de legalidad y de tipicidad.

**4°.-**En relación con el artículo 163 del Código Sanitario, el requirente argumenta que en la parte del precepto donde se establece *"(…) deberá citarse al infractor después de levantada el acta respectiva". A su juicio "(…) dicha frase correspondería a una determinación legal previa, que determina sin más, el grado de participación como consumado, al precisar desde ya y sin procedimiento previo la calidad de infractor" (foja 04). Así, a su juicio, se infringiría lo dispuesto en el artículo 19 Nº 3 inciso 7º de la Constitución, toda vez que "la ley ya hace referencia en el artículo 163 a una calidad prefijada y que aún no ha sido comprobada (…) como infractor consumado"* (foja 09).

**5°.-** A su turno, el actor argumenta que en lo que respecta a la aplicación del artículo 166 del Código Sanitario <<***Bastará*** *para dar por establecido la existencia de una infracción a las leyes y reglamentos sanitarios el testimonio de dos personas contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales;* ***o el acta, que levante el funcionario del Servicio al comprobarla***>>, que en relación a la palabra "Bastará", empleada por el legislador, esta da por sentada, mediante una presunción de derecho, la existencia de la infracción de leyes y reglamentos sanitarios. En el mismo orden, indica que, en relación con el mismo precepto, la frase *"(…) el acta, que levante el funcionario del Servicio al comprobarla"* infringiría disposiciones propias del debido proceso, pues se le daría valor de plena prueba al acta de un único fiscalizador.

**6°.-**Por otra parte, respecto de la aplicación del artículo 167 del Código Sanitario <<*Establecida la infracción, la autoridad sanitaria dictará sentencia sin más trámite*>> el requirente aduce que "si la infracción se establece sólo con el acta del fiscalizador (166), por una norma que ya determina la responsabilidad previa (163), la sentencia tiene un resultado obvio, que es la sola imposición de la multa y, en consecuencia, se infringiría el debido proceso" (foja 05).

Adiciona, a foja 10, que *"si bien la carga procesal del contencioso administrativo no establece de forma evidente el establecimiento de una presunción de derecho sobre la infracción, queda claro que es la propia ley en estos tres articulados los que manifiestan que, tal presunción de derecho si existe, y que está establecida por el legislador sanitario, al establecer una apariencia de debido proceso (…) cuando*

*la responsabilidad y grado de responsabilidad está ya dada por ley y (…) contrariando el precepto constitucional, pues no se puede presumir de derecho la responsabilidad infraccional". En este contexto, a foja 14, el actor señala que en la aplicación de estas normas "no importa, si el funcionario erró, o se equivocó en su apreciación, no importa la prueba que se rinda en contra de dicha acta y los "hechos constatados", tampoco importa, si quienes libran tal acta son dependientes de la autoridad que sanciona ni menos, si estos dentro del "debido" proceso dieron cuenta, reiteraron o ratificaron sus propios dichos o sus actuaciones, como en cualquier proceso racional y justo (…)". Así, el hecho precedente, según su criterio, implicará que no exista posibilidad de acceder a una tutela jurisdiccional plena, en tanto "sea la propia ley la que sancione y determine dar valor, primero que todo, de plena prueba a un acta levantada por sus propios funcionarios, cuando es la ley la que determina previamente y sin ningún tipo de proceso la calidad grado de participación y responsabilidad penal y/o infraccional de "infractor" sin siquiera haberlo escuchado previamente, y luego de ello, con el solo mérito de lo obrado por su propio servicio, ejercite la jurisdicción dictando una sentencia con mérito de cosa juzgada en razón de la función jurisdiccional sanitaria, mirando para ello sólo lo obrado por sus propios empleados remunerados, y luego de que, sea la misma norma la que indique que con ello basta, elevando veladamente en los hechos a presunción de derecho, en los art. 166 y 167 lo obrado por sus propios fiscalizadores, y aun más, determinando sin ningún procedimiento racional y justo la calidad y autoría consumada de "infractor" incluso antes de ser oído, como se describe en el artículo 163"* (foja 16). Con lo que se afectará, igualmente, el derecho a un Juez imparcial (foja 17).

Por otra parte, aduce, a foja 18, que en el caso de marras se infringe el derecho a la igualdad entre las partes. Indica que ello se explica en el hecho de que no existiría dualidad de partes en este proceso jurisdiccional administrativo, ya que el denunciante y quien genera la prueba es el mismo servicio, quien, además, dicta sentencia, y quien resuelve los recursos que se puedan oponer en contra de lo resuelto, sin ser procedente el recurso jerárquico, conforme a lo establecido en el artículo 35 del Decreto Supremo Nº 136 del año 2004, en contravención, a su juicio, al artículo 15 de la ley 19.880.

Respecto a los imperativos de pasividad, imparcialidad y objetividad, que deben regir la actividad de los tribunales. El actor señala, a foja 20, que, en relación con el principio de pasividad, este se infringe en el contexto de un procedimiento sumarial, cuando este se ha iniciado de oficio por el mismo servicio. En tanto, respecto al principio de imparcialidad y objetividad, este es lesionado pues el *"director del servicio, es denunciante, por intermedio de sus empleados los fiscalizadores, el Director del servicio, ejerce la jurisdicción que el propio Código Sanitario le entrega en los art. 161 y siguientes, y al hacerlo, debe ajustarse a lo que previene el art. 163 que determina que el denunciado ya tiene la calidad de infractor, es decir, ya está establecida en forma previa por la ley el grado y la participación punible del ya mal previamente denominado "infractor"; debe el órgano jurisdiccional tener como plena prueba el acta que levanta el propio funcionario del servicio (art. 166) y en base a esa prueba, la autoridad sanitaria debe dictar sentencia (art. 167)".* Negándole, adicionalmente, como ya ha sido previsto, la doble instancia.

**7°.-** Finalmente, en lo que respecta a la aplicación del artículo 174 del Código Sanitario, el requirente sostiene, a foja 08, que su aplicación pugna con la racionalidad de la normativa en comento, al establecer sanciones de multas *"de un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades Tributarias mensuales"* por infringir *"cualquiera de las disposiciones de este Código o de sus reglamentos y de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile"*. En tal sentido, a su entender, la aplicación de este precepto es una manifestación del ius puniendi del Estado (foja 27).

En este sentido, el requirente aduce que además de estar afecto a un proceso indebido, se ha vulnerado además el principio de tipicidad, contenido en el inciso 8º del número 3 del artículo 19 de la Constitución, al sancionar a su representada con una multa, sin existir hechos claros y precisos en la sentencia que condenó a la multa a su representada.

A reglón seguido, fundamenta, a foja 29, que si bien el artículo 174 del Código Sanitario establece una sanción, ella no es por el incumplimiento de una norma en específico, sino por la infracción de "cualquiera de las disposiciones de este Código o de sus reglamentos" describiendo una banda indeterminada para multar, que es entregada a un arbitrio de atipicidad o de indiscriminación en su aplicación que va desde *"un décimo de unidad tributaria mensual hasta las mil unidades tributarias mensuales" sin distinguir por la gravedad de la falta, señalando solamente que "las reincidencias podrán ser sancionadas hasta con el doble de la multa original"*.

El actor indica que la falta sancionada con multa contenida en el artículo 174 citado, como manifestación del ius puniendi del Estado, requiere de certeza para su validez, por cuanto debe estar tipificada, y luego cumplir con la tipicidad del tipo infraccional que se pretende por el Estado, conforme al artículo 19 Nº 3 de la Carta Fundamental. De modo tal, el artículo impugnado como norma "ordenatio litis" implicará que la conducta esté plenamente identificada, así como la sanción que se aplique.

Agrega que, *"(…) la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y solo a ella establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la Republica, de conformidad a lo que dispone el art. 61 inc. 2°, de la Constitución Política"* (foja 32).

Concluye, que *"la frase del art. 174 que describe como sancionables las conductas "de sus reglamentos y de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile" vulnera como se sostiene el principio de reserva legal y de legalidad, por entregar a una mera reglamentación y a las resoluciones de jefes de servicio, las facultades legislativas sancionatorias infraccionales que, conforme con la carta fundamental, como se ha dicho, son materias exclusivas y excluyentes de reserva legal, pues la constitución precisa que "corresponde a la ley y solo a ella" establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, que hacen absolutamente improcedente la delegación de la facultad sancionatoria"* (fojas 33 y 34).

## II. SOBRE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 163, 166 Y 167, DEL CÓDIGO SANITARIO.

### La labor del Juez del fondo y la delimitación de las potestades de la jurisdicción constitucional, en torno a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida en el caso de marras.

**8°.-**El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es la acción que el ordenamiento supremo franquea para evitar que la aplicación de uno o más preceptos legales, invocados en una gestión judicial pendiente, produzca efectos, formal o sustantivamente, contrarios al Código Político. Trátase, por ende, de un control concreto de la constitucionalidad de la ley, centrado en el caso sub lite y cuya resolución se limita a que disposiciones legales determinadas, en sí mismas, resulten, en su sentido y alcance intrínseco, inconciliables con el texto y espíritu de la Carta Fundamental. (STC 1390 c. 10) (En el mismo sentido, STC 2740 c. 5, STC 5442 c. 4, STC 3731 c. 15, STC 6222 c. 7).

**9°.-**Que, mediante la acción de inaplicabilidad deducida, el Tribunal Constitucional está llamado a determinar si la aplicación de un precepto legal en una gestión específica resulta contrario a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado, producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución. Por ende, le impide realizar un juicio

en abstracto de constitucionalidad contrastando el texto de la norma impugnada con el de la Carta Fundamental, dado que está dirigida a verificar si el precepto legal impugnado produce un resultado inconstitucional en la gestión pendiente de que se trata. (STC 479 c. 3) (En el mismo sentido, STC 478 c. 15, STC 480 c. 27, STC 523 c. 4, STC 552 c. 7, STC 558 c. 5, STC 596 c. 12, STC 616 c. 49, STC 626 c. 1, STC 654 c. 7, STC 718 c. 44, STC 811 c. 2, STC 944 c. 18, STC 1011 c. 2, STC 1029 c. 7, STC 1061 c. 3, STC 1065 c. 18, STC 1145 c. 7, STC 1204 c. 1, STC 1253 c. 3, STC 1254 c. 11, STC 1279 c. 4, STC 1288 c. 42, STC 1309 c. 1, STC 1314 c. 34, STC 1345 c. 4, STC 1361 c. 12, STC 1416 c. 7, STC 1514 c. 8, STC 1535 cc. 2 y 3, STC 1564 c. 7, STC 1669 c. 4, STC 1710 c. 35, STC 1872 c. 12, STC 1881 c. 8, STC 1951 c. 29, STC 1986 c. 5, STC 1992 c. 5, STC 1993 c. 5, STC 2069 c. 5, STC 2237 c. 11, STC 2301 c. 3, STC 2354 c. 10, STC 2536 c. 24, STC 2537 c. 29, STC 2674 c. 5, STC 2702 c. 3, STC 2865 c. 3, STC 2866 c. 3, STC 2703 c. 4, STC 2955 c. 1, STC 2922 c. 3, STC 3110 c. 18, STC 6339 cc. 20 y 22, STC 6370 c. 20 y 22, STC 7330 c. 30, STC 7443 c. 18 y 21, STC 5599 c. 17, STC 3146 c. 21, STC 3874 c. 21, STC 4973 c. 23, STC 5025 c. 21, STC 5232 c. 21, STC 5654 c. 11, STC 7015 c. 14, STC 3731 c. 16).

**10°.-** Cabe precisar, que los autos Rol 8823-2020, tuvo como gestión pendiente la causa Rol C-1093-2019, radicada en el Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt, la que se dedujo, dada la naturaleza de los hechos jurídicamente relevantes, como procedimiento sumario, y que discurrió sobre "la multa de 1.000 UTM aplicada mediante resolución administrativa a la requirente", acción que fue presentada a fin de que el Tribunal del Fondo dejara sin efecto la resolución que se recurría y la sanción aplicada. Sin embargo, en la gestión pendiente que ahora se invoca -causa Rol C-1714-2020- da cuenta, a foja 166, que si bien, la causa tiene su origen en un litigio en el cual concurren las mismas partes y la discusión girará en torno a la multa, en este caso se trata de una acción diversa a la prístinamente deducida -procedimiento declarativo-, pues en esta se intenta ejecutar una obligación de dar.

**11°.-** Así, tratándose de un examen de constitucionalidad en concreto, la presente acción de inaplicabilidad no será la vía idónea para examinar si los artículos 163, 166 y 167 del Código Sanitario producen un efecto contrario a la Constitución en el caso de marras, toda vez que en la causa C-1093-2019, en la cual se ventilaron aspectos de fondo de la sanción aplicada mediante resolución administrativa, tuvo incidencia la sentencia de la causa Rol 8823, ya singularizada, pues se determinó por esta Magistratura acoger el requerimiento y, con ello, declarar inaplicable los mismos preceptos que se intentan someter nuevamente al conocimiento de este Excelentísimo Tribunal, ahora en el contexto de la ejecución de multa, en causa Rol C-1714-2020, por cuanto se descarta, igualmente, el argumento de rechazo relativo un efecto de cosa juzgada alegado por el CDE a partir de la sentencia Rol N° 8823, y que a su juicio conllevaría el rechazo del requerimiento, omitiendo las diferencias de gestión pendiente y que en este caso se trata de un asunto de oportunidad y pertinencia procesal al deducir reclamos de fondo en el contexto de un procedimiento ejecutivo – como lo es la causa que se invoca como gestión pendiente-. En el caso sub lite la gestión invocada es un proceso ejecutivo, sobre cobro de una multa que se encuentra reclamada judicialmente en otra gestión de sede declarativa radicada y pendiente ante otro tribunal y dotada de otro procedimiento. En este sentido cabe observar que todos los preceptos cuestionados, salvo parte del artículo 174, se refieren a cuestiones que se discuten en etapa declarativa y no en sede ejecutiva.

**12°.-** En efecto, el artículo 90 de la ley orgánica constitucional de esta Magistratura dispone que *"Resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido"*. Resulta evidente, hasta para el más lego conocedor de los conceptos elementales del Derecho procesal chileno que un juicio ejecutivo en el que una resolución administrativa que impone multa obra de título ejecutivo no podría ser jamás "instancia" ni menos "grado" de

un juicio declarativo que en paralelo se encuentra pendiente, todo ello ante tribunales de letras de primera instancia, ambos de similar grado y jerarquía. Cabe mencionar que las expresiones "grado" e "instancia" se encuentran íntimamente ligadas a las reglas generales de competencia de los artículos 108 y ss. del Código Orgánico de Tribunales, en especial las de radicación y jerarquía, que con tal alegación del CDE se ven del todo disociadas. Adicionalmente, tal alegación supone justamente lo contrario de lo que parece: es desconocer el efecto de una sentencia de este Tribunal, pues -aun con el voto en contra de este Ministro-, el artículo 174 fue declarado inaplicable en el proceso rol 8823 de este Tribunal, lo que impedía al CDE iniciar la ejecución que constituye la gestión pendiente de este proceso, debiendo llamarse especialmente la atención a este respecto.

**13°.-** Adicionalmente, es elemental la comprensión de la diferencia entre un proceso declarativo de reclamo de multas y un proceso ejecutivo de cobro de las mismas: los conocen tribunales distintos, tienen procedimientos diferentes, y fechas de inicio diferentes, lo cual resulta relevante, pues los efectos de cosa juzgada de la sentencia de inaplicabilidad que se construyen a partir del artículo 90 transcrito de la ley orgánica de este tribunal reposan en un pilar del control concreto: la sentencia tiene efectos en la gestión que motiva la cuestión de inaplicabilidad, que en el proceso 8823 es el juicio declarativo.

**14°.-** Que, en este sentido, cabe reiterar que no es propio de la acción de inaplicabilidad el determinar si -en su caso- la actuación administrativa se ajusta o no a la ley, lo que ciertamente es competencia de una acción de lato conocimiento, como por ejemplo la nulidad de derecho público, al tenor de lo preceptuado en los artículos 6º y 7º CPR. (STC 523 c. 7) (En el mismo sentido, STC 3265 c. 27, STC 3404 c. 27).

**15°.-** De tal modo, no le corresponde al Tribunal Constitucional, en el examen que debe realizar de la acción de inaplicabilidad, emitir pronunciamiento alguno respecto de la legalidad de las multas ni de las decisiones adoptadas por el tribunal que conoció o está conociendo de la gestión en la causa Rol C-1093-2019, ni en torno a las consideraciones que el juez a quo tendrá al resolver un asunto, por equivocadas que éstas pudieran ser. Adoptar el criterio inverso importaría atribuirse impropiamente competencias exclusivas de la jurisdicción ordinaria. Lo que debe adicionarse, al hecho de que los artículos 163, 166 y 167 del Código Sanitario, no son normas referidas a la resolución del proceso ejecutivo que delimita como gestión pendiente el conflicto actualmente sometido al conocimiento de este Excelentísimo Tribunal Constitucional. En efecto, los artículos 163, 166 y 167 del Código Sanitario regulan materias referidas al reclamo de multas en sede declarativa civil, y sus cuestionamientos de constitucionalidad ya fueron ponderados por esta Magistratura en la sentencia Rol N° 8823, no siendo tales normas pertinentes a la gestión pendiente de este proceso.

**16°.-** Finalmente, respecto a este punto, es dable precisar que tampoco resulta oportuno que este Tribunal se pronuncie en relación con la supuesta inaplicabilidad del inciso primero del artículo 174 del Código citado, toda vez que, como consta a foja 293 del expediente de la causa Rol 8823, fue una materia ya debatida y resuelta, mediante la respectiva sentencia.

## III. SOBRE LA INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 174 INCISO 2º DEL CÓDIGO SANITARIO, EN EL CASO DE AUTOS.

**17°.-** Que, este sentenciador estará por acoger el requerimiento solamente respecto del inciso 2º del artículo 174 del Código Sanitario, en tanto dispone que <<*Las resoluciones que establezcan las infracciones y determinen las multas tendrán mérito ejecutivo y se harán efectivas de acuerdo con los artículo 434 y siguientes del Código de Procedimiento Civil*>> pues con su aplicación se infringe lo establecido en el artículo 19 Nº 3, en relación con el artículo 38 inciso 2º y el artículo 76, todos de la Constitución Política de la República, como se analizará en consideraciones siguientes.

## Algunas notas sobre el derecho a defensa y la trascendencia de esta institución en el Derecho Administrativo.

**18°.-** Si bien, la Constitución no contiene una norma expresa que defina con diáfana claridad lo que la doctrina denomina "el debido proceso", ha optado por garantizar el derecho al racional y justo procedimiento e investigación, regulando, además, dos de los elementos configurativos del debido proceso. En primer lugar, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. En segundo lugar, que corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo. (STC 821 c. 8) (En el mismo sentido, STC 2702 c. 30, STC 2895 c. 3, STC 3297 c. 13, STC 3029 c. 3).

**19°.-** En este contexto, en una basta experiencia jurisprudencial, ya es un hecho asentado que el legislador "*está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad"* (STC 1411 c. 7) (En el mismo sentido, STC 1429 c. 7, STC 1437 c. 7, STC 1438 c. 7, STC 1449 c. 7, STC 1473 c. 7, STC 1535 c. 18, STC 1994 c. 24, STC 2053 c. 22, STC 2166 c. 22, STC 2546 c. 7, STC 2628 c. 6, STC 2748 c. 14, STC 2757 c. 40, STC 3107 c. 9, STC 3297 c. 13, STC 3309 c. 3309, STC 3171 c. 28, STC 6399 c. 19, STC 7972 c. 56).

**20°.-** Que, de tal modo, la garantía del debido proceso establece un parámetro de exigibilidad mínimo, que implicará que el derecho a un procedimiento previo, racional y justo, y legalmente tramitado, deba contemplar, además, las siguientes garantías *"la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores"* (STC 478 c. 14) (En el mismo sentido, STC 576 cc. 41 a 43, STC 699 c. 9, STC 1307 cc. 20 a 22, STC 1448 c. 40, STC 1557 c. 25, STC 1718 c. 7, STC 1812 c. 46, STC 1838 c. 11, STC 1876 c. 20, STC 1968 c. 42, STC 2111 c. 22, STC 2133 c. 17, STC 2354 c. 23, STC 2381 c. 12, STC 2657 c. 11, STC 2697 c. 17, STC 2687 c. 14, STC 2799 c. 14, STC 2853 c. 16, STC 2757 c. 41, STC 2743 c. 24, STC 2791 c. 24, STC 2983 c. 4, STC 3107 c. 7, STC 3309 c. 28, STC 3119 c. 19, STC 3649 c. 7, STC 5219 c. 10, STC 5418 c. 17, STC 5419 c. 17, STC 6411 c. 11, STC 6962 c. 11, STC 4222 c. 48, STC 5121 c. 13, STC 4379 c. 5, STC 4533 c. 5, STC 4972 c. 5, STC 4988 c. 5, STC 5104 c. 5, STC 5778 c. 5, STC 5993 c. 5, STC 5613 c. 5, STC 5751 c. 5, STC 5979 c. 5, STC 5999 c. 5, STC 6108 c. 5, STC 6163 c. 5, STC 6473 c. 5, STC 6349 c. 5, STC 6353 c. 5, STC 6381 c. 5, STC 6508 c. 5, STC 6750 c. 5, STC 6941 c. 5, STC 7076 c. 5, STC 7228 c. 5, STC 7232 c. 5, STC 7233 c. 5, STC 7311 c. 5, STC 7398 c. 5, STC 7430 c. 5, STC 7606 c. 5, STC 3969 c. 8, STC 4434 c. 55, STC 7641 c. 30, STC 6611 c. 4, STC 7060 cc. 11 y 15, STC 7061 cc. 11 y 15, STC 3625 c. 30, STC 3938 c. 16, STC 3770 c. 35, STC 7203 c. 31). Satisfaciendo así estándares formales y sustantivos, que se erigen como garantía constitucional judicial, con el objeto de evitar que una persona quede en un estado objetivo de indefensión.

**21°.-** Que, en este orden, las garantías del debido proceso se encuentran establecidas en relación con el ejercicio de la función jurisdiccional, independiente del órgano que la ejerza. De suerte tal que no sólo los tribunales, propiamente tales, formen o no parte del Poder Judicial, ejercen jurisdicción, sino que también lo hacen otros órganos, como algunos que incluso integran la Administración del Estado, al resolver situaciones jurídicas que afecten a las personas y sus bienes. (STC 437 c. 17) (En el mismo sentido, STC 616 c. 18, STC 808 c. 10, STC 1393 c. 7, STC 2111 cc. 16 y 17, STC 5958 c. 4). Así, el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa,

por ejemplo, debe sujetarse a principios constitucionales básicos. Entre ellos, se ha señalado que es imprescindible que la ley prevea un debido proceso para la aplicación de las sanciones, en cumplimiento del estándar constitucional de un debido proceso, donde el afectado puede ejercer efectivamente sus derechos de defensa, haciendo alegaciones, entregando pruebas y ejerciendo recursos administrativos y jurisdiccionales. (STC 725 c. 19) (En el mismo sentido, STC 1233 c. 13, STC 1413 cc. 26 y 28, STC 2682 c. 9, STC 5958 cc. 3 y 8, STC 3625 c. 31, STC 3056 c. 10, STC 3770 c. 30, STC 7587 c. 12).

**22°.-** En consecuencia, se deben obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

## El problema de constitucionalidad en el caso de autos.

**23°.-** Que, en atención a las consideraciones precedentes, este Sentenciador estima que la norma que se intenta inaplicar permite iniciar un juicio ejecutivo, como consecuencia de la multa decretada administrativamente, aún encontrándose pendiente un reclamo civil – como ocurre en el caso de marras, en causa Rol C-1093-2019, del 1º Juzgado de Letras en lo Civil de Puerto Montt. Encontrándose pendiente en dicha causa la resolución de la reposición y apelación subsidiaria, de folio 29-.

**24°.-** Que, dicha situación, a juicio de este Ministro infringe el artículo 19 Nº 3 inciso 6º, en relación con el artículo 38 inciso 2º y 76 de la Constitución, toda vez que el hecho de darle mérito ejecutivo a la resolución que establece la infracción y determina la multa que se aplicó en el caso concreto, encontrándose pendiente un proceso de reclamación civil -en relación a la verificación de la infracción y la aplicación de la multa-, implicará infracciones al: (a) principio de inocencia, (b) derecho de contradecir la prueba de cargo, (c) derecho de congruencia dentro del proceso, (d) a la eficacia material de la sentencia y, (e) a la racionalidad del proceso. En consecuencia, dicha ejecución anticipada torna estéril el principio y derecho a defensa e impugnación de los Actos Administrativos.

**25°.-** En el sentido de lo expuesto, resulta elemental destacar que *"Tratándose de reclamar judicialmente de los actos de la Administración, y en forma concordante con el derecho de acceso a la justicia que asegura el art. 19, Nº 3, CPR, establece expresamente, en su art. 38, inc. 2°, el derecho de cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración, a reclamar ante los tribunales que determine la ley"* (STC 946 c. 34) (En el mismo sentido, STC 2727 c. 32, STC 2066 c. 33, STC 2301 c. 35, STC 2865 c. 35, STC 2866 c. 35, STC 4995 c. 7, STC 5914 c. 4, STC 5860 c. 4, STC 6046 c. 4, STC 5921 c. 4, STC 6134 c. 4, STC 5947 c. 4, STC 5903 c. 4, STC 6027 c. 4, STC 5933 c. 4, STC 6042 c. 4, STC 6254 c. 4, STC 6154 c. 4, STC 6203 c. 4, STC 6213 c. 4, STC 5976 c. 4, STC 6117 c. 4, STC 6118 c. 4, STC 6231 c. 4, STC 6174 c. 4, STC 6175 c. 4, STC 6093 c. 4, STC 6491 c. 4, STC 6511 c. 4, STC 6531 c. 4, STC 6497 c. 4, STC 6187 c. 4, STC 5956 c. 4, STC 6314 c. 4, STC 6076 c. 10, STC 6075 c. 10, STC 5990 c. 4, STC 6463 c. 4, STC 6436 c. 4, STC 6548 c. 4, STC 6745 c. 4, STC 6591 c. 4, STC 6569 c. 4, STC 6583 c. 4). Cuestión que, si bien ocurrió, ello fue de forma incompleta, dado que el requirente pudo deducir reclamación en sede Civil, pero el hecho de poder interponerla no alcanza a satisfacer la extensión del derecho a "reclamar ante los tribunales que determine la ley", pues ese enunciado constitucional implicará que los tribunales competentes y previamente establecidos deban conocer, resolver y de hacer ejecutar lo juzgado (artículo 76 de la CPR), conforme a criterios de racionalidad y en estricto apego a los otros principios y derechos que lo rigen, dando satisfacción a las garantías constitucionales, procesales y orgánicas inherentes al entramado complejo de instituciones que deben concurrir en un procedimiento legal específico, con lo cual se aseguraría, en principio, una extensión suficiente para asegurar el "acceso a la justicia".

**26°.-** Desde esta perspectiva, estando reclamada la multa y declarado inaplicable el artículo 174, inciso segundo, en dicha gestión de reclamo (sentencia Rol N° 8823), se ha iniciado igual la ejecución de las multas al amparo de dicha norma declarada inaplicable. Tal estado de cosas determina que se vuelve vacuo, fútil, inútil y carente de contenido el reclamo judicial, pues no conduce a una tutela que merezca el apellido de efectiva, ya que las multas son ejecutadas mientras se discuten, pudiendo llegarse al absurdo de que se encuentran compulsivamente pagadas antes de que se dicte sentencia en el reclamo declarativo de las mismas, haciendo desaparecer el objeto del derecho a defensa que se ejerce, volviéndolo solo un ejercicio formal de papel y tinta de escritos, pero que no pone remedio a la situación de hecho que se denuncia y se busca remediar, permitiendo, en un sentido contrario, su consolidación compulsiva.

**27°.-** Por otra parte, si las multas son o no procedentes y apegadas a derecho es justamente lo que el tribunal civil del reclamo de multas deberá determinar, no significando este voto argumento alguno ni de condena ni de exculpación.

**28°.-** Por otra parte, el artículo 76 de la Constitución Política constitucionaliza la estructura lógica y cronológica del ejercicio de la jurisdicción: conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en los denominados "momentos jurisdiccionales", que a su vez enlazan y entroncan de manera ineludible con las garantías del debido proceso, pues, por ejemplo -en un ejemplo quizás demasiado obvio y extremo, pero útil- no se podría ejecutar la imposición de la pena de muerte para después conocer la defensa del imputado y resolver acerca de ella. Es en este sentido que el momento de conocimiento (juicio declarativo de reclamo de las multas) se vuelve estéril, pues en lugar de ejecutar lo resuelto en la sentencia de dicho juicio las multas son cobradas compulsivamente en sede ejecutiva a pesar de estar en discusión (momento jurisdiccional de conocimiento) su juridicidad, determinándose que se ejecuta antes de conocer o peor aún, a pesar de que se está conociendo, haciendo inútil la defensa e derechos e intereses en sede declarativa, reduciendo además a una apariencia la garantía de impugnabilidad de los actos administrativos del artículo 38 de la Constitución Política, ya que a pesar de haber reclamo el mismo se vuelve ineficaz por la sola voluntad de la misma administración reclamada al iniciar la ejecución.

**SENTENCIA ROL 12.769-2022.** *Publicada el 6 de diciembre de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto de la expresión "apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura", contenida en el artículo 150 D, inciso primero, del Código Penal. Claudio Crespo Guzmán. En el Proceso Penal RUC N° 1800319975-0, RIT N° 10342-2018, seguido ante el Segundo Juzgado de Garantía de Santiago.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene** que concurre a la sentencia, teniendo además presente las siguientes consideraciones:

**1°.-** El delito de tortura tiene diversas fuentes en el derecho internacional de los derechos humanos, que moldean y delimitan los deberes de los Estados en la materia, estableciendo estándares y marcos dentro de los cuales ha de ser comprendida la legislación que se dicte. Así, debe citarse en primer lugar la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, instrumento de carácter universal, ratificado por Chile y

vigente hace casi 35 años y vigente, en tanto dispone en su art. 1 que *"A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura " todo acto por el cual se inflija internacionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean influidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigaciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas"*, dejando a salvo en el mismo artículo "cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance", determinando un piso mínimo de proscripción, pudiendo los Estados elevar el estándar de proscripción por vía normativa al contener definiciones que engloben más actos, aumentado así el estándar de garantía del derecho humano a la integridad física y síquica.

**2°.-** Cabe mencionar que recién en el año 2016 el Estado de Chile cumplió el deber de tipificar el delito internacional de tortura en su legislación, como un tipo autónomo y diferente de las lesiones y de la privación ilegal de libertad, imperativo derivado del artículo 2 de dicha convención en tanto establece que *"Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que este bajo su jurisdicción"* y más directamente de su artículo 4° al señalar que *" Todo estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará toda tentativa delitos conforme tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura"* y que "*Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad"*, cobrando especial relevancia en el caso concreto otra norma del mismo artículo 2 de la aludida convención: *"En ningún caso podrá invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura"*, por lo que la interdicción de la práctica de la tortura es absoluta e inexcusable al no reconocer excepción de ninguna especie. Como se verá más adelante, el mismo deber de tipificar penalmente se configura respecto de actos que no configuren tortura, pero que califiquen como tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.

**3°.-** En términos de lex certa, debe observarse que el Código Penal, tras la entrada en vigencia de la Ley N° 20.968, que lo modificó sustituyendo la denominación del párrafo 4 del título III del libro segundo por *"De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución",* incorpora el actual artículo 150 A, que usa explícitamente la voz *"aplicare, ordenare o consintiere en que se aplique tortura"*, lo cual significa que hace suyo el concepto de tortura, el cual no es abierto ni indeterminado, pues goza de definición expresa en un instrumento de derecho internacional convencional de aquellos a que alude el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política, como lo es la convención ya citada, en términos tales que su contenido y los elementos ya transcritos son parte del contenido esencial del derecho a la integridad física y síquica de la persona que el numeral 1° del artículo 19 de la constitución aseguran a toda persona, debiendo recalcarse además que la misma norma constitucional contiene una prohibición expresa respecto de "apremios ilegítimos", un concepto más amplio que el de tortura, y en el cuál esta es una de las especies de todos los posibles tipos de apremios ilegítimos.

**4°.-** Es del caso señalar que esa proscripción de apremios ilegítimos de rango constitucional es justamente una de las posibles "disposiciones de mayor alcance" del derecho interno acerca de la proscripción de tortura a que alude el artículo 1° de la convención, ya transcrito.

**5°.-** No puede preterirse tampoco que la aplicación de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes es una perversión y una degeneración del poder estatal, pues lo hace pasar de ser garante de derechos y de estar al servicio de la persona a ser todo lo contrario: un poder irresistible que somete al ser humano transformándolo en un objeto de sacrificio y aflicción forzada, negando así uno de los fundamentos de validez del poder estatal, cual es el respeto y promoción de los derechos fundamentales, que por lo demás se recoge expresamente en el artículo 5° inciso segundo de a Constitución Política.

**6°.-** En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos ha fijado estándares, debiendo aludirse, al menos, el Caso Tibi vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114. Párr. 143), en la que se declara que *"Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del "[...]ius cogens. La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas"*, además de ser pertinente mencionar sentencias como la del Caso Bueno Alves vs. Argentina (sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, ver también párrafo 76. En abono de tal línea jurisprudencial se citan: Caso de Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 271; Caso Baldeón García. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 117, y Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 222), en la que se utiliza además como estándar de juicio la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, también ratificada por Chile y vigente.

**7°.-** En tal contexto, aparece la dictación de la Ley N° 20.968, que incorpora el artículo 150 D cuestionado, que además de definir y tipificar el delito de tortura como figura matriz, tipifica la aplicación de *"de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura"*, es decir, es un verdadero tipo penal de *"apremios ilegítimos no constitutivos de tortura"*, o de *"tortura incompleta"*, con una delimitación de lo que no constituye delito en el mismo artículo. De tal forma, existe habilitación para esta norma en el artículo 1°, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en la medida que este tipo "pueda contener disposiciones de mayor alcance" que la definición de tortura de la Convención y del tipo del artículo 150 A que deriva del deber del artículo 4° de ella. Adicionalmente, tal habilitación del párrafo 2° del artículo 1 de la Convención para legislar con mayor alcance que la definición de la convención implica un autorización para penalizar más allá de lo definido por ella, en todo lo que se parezca o aproxime a tortura, y es eso justamente lo que hace el tipo en el que se contiene la norma cuestionada en estos autos, reiterándose que tal tratado internacional es de aquellos a que alude el artículo 5°, inciso segundo de la Constitución, por lo cual el sustento de validez de tal figura penal tiene rango y fuente constitucional.

**8°.-** Adicionalmente, la delimitación del tipo del artículo 150 D, en términos de taxatividad y lex certa, no resulta dificultosa ni difusa, pues si se examina en su conjunto el Código Penal, un obvio ejercicio de interpretación lógica, ilustrando el sentido del artículo a la luz de otras normas muestra que la protección de la persona frente a la aplicación de fuerza y apremios por agentes estatales tiene 3 grados de punibilidad diferentes, a partir de 3 tipos, y en ello el artículo 150 D es la figura intermedia, el 2o de los 3 grados de punibilidad específica.

**9°.-** En efecto, la Ley N° 20.968, mantuvo e introdujo adecuaciones al antiguo tipo de vejaciones injustas aplicadas por funcionario público en acto del servicio, en su artículo 255. Así, la delimitación del tipo artículo 150 D es más sencilla y obvia de lo quela requirente plantea, pues

es una figura intermedia, pues en esta escala de garantía en la que es el elemento intermedio, la delimitación de la figura de tortura del 150 A es su límite superior, en tanto tiene los mismos elementos de la tortura, pero faltando uno cualquiera de ellos. Por otro lado, el otro punto cardinal de la delimitación es el delito de vejaciones injustas, pues el maltrato, la humillación, y el sufrimiento que se inflijan antijurídicamente sin tener cabida ni subsunción en el tipo del 150 D podrá probablemente ser ventilado en el marco del tipo de vejaciones injustas del artículo 255.

**10°.-** En relación al significado del término *"vejaciones injustas"*, esta Magistratura se ha referido expresamente en sentencia Rol N° 2670, de 2 de diciembre de 2014 descartando vulneraciones de la garantía de la lex certa. Así, el tipo cuestionado es fácilmente delimitable: es aquello que por entidad y caracteres desborde o exorbite el tipo de vejaciones injustas, pero que no alcance a configurar todos los elementos del tipo de tortura del artículo 150 A, cumpliendo los tres tipos una ineludible e inexcusable función de garantía de tutela penal, que a la luz de los artículos 1, 2 y 4 de la Convención ya transcrita, deben configurar un régimen de interdicción total, completa y autosuficiente de cualquier acto que pueda aproximarse a configurar tortura conforme al derecho internacional, pues también se prohíbe toda otra forma de trato cruel, inhumano o degradante, especies que suelen ser diferenciable de la tortura, pero no por ello dejan de ser violaciones de derechos humanos ni delitos, especies que también caben dentro del género *"apremios ilegítimos"*, y para las cuales es idóneo tanto el tipo del artículo 150 D como el del artículo 255, ambos del Código Penal. En tal sentido, el artículo 5° de la Convención Americana de derechos Humanos dispone que *"Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"*, lo que empalma con la proscripción constitucional de apremios ilegítimos, y con la habilitación para legislar con un estándar más alto que el de que se contempla en la definición de tortura y con el deber de adecuación del derecho del Estado a los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos que se contempla en su artículo 2.

**11°.-** Adicionalmente, si no se considerare suficiente todo lo expuesto, el artículo 16 de la ya citada Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes dispone que *"Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona",* y el precepto cuestionado es el espejo de dicho deber, habiendo sido cumplido recién en el año 2016, existiendo habilitación y deber expreso para sancionar aquello a lo cual el precepto cuestionado se refiere.

**12°.-** Finalmente, el Estado de Chile ha verificado en el pasado actos de reconocimiento de tortura y prisión política, a partir de los cuales hay testimonio escrito y material con suficiente conceptualización, definiciones y calificaciones. En específico, el Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, creada por Decreto Supremo Nº 1.040 de 2003, consta de más de 600 páginas, e ilustra suficientemente sobre la materia específica de tortura, incluyendo métodos, formas, consecuencias y entorno, constituyendo un reconocimiento expreso del Estado sobre la calificación de tortura para determinados hechos, de lo cual deriva necesariamente una delimitación .

**13°.-** Es por todo lo expuesto que no existe vulneración de la garantía constitucional de la lex certa, debiendo rechazarse el requerimiento.

[…]

# 8. Sobre la función y la proporcionalidad de la pena.

**SENTENCIA ROL 10.732-2021.** *Publicada el 27 de enero de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 6, letra c), de la Ley N° 12.927, de Seguridad del Estado. Roberto Adrián Campos Weiss. En el Proceso Penal RUC N° 1901131151-5, RIT N° 4896-2019, seguido ante el Duodécimo Juzgado de Garantía de Santiago.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

Acordada la sentencia con el voto en contra del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quien estuvo por acoger el requerimiento en base a las siguientes consideraciones:

**1°.-** Que el precepto impugnado etiqueta y sanciona bajo el rótulo de delincuentes contra el orden público a *"Los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paralicen, interrumpan o dañen las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales de comunicación, de transporte o de distribución, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos"*, en una legislación penal especial, con legitimación activa calificada y exclusiva de agentes estatales, y además con una penalidad agravada.

**2°.-** Por otra parte, siendo la inaplicabilidad un control de tipo concreto, las circunstancias y elementos del caso específico, así como su estado procesal, cobran especial relevancia.

**3°.-** Cabe mencionar que el caso concreto se refiere a al juzgamiento de actos cometidos en el marco del denominado "estallido social" acaecido desde el 18 de octubre de 2019, desembocando en jornadas de manifestaciones en ejercicio masivo de los derechos de reunión y libertad de expresión, en el marco de lo que no es otra cosa que el permanentemente posible cuestionamiento al sistema político e institucional vigente en una sociedad en la que los ciudadanos son titulares de derecho y los agentes del Estado tienen poderes limitados y obligación de rendir cuenta, y sin olvidar que dicho proceso social desemboca a su vez en la apertura del proceso constituyente con el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, de la madrugada del 15 de noviembre del mismo año.

**4°.-** Sin examinar la dañosidad, lesividad y tipicidad de los hechos imputados -cuestión propia de los tribunales del fondo- es evidente la motivación política y de protesta de los mismos. Lo anterior es además relevante cuando los mismos hechos que se dice se persiguen -daños e incendio de una estación de metro- se encuentran además tipificados en el derecho penal común a través de los mismos delitos de daños e incendios, profusa, específica, detallada y variadamente tipificados en el Código Penal, constatándose un estatuto penal especial y privilegiado para el propio Estado en la preceptiva impugnada. Cabe señalar entonces que es perfectamente posible concluir que lo perseguido con el agravamiento de la pena y el uso de la ley de seguridad del Estado en el caso concreto no es otra cosa que la criminalización de la protesta, pues si lo pretendido es perseguir los daños y el incendio, bastaba con imputaciones por las tipificaciones y penas de los artículos 474 y ss. del Código Penal. bastaba, además de la persecución de las responsabilidades civiles (avaluados los daños en 27 millones de pesos y fracción, en la imputación).

**5°.-** Si frente a ello se señala que el contexto, la forma, los medios y los caracteres el entorno en el cual se cometen los delitos serían lo que justifica este derecho penal especial con agravamiento de pena, lo que se está diciendo es justamente que no es otra cosa que la protesta lo que haría especialmente criminales los hechos, en una manifiesta penalización del hecho de protestar, que sumado al daño e incendio conformaría la ecuación de la pena más alta especialmente fijada en favor del mismo Estado que legisla y persigue.

**6°.-** Si el derecho penal es el límite del ius puniendi, en el caso concreto el precepto cuestionado significa que el propio Estado relaja en su propio favor estos límites, para darse a sí mismo un estatuto privilegiado, considerando que un delito contra sí mismo sería más lesivo y dotándose de un estatuto persecutorio especial y más favorable. Así, la igualdad de armas en el proceso penal, la igualdad ante la ley penal, y también el derecho a defensa, se vuelven un fantasma. El precepto cuestionado es así un privilegio fiscal, debiendo entonces la defensa asumir la herculina tarea de litigar en imposibles condiciones de igualdad con un Estado que es legislador penal a su propia media, querellante en el Ministerio del Interior, querellante en la empresa Metro S.A. y persecutor por el Ministerio Público, dejando en evidencia que la discusión acerca de cuál sería el bien jurídico pretendidamente protegido por la norma impugnada y quién sería su posible titular fuera del principio de oficialidad de la persecución penal, contenido en el artículo 83 de la Constitución, y que entrega la persecución al Ministerio Público en representación del poder estatal, entendido en un régimen democrático con Estado de Derecho. A ello se suma una verdadera "corrida del cerco" de la delimitación de la punibilidad que deriva de la necesaria aplicación del principio taxatividad. En efecto, el persecutor no debe probar autoría con el mismo estándar del derecho penal común, pues el precepto cuestionado adelanta y extiende la punición a los que "inciten, promuevan o fomenten" en una suerte de autoría ideológica difuminada o social, que degrada el estándar de punición del autor-instigador.

**7°.-** La existencia de derecho penal especial de este tipo es en sí misma una diferencia de trato, siendo el tertium comparationis o trato general de contraste en el caso concreto el establecido en los delitos de daños e incendio del Código Penal. Siendo el trato especial del precepto impugnado más gravoso que el estatuto común, se levanta un halo de sospecha discriminatoria sobre la aplicación de la preceptiva cuestionada en este caso, relativizándose la presunción de constitucionalidad de la misma, y debiendo buscarse la razonabilidad legislativa y la justificación de la diferencia de trato, que en el caso concreto no se vislumbra a la luz de los estándares de examen de constitucionalidad actuales, recordando que la Ley de Seguridad Interior del Estado tiene su origen en 1958, en un contexto político y jurídico muy diferente al actual.

**8°.-** En efecto, no todo delito en el que se produzca daño al Estado será un delito contra la Seguridad del Estado, pues la dañosidad de un hecho típico puede afectar a bienes o a agentes del Estado, pero no necesariamente poner en riesgo su "seguridad", entendida como la garantía de su existencia y funcionamiento, respecto del Estado democrático, con garantía de derechos fundamentales y Estado de Derecho. En efecto, cuando se señala que el bien jurídico protegido es la "Seguridad del Estado", un derecho penal de útima ratio, taxativo, regido por los principios de lex certa y lesividad, no se puede interpretar laxamente ni extensivamente la expresión "seguridad del Estado", que aquí pasa a ser el bien jurídico protegido por legislación penal especial y particularmente draconiana en el rango de penas. Así, sin lesividad efectiva a la pervivencia y funcionamiento del Estado de Chile es difícil concebir un "delito contra la seguridad del Estado" más aún cuando se pretende etiquetar como tal a lo que en realidad es un delito de daños a bienes, que además tiene tipificación en el derecho penal común.

**9°.-** De tal forma, no cualquier atentado a alguna parte del orden estatal constituido cabrá dentro del delito del precepto cuestionado, pues no habrá atentado a la seguridad interior del Estado mientras la actividad delictiva no afecte la supervivencia del Estado como estructura institucional de organización del poder público emanado del derecho de autodeterminación de los pueblos y traducido en instituciones, debiendo distinguirse ello de la seguridad de un gobierno, pues en básicos conceptos de ciencias sociales Estado y Gobierno son conceptos diferentes, reconociendo que tal distinción es vital en un régimen democrático para el derecho penal de excepción, ya que en dictaduras la sola manifestación u oposición es criminalizada bajo el rótulo de amenaza contra una determinada concepción del Estado (no democrática), cuestión que en regímenes democráticos se descarta de plano. Tampoco debe confundirse la integridad patrimonial de los bienes asignados a los órganos del Estado con la Seguridad Interior del Estado, ni tampoco debe confundirse con la continuidad del transporte público, que además se encuentra primordialmente en manos privadas.

**10°.-** La aplicación de la preceptiva impugnada permite entonces dar un trato punitivo agravado a los delitos cometidos en el marco de protestas, vulnerando la garantía de igualdad ante la ley y la garantía de la igual protección de los derechos frente al sistema penal, en infracción así de los numerales 2° y 3° de la Constitución Política, evidenciando entonces una criminalización adicional, ya no solo de delito de daños e incendio, sino de la protesta en sí misma como parte integrante de lo perseguido y sancionado, criminalizándola directa o indirectamente, implícita o explícitamente. Así, la criminalización de la protesta, y aun del disenso, puede enunciarse como una *"estigmatización de personas o grupos, cuya mayor característica es el presentar algún tipo de resistencia ante el Gobierno, sistema político o ante los pilares socioculturales de los mismos; en la medida en que se les presenta como similares a perfiles de sujetos criminales o delictivos"* (Paula Alvarado, 2015, "Criminalización Política mediante el uso selectivo de la estrategia antiterrorista del Estado chileno (2000-2014)", tesis para optar al grado de Socióloga, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, pag. 14), dando lugar a la persecución de estereotipos de disidencia socio-política . Así, resulta paradójico que si toda manifestación política tiene por destinataria a la autoridad, frente a lo incomodo de ello la misma autoridad pueda, en un sistema democrático y garantista, perseguir penalmente la protesta en su contra, en un acto de mero retribucionismo punitivo y de disciplinamiento político, que contrasta con la función resocializadora de la pena, propia de un Estado de derecho que reconoce al ser humano como un fin en sí mismo, con la garantía de su dignidad intrínseca como valor fundamental, motivo por el cual la pena no puede transformar a la persona en un objeto de sacrificio, disuasión ni sumisión política. En nuestro ordenamiento, dicha finalidad se encuentra recogida en la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 5.6 dispone que *"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados."*.

**11°.-**De igual forma, una interpretación laxa, abierta e indeterminada del concepto de seguridad interior del Estado y de los verbos rectores del tipo cuestionado en estos autos vulnera la garantía de la ley cierta y de taxatividad penal del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, permitiendo entonces aplicar penas desproporcionadas a hechos cometidos en actos de protesta. En efecto, la proporcionalidad de la pena, entendida como *"una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada"* (Sentencia Rol N° 1518, cons. 28) se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viniendo a materializar el derecho constitucional de igualdad ante la ley (en este sentido sentencias Roles N°s 2658 cons. 7, 2884 cons. 22 y 2922 cons.35). En efecto, la pena es el trato que el legislador ha determinado dar a ciertas conductas del ser humano, por considerarlas disvalorable, siendo la proporcionalidad de la pena parte de la garantía de igualdad ante la ley y no discriminación.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado preliminarmente, luego de la visita in loco a Chile, ocurrida entre el 25 y 31 de enero del 2020, señalando entre otras cosas que *"(…) preocupa a la Comisión la imputación de delitos relacionados con el desorden público como forma de criminalizar actividades propias de la protesta social; así como la aplicación de tipos penales desproporcionales a las acciones y discursos de los manifestantes, como los previstos en la Ley de Seguridad Interior del Estado (…)"* En este sentido, la Comisión *"(…) llama al Estado a no desarrollar tipos penales que convierten en actos criminales conductas comúnmente observadas en protestas que, en sí mismos, no afectan bienes como la vida, la seguridad o la libertad de las personas"*. Finalmente, la Comisión recomendó al Estado chileno, en lo pertinente:

> *"15. Abstenerse de aplicar la legislación antiterrorista y la Ley de Seguridad del Estado a los actos que no tienen ese carácter, a fin de no restringir los derechos y libertades de la población, en particular los de las demandas de los pueblos indígenas; asimismo, tener en cuenta los estándares interamericanos en la adopción de nuevas legislaciones.*
>
> *16. La aprobación de nuevas figuras penales que puedan afectar los derechos vinculados a la protesta social, deben estar formulados sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos e inequívocos, de modo tal que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos sancionables".*

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a señalado que "(…) a la luz de las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, los Estados deben garantizar la seguridad y mantener el orden público, así como perseguir los delitos cometidos en su jurisdicción. En particular, el artículo 32.2 de la Convención Americana dispone que "[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática" (ver en este sentido Caso Alvarado Espinoza Y Otros Vs. México, Sentencia de fecha 28 de noviembre del 2018, Fondo, reparaciones y costas. Par. 177). A reglón seguido sostiene, en lo pertinente, que *"(…) es preciso que los Estados actúen en todo momento dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como los derechos humanos. Lo anterior implica que en la adopción de medidas frente a quienes se presume que atentan en contra de la seguridad interna o del orden público, los Estados no pueden invocar la existencia de situaciones excepcionales como medio para suprimir o denegar derechos garantizados por la Convención, desnaturalizarlos o privarlos de contenido real, o como justificación para practicar o tolerar actos contrarios a normas imperativas de derecho internacional, tales como la tortura, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, entre otras graves violaciones"* (ver en este sentido Caso Alvarado Espinoza Y Otros Vs. México, Sentencia de fecha 28 de noviembre del 2018, Fondo, reparaciones y costas. Par. 178).

En este orden, cabe hacer presente que, conteste con la facultad y deferencia que corresponde al legislador, este sentenciador disidente estima que la discusión sobre la constitucionalidad del precepto impugnado debe versar exclusivamente sobre la infracción aducida en el caso concreto, asunto que debe ser revisado, a fin de analizar su adecuación, en relación con la configuración constitucional del derecho penal, las normas internacionales de protección de los Derechos Humanos y principios rectores del Ordenamiento Jurídico.

**12°.-**Sin perjuicio de la reserva de ley sobre penas, que debe ser entendida en el sentido de que la política criminal la fija el legislador, como lo ha señalado la doctrina autorizada recogida por la jurisprudencia de este Tribunal, *"la proporcionalidad de la pena constituye una materialización de la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos"... " la pena, concebida como retribución jurídica (al responsable de un delito se asigna un castigo), se sujeta a principios jurídicos universales, como son los de intervención mínima, interdicción de la arbitrariedad y aplicación del principio de proporcionalidad, en virtud del cual y como sostiene un reputado autor, "la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y*

*a los objetivos político criminales perseguidos. La pena será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria"; en ningún caso puede exceder esa necesidad" (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo I, p. 49)." (Sentencia Rol N° 2045, cons. 8°). Ello debe ser tenido presente en el marco de la pléyade de tipos penales que el derecho chileno ha ido acumulando a lo largo de su historia, debiendo identificarse la lesividad penal de los actos específicos para imputar en función de ella, sea por daños, s*ea por incendio o sea por afectación del funcionamiento del transporte público, sin que la existencia del Estado de Chile se vea amenazada por la comisión de ilícitos de ese tipo en una estación de metro en el marco de protestas.

**13°.-**Cabe señalar que, en causa Rol 3236-16, los Ministros disidentes precisaron, entre otras cosas, la correspondencia entre el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad, indicando a tal efecto que "el principio de legalidad y tipicidad de las sanciones nos exige un cumplimiento específico del principio de la certidumbre, esto es que el ilícito administrativo tenga predeterminación normativa con suficiente grado de certeza del tipo de conducta infringida y del grado de la sanción determinada (…) El dilema pendiente reside en la sanción misma, no en la norma de fondo infringida" (C. 49º). A reglón seguido, los mismos disidentes destacaron que "la previsibilidad sobre la sanción misma se obtiene sobre la base de un conjunto de elementos (…)" (C.50º) "(…) el verdadero dilema reside en la fijación de unos criterios que sean lo suficientemente precisos como para cumplir con las exigencias del principio de legalidad y lo suficientemente flexibles como para dar margen real de acción al principio de proporcionalidad". De tal modo, la consideraciones precedentes, a pesar de encontrarse insertas en un laudo de origen administrativo sancionatorio, al versar sobre principios procedimentales, aplicables al caso de marras, conducen a este disidente a cuestionar si (a) en el caso concreto, existen criterios que configuren un parámetro suficiente para que se aplique un estatuto diferenciado; (b) se satisface el estándar de proporcionalidad entre la sanción que se intenta aplicar conforme al estatuto especial, impugnado en autos, en relación con otros casos en los cuales se aplica normas generales, es decir, si la sanción es necesaria, idónea y proporcional en sentido estricto.

**14°.-**Será indiscutible, incluso para los adherentes al voto de mayoría, que los derechos humanos constituyen un elemento de la esencia de las democracias modernas y que estos si pueden ser restringidos, cuando de dicha limitación depende el ejercicio de la libertad de otros, o son establecidas a favor de las consideraciones relativas al interés público, para garantizar la existencia del Estado, su permanencia como democracia o por otras causas tipificadas por el ordenamiento jurídico en atención a su preponderancia Nacional. De tal forma los valores subyacentes y los principios de una sociedad libre y democrática, si bien son la génesis de los derechos y de las libertades garantizadas por la Carta, pueden estar sujetos a cláusulas restrictivas, que deberán estar basadas sobre estándares de proporcionalidad. En este sentido, siguiendo a Aharon Barak *"Al analizar el requisito de la proporcionalidad (en estricto sentido) recordamos los principios básicos en los que se basa nuestra democracia constitucional y los derechos humanos de todos los israelíes. Estos principios básicos incluyen la noción según la cual la causa no puede siempre justificar los medios; que la seguridad nacional no es siempre suprema y que el propósito adecuado que se plantea al nivel de la seguridad nacional no puede justificar una vulneración sustancial de las vidas de miles de israelíes (…)"* (Véase Adalah contra Minister of interior, nota al pie 53 en par. 93 (Barak, P.)). Asimismo, sostiene que *"La democracia y los derechos humanos no pueden existir sin que se tomen riesgos… A toda sociedad democrática se le pide un balance entre, por una parte, la necesidad de proteger las vidas y la seguridad de sus ciudadanos, y por otra, la continua necesidad de proteger los derechos humanos. Esta "ponderación" no significa que con el objeto de proteger los derechos humanos debemos tomar riesgos que pueden causar daño a gente inocente. Una sociedad que desee salvaguardar sus valores democráticos, al tratar de mantener su carácter democrático en tiempos de guerra y terror, no puede preferir el derecho a la vida en todo caso en el cual tal derecho entre en conflicto con la protección de los derechos humanos. Por el contrario, se requiere que una sociedad democrática se involucre con la tarea multifacética de*

*la ponderación entre valores en conflicto. Tal ponderación, por su propia naturaleza, incluye tanto componentes de riesgo como componentes de probabilidad … Naturalmente, no se deben asumir riesgos que no son razonables. Una democracia no debe cometer el suicidio con el objeto de proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Por el contrario, la democracia debe defenderse a sí misma y luchar por su propia existencia y los valores que defiende. No obstante, tal protección y tal defensa debe ser hecha de manera tal que no se niegue nuestro carácter democrático esencial"* (Ibid. Par. 111 (Barak, P.)).

**15°.-** Que, en el ejercicio del test referido precedentemente, es posible evidenciar, primeramente, respecto al componente "finalidad adecuada" que en relación con la seguridad nacional –entendida como aquellas acciones que dispone el Estado para combatir a sus enemigos, extranjeros y domésticos, que buscan perjudicar a la población civil o a las Instituciones Nacionales- es ampliamente aceptado que su protección constituye una finalidad adecuada que puede servir como justificante para la restricción de derechos fundamentales, siempre que tal protección satisfaga el requisito de la urgencia, con el objeto de proteger el carácter democrático del Estado. Sin embargo, al avanzar en el test, al llegar a la revisión sobre la idoneidad de los medios empleados por la medida restrictiva, es decir, al intentar precisar si tal medida se ajusta al fin para el cual ella ha sido diseñada, nos encontramos ante un problema sustancial - si el medio no contribuye a la realización del fin de la medida, el uso de tales medios no será proporcional-.

**16°.-** En este sentido, es dable preguntarse si la aplicación del artículo 6 letra c) de la Ley 12.927, de Seguridad del Estado, impugnado en el caso concreto, es una medida idónea para asegurar el resguardo del Orden Público, en atención al elemento fáctico y a las herramientas jurídicas dispuestas ante los hechos que son sometidos al conocimiento del Tribunal de Fondo. Así, a juicio de este disidente, si bien no es posible exigir una certeza absoluta respecto a la contribución de la medida que conducirá al fin adecuado, a su vez tampoco es posible admitir que dicha contribución sea marginal. En tal orden, se deben examinar los resultados que se pueden alcanzar en la práctica, en aplicación de la medida y contrastarlos con aquellos esperados por el legislador -en este caso el resguardo del Orden Público y las Instituciones democráticas-. Así, el incremento de la pena asociada a un delito tipificado en el Ordenamiento Penal, mediante la aplicación de la Ley de Seguridad del Estado, es inoficioso, toda vez que la decisión de su aplicación responde a criterios policéntricos, no jurídicos, que se alejan de la finalidad de la pena. En este sentido, para Muñoz Conde "(…) en el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general (…) pero si, a pesar de esta amenaza se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea retributiva. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de la libertad, la idea de prevención especial" (Ver en MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho Penal, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1975. p. 36.) Por cuanto la aplicación de una pena agravada no previene la comisión de delitos; sin desconocer la importancia de la declaración de culpabilidad o no y la aplicación de una determinada pena, se debe hacer énfasis en el hecho de que ella es el resultado de una expectativa social, cuyo objetivo es la integración social.

**17°.-** Es por lo expuesto que este disidente considera vulnerados los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución Política, debiendo ser acogido el requerimiento.

**SENTENCIA ROL 9299-2020.** *Publicada el 16 de marzo de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad artículos 195, inciso tercero; y 196 ter, inciso primero, parte final e inciso segundo, parte primera, de la Ley N° 18.290. Pablo Andrés Blanco Yáñez. En Proceso Penal RUC N° 1810009649-4, RIT N° 1774-2018, seguido ante el Juzgado de Garantía de Concepción.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que estuvo por acoger el requerimiento de autos respecto al reproche formulado al artículo 196 ter, inciso primero, compartiendo los considerandos 9 a 15, 18 a 20, y 22 a 24 de la sentencia de autos, y rechazar la impugnación del artículo 195, inciso tercero, de la Ley N° 18.290, teniendo presente, además, lo siguiente:**

## I. PENAS ALTERNATIVAS, PROPORCIONALIDAD DE LA PENA Y ACTIVIDAD DE CONDUCCIÓN.

**1°.-** La proporcionalidad de la pena, entendida como "una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada"(Sentencia Rol N° 1518, cons. 28) se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viniendo a materializar el derecho constitucional de igualdad ante la ley (en este sentido sentencias Roles N°s 2658 cons. 7, 2884 cons. 22 y 2922 cons.35). en efecto, la pena es el trato que el legislador ha determinado dar a ciertas conductas del ser humano, por considerarlas disvalorables.

**2°.-** Que, sin perjuicio de la reserva de ley sobre penas, que debe ser entendida en el sentido de que la política criminal la fija el legislador, como lo ha señalado la doctrina autorizada recogida por la jurisprudencia de este Tribunal, "la proporcionalidad de la pena constituye una materialización de la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos"... " la pena, concebida como retribución jurídica (al responsable de un delito se asigna un castigo), se sujeta a principios jurídicos universales, como son los de intervención mínima, interdicción de la arbitrariedad y aplicación del principio de proporcionalidad, en virtud del cual y como sostiene un reputado autor, "la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos. La pena será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria"; en ningún caso puede exceder esa necesidad" (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo I, p. 49)." (Sentencia Rol N° 2045, cons. 8°).

**3°.-** Que, por otra parte, siendo la inaplicabilidad un control de tipo concreto, las circunstancias y elementos del caso específico, así como su estado procesal, cobran especial relevancia.

**4°.-** Este voto no sustentará el derecho subjetivo a la pena alternativa, mas sí hace énfasis en que la proporcionalidad de la sanción es un tema de igualdad ante la ley, mas si tras la entrada en vigencia de la Ley N° 20.603 el sistema de penas alternativas pasó a ser la prima ratio del orden penal y el presidio efectivo pasó a ser una verdadera última ratio, lo cual reconoce como excepciones los delitos y requisitos establecidos en el texto actualmente vigente de la Ley N° 18.216 y como regla doblemente especial la del articulo 196 ter impugnado.

**5°.-** Debe tenerse presente que las penas sustitutivas de la privación de libertad no constituyen "un beneficio" ni menos un sinónimo de impunidad, pues más si tras la entrada en vigencia de la Ley N° 20.603 conforman un verdadero sistema de penas alternativas que pasó a ser la prima ratio del orden penal, frente al presidio efectivo que pasó a ser una verdadera última ratio. Así, valga decir que los estatutos contemplados en el texto vigente de la ley N° 18.216 tienen el carácter de pena, con una afectación de derecho de intensidad alta en la reclusión parcial y también en la libertad vigilada intensiva.

**6°.-** Que, por otra parte, en materia de tránsito vehicular la conducción es una actividad eminentemente generadora de riesgos, tanto para el propio conductor como para la vida de terceros.

**7°.-** Es por ello que la propia Ley N° 18.290 contempla requisitos, controles y procedimiento para obtener los diversos tipos de licencia de conducir, lo que implica garantía de idoneidad y seguridad, además de existir en la misma ley un amplio conjunto de conductas prohibidas para todo conductor, entre las cuales hay figuras infraccionales y penales, algunas de peligro y otras de resultado, que reconocen como razón de su establecimiento la garantía y respeto de terceros para la cautela y protección de sus derechos (Ver en este sentido, sentencia Rol N° 1888, considerandos 18°, 19°, 20, 21°), en una actividad altamente riesgosa y dañosa, en contra de la integridad física y la vida de las personas, lo que significa que es claro y alto el reproche de figuras ligadas a actividad de conducción, lo cual a su vez tiene un correlato en la entidad de las sanciones.

**8°.-** Por otra parte, cabe señalar que la obtención de licencia de conducir no es un derecho universal para toda persona, su obtención no tiene carácter de perpetuo, agregando que puede ser cancelada, revocada, suspendida y denegada de conformidad con lo dispuesto por la misma Ley N° 18.290, justamente por motivos de falta de idoneidad y mala conducta. No puede sostenerse entonces que la obtención de licencia de conducir sea un derecho fundamental.

## II. EN CUANTO AL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 196 TER DE LA LEY N° 18.290.

**9°.-** La inaplicabilidad el artículo 196 ter, inciso primero, segunda parte, en lo relativo al año de presidio efectivo y al acceso al sistema alternativo de penas, no implica la proclamación de un derecho subjetivo a la pena alternativa, sino que es una vuelta al estatuto común de las mismas, correspondiendo al juez del fondo determinar si es o no procedente el acceso al sistema alternativo o bien si corresponde determinar presidio efectivo, dejando sin aplicación una regla especial que restringe a nivel de ley la potestad constitucional de conocer y juzgar que se encuentra en el artículo 76 de la Constitución Política.

## III. REPROCHE AL ARTÍCULO 196 TER, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 18.290, DE TRÁNSITO.

**10°.-** El inciso segundo del artículo 196 ter, en una regla especial, determina que las sanciones diferentes de la privación de libertad, el comiso y las demás inhabilidades no quedan exoneradas por el acceso al sistema alternativo de penas, además de no proceder la aplicación de la regla del artículo 38 de la Ley N° 18.216, en orden a que "La imposición por sentencia ejecutoriada de alguna de las penas sustitutivas establecidas en esta ley a quienes no hubieren sido condenados anteriormente por crimen o simple delito tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que diere origen la sentencia condenatoria".

**11°.-** A este respecto, debe tenerse presente que, siendo una regla especial, se refiere a una matera especialísima: la actividad de tránsito, con las características y eventual peligro de daño a la vida e integridad física de terceros ya reseñada.

**12°.-** En este sentido, cobra especial relevancia la hoja de vida del conductor y los antecedentes penales que un conductor pudiera tener al respecto, pues constituyen un antecedente o indicio del cumplimiento de deberes de cuidado o de lesiones y daños causados incluso dolosamente en ocasiones, más aún si existen trabajos que se realizan conduciendo a jornada completa (transportistas escolares, camiones de alto tonelaje, etc.), que ejecutados sin la idoneidad y sin el cumplimiento de los deberes de cuidado pueden ocasionare incluso la muerte de terceros.

**13°.-** Lo expresado en los razonamientos precedentes permite concluir que es razonable la norma establecida en el inciso segundo del artículo 196 ter, en orden a que la conducta de un conductor frente a la legislación puede ser conocida, pues su actividad diaria puede generar efectos dañosos respecto de terceros y da cuenta de su patrón de conducta conductiva, debiendo rechazarse la solicitud de inaplicabilidad a su respecto.

## IV. REPROCHE AL ARTÍCULO 195, INCISO TERCERO, DE LA LEY N° 18.290, DE TRÁNSITO.

**14°.-** Que no puede preterirse que en el análisis de la ley de tránsito y la proporcionalidad de las sanciones que establezca se está frente a una constatación previa e ineludible: en materia de tránsito de vehículos motorizados la conducción es una actividad eminentemente generadora de riesgos, tanto para el propio conductor como para la vida de terceros, los cuales se concretan de manera irreversible en fracción de segundos, con una dañosidad de tal entidad que puede implicar incluso la muerte de esos terceros, motivo por el cual el conductor no puede dejar de ser visto como un garante de la integridad de terceros a la hora de evaluar el cumplimiento de los deberes de cuidado en la conducción, motivo por el cual es una actividad altamente regulada y rica en tipos sancionatorios.

**15°.-** Es por ello que la propia Ley N° 18.290 contempla requisitos, controles y procedimiento para obtener los diversos tipos de licencia de conducir, entendida como el título sine qua non para poder ejercer la actividad conductiva, lo que implica acreditar garantía de idoneidad y seguridad, además de existir en la misma ley un amplio conjunto de conductas prohibidas para todo conductor, entre las cuales hay figuras infraccionales y penales, algunas de peligro y otras de resultado, que reconocen como razón de su establecimiento la garantía y respeto de terceros para la cautela y protección de sus derechos (Ver en este sentido, sentencia Rol N° 1888, considerandos 18°, 19°, 20, 21°), en una actividad altamente riesgosa y dañosa, en contra de la integridad física y la vida de las personas, lo que significa que es claro y alto el reproche de figuras ligadas a actividad de conducción, lo cual a su vez tiene un correlato en la entidad de las sanciones, tema que no puede ser desligado de la seguridad vial como bien jurídico y del deber de minimizar los riesgos de daños a terceros.

**16°.-** Por otra parte, cabe señalar que la obtención de licencia de conducir no es un derecho universal para toda persona, su obtención no tiene carácter de perpetuo, agregando que puede ser cancelada, revocada, suspendida y denegada de conformidad con lo dispuesto por la misma Ley N° 18.290, justamente por motivos de falta de idoneidad y mala conducta. No puede sostenerse entonces que la obtención de licencia de conducir sea un derecho fundamental emanado de la dignidad humana ni que el impedimento perpetuo sea entonces inconstitucional en el caso concreto.

**SENTENCIA ROL 10.475-2021.** *Publicada el 3 de agosto de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 1°, inciso segundo, de la Ley Nº 18.216.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que estuvo por acoger la impugnación al artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216**, compartiendo los considerandos 5°, 7°, 10° y 11, de la sentencia de autos, conforme la prevención que consta, entre otras, en las STC Roles N°s 8980, 9001, 9010, y 9042, y teniendo presente que el principio de resocialización en la funcionalidad de las penas, que además deben ser proporcionadas. Desde tal perspectiva la pena determinada por el legislador, reglamentada en la Ley N° 18.216, podría resultar desproporcionada y disfuncional en modalidad de cumplimiento efectivo, en función de las circunstancias médicas y etarias de la requirente, cuestión que habrá de ser examinada por el juez del fondo, junto a la determinación de procedencia de penas sustitutivas, debiendo tenerse presente que la preceptiva impugnada le impide conocer y ponderar tales antecedentes para resolver acerca de la pena alternativa, vulnerándose entonces el artículo 76 de la Constitución Política.

# 9. Sobre el principio de culpabilidad y proporcionalidad de la pena.

**SENTENCIA ROL 8698-2020.** *Publicada el 15 de septiembre de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 22, incisos primero, segundo, quinto y octavo, del decreto con fuerza de Ley N° 707 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques. Eduardo Javier Leiva González. En proceso penal RUC N° 1910064473-0, y RIT N° 14269-2019, seguido ante el Juzgado de Garantía de San Bernardo.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quien estuvo por acoger el requerimiento de fojas 1 por las consideraciones siguientes:**

**I. PRECEDENTES DE CASOS CLAUDE REYES Y JOCELYN HOLT, SÍNTESIS DE LOS MISMOS EN PRISION POR DEUDAS Y POSTERIOR CAMBIO DE LÍNEA JURISPRUDENCIAL.**

**1°.-** Que, si bien el Ordenamiento Jurídico ha definido hace largo tiempo que las sentencias de inaplicabilidad tienen un efecto inter partes y que ellas no constituyen precedentes, es indiscutible la relevancia que ha tomado la jurisprudencia anteriormente sentada como parámetro para decidir casos análogos, así como respetar tradiciones jurídicas – que representan valores predominantes en la sociedad-, librando las decisiones jurisdiccionales de valoraciones políticas contingentes, dotando así de mayor legitimidad su actuación.

**2°.-** A reglón seguido, cabe hacer presente que la decisión respecto de situaciones análogas, se sustenta en la igualdad en la aplicación de la ley, que encuentra fundamento constitucional en nuestro ordenamiento jurídico (art. 19 N° 2 – igualad en la ley e igualdad ante la ley- y 19 N° 3 -igualad ante la justicia- de la CPR y por explícita remisión del artículo 5 inc. 2° de la CPR, la aplicación del artículo 7.7 de la CADH, artículo 25 de la Declaración Americana de derechos Humanos, y el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ello es el soporte para señalar que el órgano jurisdiccional debe tratar de la misma manera a lo igual y de manera diferente a lo desigual, es decir, el juzgador deberá realizar un análisis de las propiedades relevantes de los objetos sometidos a su conocimiento, y cuando ellas sean coincidentes agruparlas bajo una misma valoración, construyendo criterios generales y coherentes conforme a los cuales el órgano jurisdiccional podrá ponderar los antecedentes fácticos sometidos a su conocimiento.

Así, el tratamiento en igualdad significará "otorgar el mismo tratamiento jurídico a dos o más casos" (en este sentido ver a Vivanco Martínez, Ángela, "La garantía constitucional de igualdad ante la ley: ¿De qué igualdad estamos exactamente hablando?", en *Revista Chilena de Derecho,* Vol. 26, No 1, 1999, p. 177), bajo un móvil de justicia, al reconocer con ello que ante iguales hechos deberán devenir iguales efectos jurídicos, cuestión que dotará de seguridad jurídica a nuestro ordenamiento e implicará que en el proceso hermenéutico del sentenciador se deban explicitar aquellas características relevantes disímiles que signifiquen no entenderlos bajo el mismo criterio y por tanto lo lleven a emplear normas o interpretaciones diferentes que servirán como premisa mayor del silogismo que guiará su ratio decidendi, evitando la "arbitrariedad irreflexiva". En este sentido el Tribunal Constitucional español ha señalado que "Lo que prohíbe el principio de

igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a sostener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam, siendo ilegítimo si constituye tan solo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad (Ver Sentencia Tribunal Constitucional español 201/1991, F. 2). En una sentencia más actual, el mismo Tribunal Constitucional español profundizó el razonamiento recién expuesto al resolver que "la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada (…), bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició" (Ver Sentencia Tribunal Constitucional español 117/2004, de 12 de julio, F. 2).

**3°.-** Que, ahora bien, el asunto de autos no es nuevo para este Excelentísimo Tribunal Constitucional, toda vez que ha conocido en causas similares, sin perjuicio que resulta interesante la progresión jurisprudencial, pues destaca que en las causas Roles 2744-14 y 2953-16, este Tribunal haya acogido el requerimiento deducido, reconociendo como estándar que la prisión por deudas era proscrita por el Ordenamiento Jurídico chileno, así por ejemplo en la Causa Rol 2744-14 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Tomás Jocelyn-Holt Letelier respecto del artículo 22° del DFL N° 707, sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques):

a. El requirente expuso que durante su campaña como candidato a la Presidencia de la República contrató para la inscripción, puesta en escena y producción de aquélla a don Daniel Hoppmann Hurtado, en principio con cargo a los fondos de financiamiento estatal, pero que finalmente éste le exigió girar un cheque de su cuenta personal, por quince millones de pesos. Suscribió el cheque el 16 de octubre de 2014, para ser pagado en una fecha posterior a la liquidación del SERVEL.

   Asimismo, el actor destacó que se estaba en presencia de un cheque en garantía o a fecha diferida y que, durante el mes de agosto del 2014, se enteró que se interpuso querella en su contra por giro doloso de cheques.

b. A su turno, en el voto de mayoría, mediante el cual se acogió el requerimiento deducido, se expusieron, entre otros, los siguientes fundamentos:

   » "El principio de legalidad en materia penal se asocia con la denominada "lex certa", cuya exigibilidad implica que el tipo ha de ser suficiente, es decir, que ha de contener una descripción de sus elementos esenciales; y si tal hipótesis no sucede, se produce una segunda modalidad de incumplimiento del mandato de tipificación: la insuficiencia" (c. 8°)

   » Por otra parte, en el Pacto de San José de Costa Rica se prohíbe "que una persona pueda sufrir privación de libertad como consecuencia del no pago de una obligación contractual. Lo prohibido es que la conducta de no pagar una obligación pecuniaria sea tratada jurídicamente como causa de una sanción privativa de libertad" (c.18°).

   » El "principio de taxatividad" se señala en "el artículo 19, N° 3°, inciso final, en la medida que éste contempla la ilicitud de una conducta que es sancionada penalmente, siempre y cuando sea típica, antijurídica y culpable, situación que no se configura con el incumplimiento de una deuda de naturaleza civil, que por regla general es meramente contractual" (c. 19°)

   » La "jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales ordinarios establece que el cheque en

garantía carece de eficacia y validez, ya que sólo puede ser girado en pago de obligaciones o en comisión de cobranza y no en garantía o para caucionar obligaciones futuras, que existirían con posterioridad al giro del cheque, de lo que se sigue que no se configura el giro doloso cuando son protestados por falta de fondos" (c.25°)

» El precepto cuestionado "aparece vulnerando los límites constitucionales, en la medida que afecta garantías que el constituyente ha previsto bajo la denominación de principios de legalidad y reserva penal, contenidos en los incisos octavo y noveno del artículo 19, N° 3°, de la Constitución. Que tal vulneración se materializa en que el principio de legalidad penal, expresado en la reserva de la ley penal, enunciada por Feuerbach con el aforismo latino "nullum crimen sine lege praevia, stricta et scripta; nulla poena sine lege; nemo damnetur nisi per legale iudicium", al que además se debe añadir el principio de legalidad en materia de ejecución de las penas, y se sustenta, en lo que atañe al caso de autos, en la necesidad de que los ciudadanos conozcan el alcance de la amenaza penal y sobre todo sepan cuál es el ámbito de las conductas prohibidas. De esta manera, resulta necesaria la existencia previa de la delimitación de las conductas prohibidas, así como de las amenazas penales que su verificación ha de comportar." (c. 29°) Concluye que "atendido el mérito de los antecedentes y principalmente la carencia de dolo en la conducta del señor Jocelyn-Holt Letelier, como también la falta de elementos que establezcan una responsabilidad penal subjetiva, es menester concluir que el principio de imputación personal, también denominado de culpabilidad en sentido estricto, no se satisface en la especie con el estándar exigido en el artículo 19, N° 3°, inciso séptimo, de la Constitución en concordancia con el artículo 1° de la misma"(c.32°), que así "la figura penal contenida en el artículo 22 del DFL 707 no cumple con los requisitos y presupuestos de un delito, el cual merezca una sanción punitiva y gravosa, contrariando la normativa internacional y nacional, al fijar la inminente aplicación de una pena que incluso pudiere ser riesgosamente punitiva por hechos que escapan del ámbito penal" (c.33°) y que "habría una desproporción o inequidad entre el presupuesto fáctico constituido por el incumplimiento de una obligación civil y la aplicación de una pena punitiva por dicho incumplimiento" (c.34°).

Ahora bien, cabe hacer presente que respecto a la causa Rol 2953-16 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Marcel Claude Reyes respecto del artículo 22° del DFL N° 707, sobre cuentas corrientes bancarias y cheques), es propicio resaltar que dado que la naturaleza del hecho imputado era similar, al constatar el tribunal que las características relevantes del proceso eran las mismas del caso expuesto precedentemente, decide acoger, en idéntico sentido (ver en este sentido STC Rol 2953-16, considerando trigésimo quinto).

**4°.-** Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la posterior jurisprudencia (causas Roles 3035-16; 3052-16; 3065-16; 3091-16; 3141-16; 3256-16; 3266-16; 3381-17) estuvo por rechazar los requerimientos, exponiendo para ello el sentenciador los siguientes razonamientos:

» Sobre la vulneración del principio de culpabilidad. Se descarta el reproche, pues la norma no constituye un supuesto de responsabilidad objetiva que pugne con la Constitución. El tipo requiere dolo y si aquel llega a presumirse, de modo simplemente legal, lo es por aplicación del artículo 1° del Código Penal, no impugnado en autos. Cuestión distinta es si la conducta desplegada por el requirente es o no dolosa, aspecto sobre el cual no corresponde a este Tribunal pronunciarse, por ser un asunto propio del Juez del Fondo (STC Rol 3.381-17, considerandos 12° a 21°).

» Sobre la garantía de prohibición de prisión por deudas. Se descarta el reproche, porque el precepto describe conductas delictivas, consideradas dentro de los fraudes contenidos

en leyes especiales, no imponiendo una sanción al mero incumplimiento contractual, sino que ella se origina en un incumplimiento relativo a la ley, que tipifica un delito (Causas Roles 3.381; 3.266; 3.256; 3.141; 3.091; 3.065; 3.035, en todas las sentencias considerandos 22° al 30°)

» Sobre el principio de proporcionalidad. Se descarta el reproche, pues aquel se asienta sobre un supuesto equivocado: que el bien jurídico protegido es la integridad del patrimonio de una persona. El Tribunal considera que la figura es pluriofensiva, protegiendo bienes jurídicos que trascienden el interés del acreedor, entre otros, el orden público económico, la seguridad en el comercio y la economía en general (STC Rol 3.381, C. 31° a 35°).

**5°.-** Que, si bien los razonamientos expresados en consideraciones precedentes son legítimos, los argumentos vertidos no logran superar el estándar reflexivo señalado anteriormente respecto de los casos Claude y Jocelyn Holt, sino que solo fijan una posición antagónica, pero sin hacerse cargo de desarrollar el conjunto de argumentos que permitirían legitimar un verdadero retroceso jurisprudencial en la proscripción de la prisión por deudas, estándar que se configura sobre la base del principio pro homine y sobre el análisis de la proporcionalidad de la pena en clave del derecho penal, además de lo cual no se razona sobre la base de justificar el cambio de la línea jurisprudencial a la luz del derecho a la igual aplicación de la Constitución y la ley (que este disidente considera reconocido en el inciso primero del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política). En efecto, la ratio decidendi de las sentencias Roles N°s 2744 y 1953 de esta Magistratura -que declararon inaplicabilidades respecto de la preceptiva referida al delito de giro fraudulento de cheques- se configura desde los principios de taxatividad, proporcionalidad y proscripción de prisión por deudas, en hipótesis de cheques en garantía y de cobro a plazo, todo lo cual subsiste, más allá de la argumentación de que las aludidas sentencias que acogieron inaplicabilidades la declaración de inaplicabilidad -Roles N°s 2744 y 2953- estuvieron caracterizada porque los hechos motivantes de la emisión por parte de los libradores de los documentos que fueron girados sobre una cuenta corriente correspondían a pagos efectuados en el marco de campañas electorales, donde las citadas órdenes de pago mercantiles se relacionaban directamente con los costos de dichas campañas cubiertos por la suma correspondiente a la devolución que debía realizar el SERVEL, y que, por ende, correspondían a documentos que garantizaban una obligación mercantil condicionada a las resultas de la elección respectiva, dicha argumentación no se contiene como único o esencial elemento de juicio en la parte considerativa de las mismas (ver, en consideración al factor electoral, el cons. 24° de la sentencia Rol N° 2953 y la prevención de Ministros Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino en la misma; posteriormente la prevención de los Ministros señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva en sentencia Rol N° 3052, cons. 21°).

**6°.-** En efecto, desde la sentencia Rol N° 3052 en adelante, los requerimientos de inaplicabilidad sobre el mismo precepto serán rechazados, no obstante lo cual el cuestionamiento de constitucionalidad en base a proporcionalidad y prisión por deudas subsiste, tras lo cual será descartado con argumentación antagónica respecto de las sentencias que acogieron. Este disidente no puede dejar de observar que, en el caso concreto, el hecho de usarse los cheques como garantía de pago de arriendos futuros -y no respecto del pago de honorarios por servicios de campaña electoral- no hace desaparecer los cuestionamientos de constitucionalidad recogidos en las sentencias Roles N°s 2744 y 2953 en lo relativo a proporcionalidad, taxatividad y prisión por deudas que contiene el estatuto del giro doloso de cheques, cuestionamientos que se mantienen presentes aunque el cheque no sea usado para fines electorales.

## II. ANTECEDENTES PREVIOS. GESTIÓN PENDIENTE Y CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS QUE SE HARÁ CARGO ESTA DISIDENCIA.

**7°.-** Que, exigiendo el artículo 80 de la ley orgánica constitucional de este Tribunal enunciar los fundamentos de hecho de todo requerimiento de inaplicabilidad, el de autos se funda en que la querella deducida en contra del requirente por el delito de giro doloso de cheques, y que sirve de gestión pendiente en el presente requerimiento dice relación con el giro en favor del querellante, con cargo a su cuenta corriente, de ocho cheques, todos por la suma de $450.000 (cuatrocientos cincuenta mil pesos) y que en total suman la cantidad de $3.600.000 (tres millones seiscientos mil pesos), todos los cuales fueron protestados por Orden de no Pago.

**8°.-** En este sentido, el requirente aduce que tales instrumentos fueron entregados en garantía del cumplimiento de pagar el arriendo pactado mensualmente.

**9°.-** Que, a reglón seguido, el actor aduce que los preceptos legales contenidos en el artículo 22 del Decreto con Fuerza de Ley N° 707 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, publicado con fecha 7 de octubre de 1982, debe ser declarado inaplicable, conforme a los siguientes fundamentos:

a. La aplicación del precepto impugnado vulnera el principio de legalidad y de reserva legal, al aplicar normas penales que fueron creadas por medio de un Decreto con Fuerza de Ley en uso de una potestad delegada, y cuyo contenido estaría proscrito por la Constitución.
b. Las normas impugnadas establecen una presunción de derecho de responsabilidad penal y un reproche penal objetivo, con infracción al principio de culpabilidad.
c. La aplicación del precepto legal impugnado produce que el incumplimiento de una obligación pecuniaria pueda derivar en la infracción al principio de prohibición de prisión por deudas.
d. La infracción al principio de proporcionalidad se produce en cuanto la conducta sancionada y la pena asignada a esta no es idónea, ni necesaria, ni menos, proporcional. La existencia de una infracción se constata dado que el precepto impugnado sanciona con las penas de estafa y otros engaños a una conducta desprovista de dolo, como es el incumplimiento de la obligación de consignar los fondos en el plazo establecido en el precepto legal invocado.
e. El cheque en garantía carece de eficacia y validez, ya que sólo puede ser girado en pago de obligaciones o en comisión de cobranza y no en garantía o para caucionar obligaciones futuras, que existirían con posterioridad al giro del cheque, de lo que se sigue que no se configura el giro doloso cuando son protestados por falta de fondos.
f. La aplicación del precepto legal impugnado, en especial lo prescrito en el inciso quinto del artículo 22 referido, genera además una imposibilidad de prueba en contrario que permita al querellado acreditar que el documento fue girado a plazo como instrumento crediticio.

**10°.-** Con todo, antes de entrar al análisis de fondo, cabe advertir que esta Magistratura no se pronunciará sobre la valoración de la eventual tipicidad o atipicidad de la conducta desarrollada por el requirente, lo que implica que los caracteres específicos o de su obrar, en lo que resultan relevantes para el Derecho Penal, no compete a esta Magistratura apreciarlos.

De allí que no cabe entrar a determinar, en sede de inaplicabilidad, si un determinado obrar concreto es o no es doloso, o bien, en términos más amplios, si el tipo penal comprende o no la conducta del requirente, pues aquello importa la realización de un juicio de tipicidad, materia privativa del juez del fondo.

## III. LA PROHIBICIÓN DE LA PRISIÓN POR DEUDAS. SU SENTIDO Y ARRIBO EN EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO.

**11°.-** Que, la institución de la "prisión" plantea un conflicto constitucional entre los derechos fundamentales a la libertad personal y a la seguridad individual del afectado y el interés, público o privado, de obtener el cumplimiento de una obligación contenida en una resolución judicial. Así, a partir de la configuración del debido proceso (Art. 19 N° 3 inciso sexto), la libertad personal y seguridad individual (art. 19 N° 7 de la CPR), reconocidas en el Ordenamiento Jurídico chileno; así como por la influencia del derecho internacional, a propósito de la proscripción de la prisión por deudas (artículo 7.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos), se cuestiona la legitimidad de la prisión en el caso de que ella derive del incumplimiento de derechos y obligaciones meramente civiles (artículo 25 de la Declaración Americana de Derechos Humanos), o bien encuentre su origen en la existencia de una deuda contractual (artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En este sentido también lo ha entendido el Tribunal Constitucional español "(…) solo puede hablarse con propiedad de prisión por deudas cuando la insolvencia tiene su base en el incumplimiento de una obligación contractual" (STC de España Rol N° 230/1991).

**12°.-** De este modo, cabe hacer presente que aun cuando la prohibición de la prisión por deudas no se encuentra consagrada de modo expreso en la Constitución, constituye una garantía fundamental que limita el ius puniendi del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 19 N° 1 y 7 de la CPR, en concordancia a la norma de apertura establecida en el artículo 5, inciso 2° de la Constitución Política.

**13°.-** Así, esta Magistratura, en el ejercicio de sus competencias, debe atribuir primacía a las normas más protectoras o la conservación de aquellas que sean más favorables a la persona humana, a fin de otorgarle la más amplia protección jurídica (ver en este sentido a NASH, C., "El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en NOGUEIRA, H. (ed.) Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad. Editorial Librotecnia, Santiago, 2013, pp.166-171), en atención a la vocación expansiva de los derechos fundamentales, su finalidad y el compromiso del Estado.

**14°.-** Que, teniendo en consideración lo precedentemente expuesto, es oportuno destacar que este Excelentísimo Tribunal, ya se ha pronunciado respecto al núcleo de esta restricción, precisando entre otras cosas que "la prohibición de la prisión por deudas está limitada a aquellas obligaciones que surjan de la contratación entre privados" (ver en este sentido STC Rol 519-2006), en este sentido "lo prohibido es que la conducta de no pagar una obligación pecuniaria sea tratada jurídicamente como causa de una sanción privativa de libertad" (STC Rol N° 807, considerando 13° y STC Rol N° 1.145, considerando 25°).

**15°.-** Ahora bien, a partir de la deconstrucción de la conducta precisada en el artículo 22 impugnado, aparece claro que el mandamiento de aprehensión no está dado únicamente por la ocurrencia de la conducta (no tener fondos o créditos disponibles en cuenta corriente en poder del Banco librado. El librador que girare sin este requisito o retirare los fondos disponibles después de expedido el cheque, o girare sobre cuenta cerrada o no existente, o revocare el cheque por causales distintas de las señaladas en el artículo 26), sino que por el hecho de no consignar fondos suficientes para atender al pago del cheque, de los intereses corrientes y de las costas judiciales, dentro del plazo de tres días contados desde la fecha en que se le notifique el protesto, pudiendo ser sancionado "con las penas de presidio indicadas en el artículo 467 del Código Penal (…)", entonces, lo que se sanciona es un delito integrado por una acción y omisión, es decir, con una estructura material doble, realizada en dos momentos distintos, como se ha visto,

pero donde la omisión del pago es el elemento invariable, mediante el cual se verificaría el hecho sancionado, cuyo origen radica, en el caso concreto, en una obligación nacida de un contrato de arrendamiento de inmueble. Es decir, a partir de una obligación mercantil derivada de un contrato, se establece un deber de resultado, pecuniario y objetivo, de depositar fondos, dinero, cuyo incumplimiento es sancionado como delito con penas privativas de libertad.

**16°.-** Así, la proscripción de la prisión por deudas, en los términos señalados precedentemente, se funda en la naturaleza de la obligación que da origen al incumplimiento, obligación de dar, que se origina en créditos mercantiles, que no dimanan de una conducta delictiva, sino de un acto jurídico de derecho privado, como lo es la emisión de un título de crédito.

**17°.-** Que, habiéndose establecido la imposibilidad de aplicar la sanción de prisión por deuda, resulta útil señalar que tal garantía fundamental se encuentra asociada a lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política al reconocer el principio de dignidad del ser humano y el principio de servicialidad del Estado respecto del ser humano, lo cual, concordado con la garantía del contenido esencial de la libertad personal en el numeral 7° de su artículo 19, determinan que el derecho fundamental a libertad personal no puede ser utilizado como una herramienta de garantía de pagos comerciales, ni comprendida de forma tal que resulte censitaria, en términos que la persona pierda su libertad por morosidades dinerarias, transformando al pago de moneda en una garantía de un derecho fundamental.

**18°.-** El fundamento de la improcedencia de la prisión por deuda radica no sólo en el principio de legalidad sino también en el principio de taxatividad que señala el artículo 19, N° 3, inciso final, en la medida que éste contempla la ilicitud de una conducta que es sancionada penalmente, siempre y cuando sea típica, antijurídica y culpable, situación que no se configura con el incumplimiento de una deuda de naturaleza civil, que por regla general es meramente contractual, y que en el caso concreto provendría de cheques girados en garantía. De lo que se sigue es procedente cuestionar que el hecho reprochado lesione valores como la fe pública del instrumento, el tráfico mercantil o el orden económico, pues se trata de una relación entre privados, en el marco de una relación jurídica de fuente contractual.

**19°.-** Cabe hacer presente que a propósito del reconocimiento de la proscripción de la prisión por deudas y su reconocimiento en el Pacto de San José de Costa Rica, en el artículo 7.7, ya es posible observar en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José de Costa Rica, en noviembre del año 1969, que de la discusión se permite sostener que su finalidad se vincula con la proscripción de la privación de libertad derivada de deudas propiamente civiles y, en modo alguno, con el incumplimiento de las obligaciones legales que involucran intereses de toda la sociedad.

En este sentido, resulta interesante la enmienda propuesta por el delegado de Costa Rica, Sr. Cristián Tattenbach, quien propone que la redacción del párrafo referido a la prohibición de la prisión por deudas quede de la siguiente forma "Nadie sufrirá privación o limitación de su libertad física por deudas. Sólo se admitirán excepciones a este principio tratándose del incumplimiento de obligaciones pecuniarias que deriven de leyes de amparo familiar". Asimismo, el delegado de Nicaragua, Sr. Santos Venegas Gutiérrez, presenta una nueva redacción "Nadie sufrirá privación o limitación de su libertad física por obligaciones puramente civiles, salvo el caso de apremio ordenado de acuerdo con la ley". Cabe hacer presente que, a reglón seguido, el delegado de Chile, Sr. Mario Artaza "reconoce como fundamental que toda persona tiene derecho a la libertad personal, lo que ha quedado fuera del proyecto y debería ser restituido en el mismo" (en este sentido ver Acta de la quinta sesión de la Comisión "I", de 10 de noviembre de 1969, p.p. 181 a 186).

A propósito de la redacción del artículo 7.7 del Pacto de San José de Costa Rica, ratificado en Chile el año 1991, es posible destacar que el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a ella a propósito de la prohibición internacional de la penalización de las deudas civiles en relación al arresto nocturno por vía de apremio en caso de incumplimiento de las cuotas correspondientes a la compensación económica judicialmente establecida en favor de la mujer divorciada, señalando al respecto "Que si bien la literalidad de las normas es diversa en cada tratado, su alcance es similar, en el sentido de que la prohibición internacional consiste en una limitación al ius puniendi del Estado, en cuanto a no estar éste autorizado para criminalizar, esto es, definir o tipificar como delitos y, consecuentemente, aplicar y ejecutar sanciones penales o medidas de naturaleza equivalente privativas de libertad, por el mero incumplimiento de obligaciones civiles contractuales. Por lo mismo, lo que el Estado no puede hacer es considerar delito tal simple incumplimiento contractual. Es decir, no es posible ordenar el aparato punitivo del Estado en función del cumplimiento de obligaciones civiles, en vez de reservar subsidiariamente la reacción penal para la afectación o puesta en peligro de bienes jurídicos esenciales, por medio de ataques especialmente disvaliosos definidos legalmente. Pero ello no significa que no puedan existir otro tipo de medidas legales que afecten la libertad individual -que no tengan la naturaleza de penas penales o de detenciones como actos procesales penales- como medio de hacer cumplir obligaciones civiles que no tengan por fuente el mero contrato sino la ley o, incluso, una resolución judicial. Asimismo, tampoco rige tal prohibición internacional cuando no se trata del mero incumplimiento de un contrato, sino que concurren otros elementos de disvalor del acto o resultado, como en las diversas figuras penales de defraudación, que importan una infracción de ley. Aparte de ello y fuera de esos matices, el Pacto de San José de Costa Rica permite expresamente las limitaciones a la libertad personal ordenadas judicialmente por incumplimiento de deberes alimentarios" (STC Rol 2102, considerando trigésimo).

## IV. EL CHEQUE. CONCEPTUALIZACIÓN, ELEMENTOS Y LA PROBLEMÁTICA DEL "CHEQUE EN GARANTÍA".

**20°.-** Que, en el contexto de lo expuesto, conforme al artículo 10 del DFL Nº 707, el cheque es conceptualizado como *"(…) una orden escrita y girada contra un Banco para que este pague, a su presentación, el todo o parte de los fondos que el librador puede disponer en cuenta corriente"*. De este modo, es posible distinguir requisitos para su libramiento, entre los cuales destacan: a) solo se libera contra una institución de crédito; b) puede librar la persona que haya celebrado un contrato de depósito de dinero a la vista en cuenta corriente de cheques, con el banco librado y, c) solo se puede librar cuando el librador tenga fondos suficientes en su cuenta. Requisito este último que se sustenta sobre la base de la buena fe de los contratantes y la expectativa de cumplimiento de las obligaciones civiles contraídas.

**21°.-** En este sentido, resulta necesario revisar la historia legislativa del cheque, que es de larga data, pues comienza con una moción presentada el 26 de julio del año 1896, por el Diputado don Enrique Cood. *"El contenido de la indicación resulta de singular importancia por cuanto reseña los diversos problemas que originaba la circulación no reglamentada del cheque. Junto con el establecimiento de los Bancos se introdujo entre nosotros una especie de libranza, a que se dio el nombre extranjero de cheque. Más tarde la Ley de Papel, al enumerar al cheque entre los documentos exentos de impuestos, legalizó su existencia jurídica, pero sin reglamentarlo ni definirlo. Por consiguiente, sin señalar de manera clara y precisa sus diferencias con la letra de cambio y con la libranza común.*

*En la práctica, semejante confusión puede ser fuente de litigios de serias dificultades; y es urgente llenar el vacío que se nota en esta parte de la legislación, dictando algunas disposiciones que dejen bien determinados los caracteres esenciales del cheque".*

*Las dificultades a que alude el Diputado Cood se concretaban principalmente en la incertidumbre acerca*

*de la validez de las acciones derivadas del cheque. Nada había en estos documentos que permitiera conocer por su solo examen si se había dado en pago de una obligación del librador para con el beneficiario o si se les había girado en comisión de cobranza; de modo que el cheque no daba acción al beneficiario contra el librado en caso de no pago cuando se trataba de cheque-pago, ni al librador contra el beneficiario cuando se trataba de un cheque-mandato, porque no se sabía qué carácter tenía (Gaceta Jurídica, N°17, Mario Verdugo Marinkovic, Santiago de Chile, año 1978, pág. 7)"* (STC Rol 2744-14, considerando décimo primero).

**22°.-** Que, luego, la ley Nº 7.498 instauró la compleja protección legal que se otorgó al cheque para solucionar las dificultades que impedían que este documento desempeñara en la práctica los objetivos a que estaba destinado. Se había creado un verdadero ambiente de desconfianza y el público se resistía a aceptarlo como medio de solucionar obligaciones. Sin perjuicio de lo cual persistieron las dificultades en su circulación como medio de pago. En este sentido, el año 1942, a través de un mensaje, el Presidente de la República solicitó facultades económicas especiales, incluyendo una indicación que modificaría la Ley sobre cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. Haciendo de este último, un instrumento de circulación tan expedito, seguro y fácil, que virtualmente equivaldría a un billete.

El proyecto propuesto por el Ejecutivo experimentó fundamentales modificaciones durante la discusión en el Congreso y en definitiva fue publicado como Ley de la República en el Diario Oficial N° 19.646 de 30 de agosto de 1943, con el N° 7.498.

En virtud de la autorización concedida por el artículo 2° de la misma Ley N° 7.498, se dictó el Decreto de Hacienda N° 3.777, de 3 de noviembre de 1943, por el cual se refunden en un solo texto las disposiciones que quedaron vigentes de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques (cuyo texto se encontraba fijado en el Decreto Supremo N° 394, de 23 de marzo de 1926), con las de la precitada Ley N° 7.498. (Diario Oficial N° 19.716, de 24 de noviembre de 1943).

**23°.-** Que, posteriormente, la reforma introducida por la Ley Nº 14.601, de 16 de agosto de 1961, en relación a su artículo 22, plantea la interrogante de entender el delito de giro doloso de cheques como uno propio de acción penal pública o privada.

Por su parte, la reforma introducida por la Ley N° 17.422 (2 de abril de 1971) señala que el proyecto modificatorio tuvo su origen en una moción presentada por el Diputado Luis Tejeda, quien después de analizar las diversas enmiendas introducidas a la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, las que tuvieron como objetivo dar al cheque las garantías de seriedad y responsabilidad, concluye que muchas de ellas se desnaturalizaron en la práctica y tan pronto se fueron extremando o haciendo más drásticas las medidas penales contra los giradores de cheques que por una u otra razón no pudieron cubrirlos en su oportunidad, el cheque pasó a utilizarse como instrumento de usura y se restableció, de hecho, en Chile, la prisión por deudas. Es más, se llegó al extremo de impedir la excarcelación de los procesados por la ley de cheques, a menos que se caucionaren previamente el importe del cheque o cheques protestados, lo que no ocurre en los demás casos de estafa, y es así como hay en las cárceles de Chile centenares de procesados que no pueden obtener su libertad bajo fianza por las disposiciones inhumanas de esta ley.

Termina expresando el parlamentario que, en su concepto personal, el artículo 22 debe lisa y llanamente derogarse, pero que para facilitar la aprobación se ha limitado a proponer una moción que se limita a humanizar esta ley. (Boletín Cámara de Diputados, Ord., 1965, Vol. II, p. 1906).

**24°.-** De la Historia de la Ley relatada precedentemente, ya es posible advertir a lo menos dos dificultades: a) el cheque como instrumento de garantía para caucionar obligaciones futuras y la sanción prevista ante la falta de fondos y, b) la configuración de la responsabilidad penal y los límites al ius puniendi, en el caso concreto.

## El problema del cheque en garantía.

**25°.-** Según la Ley de Cheques (artículos 10 y 11), el cheque sólo puede ser girado para el pago de obligaciones y constituye una orden de pago inmediato o en comisión de cobranza, no pudiendo cumplir otra finalidad distinta a las señaladas, como la de asegurar o resguardar obligaciones (Ministerio Público. Fiscalía Nacional, Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales N°s 26 a 50, Noviembre 2000, Febrero 2001, Editorial Jurídica de Chile, sin fecha, Santiago, Chile).

En coherencia con lo enunciado precedentemente, en el entendimiento de que el cheque es una orden de pago, la Excelentísima Corte Suprema ha resuelto que *"(…) Entenderlo de otra manera implica alterar sustancialmente la naturaleza del documento e introducir efectos jurídicos que no han sido contemplados por el legislador. Así ha sido reconocido, entre otras, en las causas roles 338-2010, 1695-2005, 1447- 2004, 3315-2005"* (SCS Rol 11.647-2017, considerando décimo).

La jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales ordinarios establece que el cheque en garantía carece de eficacia y validez, ya que sólo puede ser girado en pago de obligaciones o en comisión de cobranza y no en garantía o para caucionar obligaciones futuras, que existirían con posterioridad al giro del cheque, de lo que se sigue que no se configura el giro doloso cuando son protestados por falta de fondos (Hugo Rivera, Alcances críticos al giro doloso de cheques, Revista de Ciencias Penales, Tercera época, T. XXXVII, Vol. I, 1978- 1981, p. 31).

En otras palabras, no existirían el cheque en garantía ni el cheque a fecha, independiente de que en la práctica comercial el cheque sea, de facto y en una costumbre contra legem, utilizado como un instrumento de crédito mercantil que desnaturaliza su función y naturaleza del cheque.

## La configuración de la responsabilidad penal y los límites al ius puniendi. Los elementos del tipo. El no pago de una obligación de carácter mercantil y convencional contenido en un título de crédito comercial. Acciones que nacen de el.

**26°.-** Que, en tanto para algunos autores el delito de giro doloso de cheques "(…) es un delito de acción que se comete, figura y consuma por la sola acción de girar sin tener fondos o créditos disponibles o suficientes en su cuenta corriente en poder del banco librado o por retirar fondos disponibles después de expedido el cheque o por girar sobre cuenta corriente cerrada" (en este sentido ver Mac-Iver, Luis. Los delitos contemplados en la Ley de cheques. Revista de ciencias penales, segunda época, tomo X, Nº 2 y 4, 1948, p. 97). Otros autores consideran que el delito se consuma por la omisión de consignar fondos suficientes a la orden del tribunal competente, dentro del plazo de tres días siguientes a la notificación del protesto (Barahona Bustos, Victor. Los elementos del delito de giro doloso de cheques y las nulidades que pueden afectarlo. Editorial jurídica de chile, Santiago, 1962, pp, 18-20). Ahora bien, sin perjuicio de las dos tesis expuestas también podría comprenderse el hecho reprochado bajo una estructura doble, que consta de una acción y una omisión, siendo la omisión un hecho invariable – no consignar fondos suficientes para atender el pago del cheque y de las costas judiciales, dentro del plazo de tres días, contados desde la fecha en que se notificare el protesto-, por tanto, el núcleo, determinando el momento en el cual se consolidaría el delito. De esta manera, la omisión de los actos positivos anteriores, si no van unidos al núcleo, carecen de conexión con la sanción penal y, jurídicamente, no alcanzan la categoría de delito, siendo actos ilegales no penados (en este sentido ver a Vázquez Méndez, Guillermo. Tratado sobre el cheque: Historia, doctrina y jurisprudencia. Editorial jurídica de Chile, santiago, 2000, pp. 347-348).

## De la culpabilidad.

**27°.-** Que, siendo el principio de culpabilidad uno de los elementos fundamentales del derecho penal y constituyendo una exigencia absoluta que debe encontrar su correspondiente base constitucional. El artículo 19 Nº 3, de la Constitución Política, al expresar que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal, está consolidando el principio de dignidad humana, en la medida que, en un sentido amplio, bajo la expresión "principio de culpabilidad" pueden incluirse diferentes límites del ius puniendi, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda culpase a quien la sufra del hecho que la motiva. En sentido procesal, solo es culpable quien no es inocente, y la enervación de la presunción de inocencia requiere prueba de la culpabilidad del imputado, que en este sentido inlcuye la prueba de todos los elementos del delito, entendido como acción u omisión típica, antijurídica y culpable. En derecho penal material, el principio de culpabilidad tiene un sentido más restingido, puesto que no se refiere a la necesariedad de la lesión típica, pero en su sentido amplio comprende diversas exigencias que condicionan la posibilidad de culpar a alguien de dicha lesión (Santiago Mir Puig, Bases Constitucionales del Derecho Penal, Editorial Iustel, Madrid, España, 2011, pp. 125-126).

Con todo, el principio de culpabilidad tiene un alcance limitador, toda vez que exige la concurrencia de todos aquellos presupuestos que permiten culpar, esto es, imputar a alguien el daño del delito, y tales presupuestos afectan a todas las categorías del concepto de delito.

**28°.-** Que, esta disidencia, al referirse a la culpabilidad como principio, en el entendido de la subjetividad del ilícito penal, como ya lo ha analizado esta Magistratura a propósito de la STC Rol 519-2006, es posible inferir que el principio de culpabilidad constituye el último límite, de naturaleza subjetiva, a la criminalización: nullum crimen, nulla poena sine culpa.

En concreto, la existencia de uno o más bienes jurídicos de cierta entidad que son dignos de tutela penal frente a determinadas agresiones, que la pena se muestre como un instrumento idóneo de protección, que no puedan percibirse modos de intervención menos lesivos, y que la respuesta penal sea globalmente proporcionada, tienen como contrapartida la culpabilidad, la cual, en un juicio de ponderación, establece que la relación de causalidad que permite adscripción material de una acción a una persona, la imputabilidad que hace de ella un sujeto capaz de entender y de querer, y la intención o culpabilidad propiamente dicha, que se refiere a la conciencia y voluntad de la participación en un concreto delito, son todos elementos que operan como un límite externo a la proporcionalidad (Luis Prieto Sanchís, Garantismo y Derecho Penal, Editorial Iustel, Madrid, 2011, p. 133).

La culpabilidad, que es un fruto del proceso de civilización de la cultura jurídica, desempeña en el Derecho Penal el papel que en nuestra Constitución Política se asigna al principio de la dignidad humana en su artículo 1 (ver en este sentido STC Rol 2936, c. 9; STC 2983 c. 9, STC 3177 c. 10, STC 3053 c. 10, STC 2995 c. 10, STC 3187 c. 10, STC 3185 c. 10, STC 3174 c. 10, STC 3173 c. 10, STC 3172 c. 10, STC 3127 c. 10, STC 3135 c. 12, STC 3134 c. 12, STC 3120 c. 12, STC 3109 c. 12, STC 3095 c. 12, STC 3062 c. 12).), por cuanto *"(…) la constitución Política de la República exige que el juez determine la existencia de un vínculo subjetivo, es decir, de culpabilidad, entre el resultado más grave exigido por el delito y la acción del sujeto responsable"* (Ver STC ROL 1584-09, considerando decimosexto).

**29°.-** Que, con todo, la naturaleza jurídica del delito contemplado en el artículo impugnado, conduce a tener que encontrar un vínculo subjetivo entre la acción realizada y el resultado calificado, toda vez que la culpabilidad es absolutamente independiente de la acción típica, pues el delito no es acción culpable, es típico y antijurídico, no obstante, la culpabilidad va siempre referida a un hecho concreto, típico y antijurídico. La "comprobación del carácter típico y antijurídico del hecho conlleva la vinculación personal de ese hecho con una persona que ha de estar dentro de una de las categorías a las cuales el ordenamiento hace responsable de los delitos,

esto es, a una de las categorías de la teoría de la participación. El partícipe, sea autor o partícipe en sentido restringido, ha quedado individualizado en el injusto. Luego no se trata de un hecho en abstracto, sino de la acción típica y antijurídica de ese partícipe al cual éste le ha dado sentido. De esta forma, la culpabilidad no está referida al hecho, sino a la persona autora (o partícipe) de ese hecho" (ver en este sentido a Hormazábal Malarée, Hernán. (2005). UNA NECESARIA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD. Revista de derecho (Valdivia), 18(2), 167-185. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200008).

**30°.-** En tal sentido, el delito es inconcebible sin dolo y sin el elemento de culpabilidad, cuyo examen y determinación de existencia son una labor propia del tribunal del fondo.

## De la legalidad.

**31°.-** Que, la norma objetada, a juicio de este disidente, vulnera los límites constitucionales, en la medida que afecta garantías que el constituyente ha previsto bajo la denominación de principios de legalidad y reserva penal, contenidos en los incisos octavo y noveno del artículo 19 Nº 3, de la Constitución. Tal vulneración se materializa en el principio de legalidad penal, expresado en la reserva de ley penal; al que adicionalmente debe añadirse el principio de legalidad en materia de ejecución de las penas, y se sustenta, en lo que atañe al caso de autos, en la necesidad de que las personas conozcan el alcance de la amenaza penal y estén al tanto del ámbito de las conductas prohibidas. De esta forma, se hace necesaria la delimitación previa de las conductas prohibidas, así como de las amenazas penales que su verificación ha de comportar.

**32°.-** Que, el principio de legalidad, alcanza una categoría indiscutible de garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, y se traduce en cuatro principios: no hay delito sin una ley previa, escrita y estricta, no hay pena sin ley, la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley, y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos: son los denominados principios de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución. En suma, el principio de legalidad continúa ejerciendo una doble función: la política, que expresa el predominio del poder legislativo sobre los otros poderes del Estado y que la convierte en garantía de seguridad jurídica del ciudadano; y la técnica, que exige que el legislador utilice a la hora de formular los tipos penales cláusulas seguras y taxativas. Las expresiones más importantes del principio de legalidad son la reserva de ley (lex scripta), la prohibición de analogía (lex stricta), el principio de irretroactividad (lex praevia), así como el principio non bis in ídem, en virtud del cual no pueden ser castigados unos mismos hechos más de una vez. El principio de legalidad ha sido calificado por algún autor como el eje diamantino sobre el que ha de girar el Derecho Penal en un Estado de Derecho: sólo si se satisfacen suficientemente las garantías derivadas del principio de legalidad, esto es, la reserva de ley, la prohibición de analogía, la irretroactividad de la ley penal y el principio non bis in ídem, puede considerarse el Derecho Penal ajustado a las exigencias de un Estado de Derecho.

**33°.-** Que, de esta manera el principio de legalidad penal o taxatividad, implica que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, que permita conocer sus límites, es decir, donde comienza a operar el derecho penal. En tal orden, los elementos normativos del artículo 22, ya referido, no resultan pertinentes en su descripción para caracterizar suficientemente la conducta desplegada por el requirente, pues, como consta de los antecedentes, su conducta habría consistido en girar 12 cheques en garantía para el cumplimiento de pagar el canon de arrendamiento de una parcela, en la cual según indica, a fojas 04, habría permanecido hasta el mes de abril del año 2019, siendo protestados los demás cheques (entregados hasta el mes de octubre del año 2019) por Orden de no Pago, el día 11 de mayo del año 2019, descripción que

no se adecua a la conducta descrita por el legislador, como correspondería conforme al mandato constitucional de configurar una figura delictiva de forma certera, precisa y suficiente para evitar la vulneración del principio de taxatividad (ver en este sentido STC Rol 4476-18, c. 18).

## V. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE GIRO FRAUDULENTO.

**34°.-** Que, el cheque, en el Nuevo Proceso Penal, aparece como carente de aplicabilidad o más bien como dotado de una forma poco racional de compatibilidad con el nuevo sistema procesal, problema que fue parcialmente abordado por las Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal (Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002) y que sólo fue subsanado de manera tangencial por el Instructivo N° 39 del Fiscal Nacional (5 de enero de 2001), delimitando la impronta de delito de giro doloso de cheques en un ilícito de acción al momento del giro fraudulento del documento mercantil, y un delito de comisión, al no consignarse en el plazo de tres días el monto del cheque, de los intereses corrientes y las costas judiciales. A su vez, el nuevo sistema penal dejó en claro que el delito de giro fraudulento de cheques es de acción privada, de forma tal que no es en sí mismo una forma particular de estafa ni es tampoco el pago del cheque una cuestión de orden e interés público.

**35°.-** Que en el caso de los delitos de acción penal privada, tal como acaece en los de la especie, al tenor del artículo 22 y en el contexto de las Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal (Ley N° 19.806), el bien jurídico protegido es el patrimonio del acreedor, de naturaleza individual y sólo disponible por su titular.

**36°.-** Por otra parte, debe tenerse presente que entonces el giro doloso de cheques no busca sancionar un atentado a la fe pública. A su vez, si se sostiene que lo sancionado es un engaño, el contenido del mismo sería el no pago de una obligación dineraria de tipo mercantil (pues la emisión de cheques es un acto de comercio de conformidad con el artículo 3° del Código del ramo) y de fuente convencional, es decir, una deuda entre privados, que es justamente lo que la prohibición de la prisión por deudas busca proscribir.

**37°.-** A mayor abundamiento, si los cheques en cuestión fueron entregados en garantía de obligaciones de un contrato de arrendamiento, deben tenerse presente una serie de circunstancias:

- las cláusulas de una convención de ese tipo suelen ser impuestas por el arrendador, en contratos intermediados por corredores de propiedades, acercándose cada vez más al fenómeno de los contratos de adhesión, lo que significa que la entrega de los cheques no tiene un grado total de voluntariedad al ser una cláusula usualmente impuesta.
- os cheques se entregan en garantía de cumplimiento de obligaciones futuras, y son exigidos no por su aptitud de pago, sino por el riesgo para la libertad personal que implica su no pago, en una verdadera garantía de obligaciones dinerarias con la libertad personal.
- Por otra parte, el cheque en garantía es repudiado por la legislación y la doctrina chilena. En efecto, el cheque es siempre una orden de pago -no una garantía- y es siempre pagadero a la vista, y cualquiera mención contraria se tendrá por no escrita y el cheque presentado al cobro antes del día indicado como fecha de emisión, es pagadero el día de la presentación, agregándose que la ley contempla que el cheque puede ser a la orden, al portador o nominativo, pero no se ampara el cheque en blanco ni el cheque en garantía, pues todo ello lo desnaturaliza, perdiendo los elementos de su esencia al dejar de ser orden de pago y pasar a ser una garantía.

El cheque en garantía es además una creación convencional de un delito penal, lo cual es una perversión del sistema de fuentes del derecho, que reserva la creación de delitos al legislador y

que prohíbe la prisión por deudas convencionales, por lo cual cualquier actividad tendiente a ese objetivo es inconstitucional. Además, al no ser el cheque en garantía una orden de pago se puede sostener que desaparece en él el disvalor del delito de giro fraudulento, constituyendo una penalización anómala de un incumplimiento mercantil.

Los cheques en garantía son verdaderas ficciones civiles o mercantiles, que por ende al no estar amparados por la regulación legal de ese título de crédito no debieran tener relevancia penal, teniendo presente que además al ser emitidos el girador estaría expresamente manifestando no tener fondos, lo que determina que lo realmente irregular es imponer un deber de entrega de cheques en garantía, por la vía de lo que parece un acuerdo para transformar el cheque en algo parecido a un crédito de dinero a plazo y garantizado por un proceso penal.

Cabe señalar entonces, que el cheque en garantía, a juicio de la doctrina autorizada, al no ser una orden de pago no generaría una acción penal (Ver LECCIONES DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición actualizada, p. 464) y en el caso del cheque a fecha, tiene similares problemas, pues "*es, en la práctica comercial, un instrumento de crédito y no de pago, y en tales condiciones, no sujeto a la protección penal de tales instrumentos, siendo además contradictorio con las garantías a la libertad personal que establece el nuevo ordenamiento procesal, concluir que tales instrumentos de crédito se encuentran garantizados personalmente, esto es, con la libertad del girador (aunque sea sólo en el momento de la sentencia definitiva). Es más, parece que el castigo penal del cheque a fecha, instrumento de crédito, contradice prístinamente lo dispuesto por el art. 7.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prohibe la detención por deudas*" (Id. ant., p. 468).

## VI. CUESTIONES DE FONDO. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA IMPUGNADA EN EL CASO CONCRETO.

### El principio de proporcionalidad.

**38°.-** El principio de proporcionalidad en clave penal, tiene por finalidad establecer el equilibrio entre la reacción del derecho penal y sus presupuestos, es decir, el hecho de aplicar una pena (necesaria y suficiente) ante un hecho reprochado y, por otra parte, que dicha sanción encuentre su límite en atención al mal causado, esto es, que la pena sea aplicada en una justa medida (Sergio Politoff Lifschitz, Derecho Penal, Tomo I, Conosur Editores, Santiago de Chile, 2001, p. 20).

**39°.-** Que, el principio de proporcionalidad, conocido también como principio de prohibición de excesos, encuentra su fundamento en la dignidad, en la interdicción de la arbitrariedad, prohibición de tratos inhumanos y degradantes e igualdad – este tribunal respecto al último principio ha dicho que "la proporcionalidad es una manifestación inequívoca del principio de igualdad" (Ver STC 797-2008, prevención de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes)-.

**40°.-** De esta forma el principio de proporcionalidad se erige como "(…) un límite a todas las restricciones de los derechos esenciales o fundamentales, derivando su aplicación del principio del Estado de Derecho, por lo cual tiene rango constitucional. Tal derivación del Estado de Derecho, es en virtud del contenido esencial de los derechos que no pueden ser limitados más allá de lo imprescindible para la protección de los intereses públicos" (ver en este sentido a Nogueira Alcalá, Humberto, 1997, Dogmática constitucional, Editorial Universidad de Talca, p.184). De este modo, el mismo autor expresa que dicho principio en la práctica se concreta mediante una técnica de aplicación escalonada, en el cual la inconstitucionalidad estará ya establecida dada la infracción de sólo uno de ellos.

**41°.-** Ahora bien, mediante el empleo de este principio y su bajada a través de la técnica precedentemente expuesta, desde la perspectiva del ius puniendi, se comprobará si el medio utilizado para cautelar el objeto jurídico de relevancia, considerando la restricción a los derechos fundamentales que conlleva, es razonable y justificado, realizando una ponderación entre medios y fines.

## De la proscripción de la prisión por deudas y la proporcionalidad.

**42°.-** Como se ha enunciado a lo largo de esta disidencia, el reconocimiento de normas internacionales que proscriben la prisión por deudas de origen contractual, como ocurre en el caso de marras, tiene un efecto relevante en el Ordenamiento Jurídico, pues se inserta en él, y conforme al principio pro homine, desplaza a aquellas normas que son menos favorables, haciendo aplicables aquellas que resultan más beneficiosas. De esta manera, tal hecho significará que la norma más lesiva resulte inaplicable, toda vez que ella importaría imponer una sanción que, aún cuando sería idónea para el fin de prevenir delitos, no sería necesaria, pues dicha medida excedería el quantum aplicable conforme al análisis integrado del ordenamiento jurídico penal. Así, en aplicación del principio de prohibición de excesos, de acuerdo a la finalidad de la pena y los medios disponibles para resarcir el daño ocasionado, la sanción establecida por el artículo impugnado importaría una intervención que no satisfaría la exigencia de necesidad, que a su vez significará una infracción a la proporcionalidad en sentido estricto.

**43°.-** En este sentido, es relevante señalar que la tesis expuesta por el voto de mayoría en las causas que han rechazado el requerimiento deducido en el mismo sentido que el que se discute en el caso sub lite, en su análisis de proporcionalidad destaca que el hecho reprochado es un delito pluriofensivo que transgrede el orden público económico, la seguridad en el comercio y la economía en general, como una justificación a la restricción. Sin embargo, la primera etapa de su análisis prescinde de la exposición acerca de los alcances del derecho, sobre la base de cuáles son los valores que subyacen al derecho, así como las prácticas que sirven a dichos valores, los cuales serán la delimitación del derecho, visto desde una perspectiva positiva. De esta forma, no fija los límites a la restricción, reduccionismo que, por una parte, difumina los límites entre la definición del supuesto de hecho del derecho y, por otra, dificulta la determinación de la magnitud de protección que él merece. Hecho que degenera en la inconsistencia de sostener que el cheque y su pago se traten de un bien jurídico "de interés público", en tanto la reforma procesal penal lo transformó en un delito de acción penal privada, sin fundamentar razonablemente aquella posición. A lo que cabe agregar que, la exigencia de proporcionalidad se deriva de la propia pretensión de vigencia de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión y cuya capacidad de limitación mutua no puede determinarse sino teniendo en cuenta el peso de cada uno de tales derechos en cada concreta colisión (en este sentido ver STC Rol 1584, cc. 21 y 22 y, STC Rol 2022, c. 30, a propósito de la proporcionalidad de la pena).

**44°.-** Que, por la fundamentación precedente expuesta, hace posible concluir que el requerimiento deba ser acogido, en la medida que en el caso concreto el precepto cuestionado habilita a condenar por el no pago de cheques entregados en garantía de obligaciones contractuales de vencimiento futuro.

## Respecto al inciso 5° del artículo 22 del DFL N° 707 sobre cuentas corrientes bancarias y cheques.

**45°.-** Que, esta disidencia, en este punto coincide con lo expresado en voto que estuvo por acoger parcialmente diferentes requerimientos deducidos respecto a esta misma materia, en lo que respecta a la declaración de inaplicabilidad de la palabra "no" contenida en el artículo

22, inciso 5°, del DFL N° 707, en tanto según manifiesta, la norma "coarta la jurisdicción que le asiste constitucional y excluyentemente a los tribunales (…)" (STC Rol 3266-16, voto en contra del Sr. Aróstica), pues el legislador impide a los tribunales juzgar que la emisión de un acto cotidianamente reconocido como distinto al cheque, que definen los artículos 10 y 11 del mismo DFL, estructura o no el mismo hecho sancionado, infringiendo principios de legalidad y taxatividad, como ya se ha desarrollado

**46°.-** Que, por las razones expresadas, esta disidencia estima que se han configurado en la especie gravámenes de índole constitucional, cuyo necesario resultado sería la vulneración de la Constitución Política, hecho que se sustenta igualmente en situaciones similares ya resueltas por este Tribunal, como ocurrió en causas Roles 2744-14 y 2953-16, en las cuales se acogió el requerimiento deducido, progresión jurisprudencial que sirve como una premisa necesaria y suficiente para razonar en idéntico sentido.

# 10. Derecho a la protección a la vida privada y datos personales.

**SENTENCIA ROL 11.150-2021.** *Publicada el 6 de abril de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5°, inciso segundo, y 28°, inciso segundo, de la Ley N°20.285, sobre acceso a la información pública. Carabineros de Chile. En el proceso sobre reclamo de ilegalidad, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol 119-2021 (Contencioso Administrativo).

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES estuvo por rechazar el requerimiento, teniendo presente únicamente las siguientes consideraciones:

**I. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA FUNCIÓN DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA EN CHILE, LA RESPONSABILIDAD Y LA TRASCENDENCIA DEL CONTROL SOCIAL SOBRE LAS ACTUACIONES POLICIALES.**

**1°.-** Que, el artículo 101, inciso segundo de la Constitución establece que "Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la Fuerza Pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública". En este sentido, tal como consta en el Manual de doctrina y código de ética de Carabineros de Chile, aprobado mediante Orden General Nº 2478, de fecha 24 de marzo del 2017, los Roles de Carabineros se encuentran contenidos mayoritariamente en el Reglamento Nº 1, destacando para estos efectos el (a) Rol preventivo; (b) rol de control de orden público; (c) rol investigativo; (d) rol de integración nacional; (e) rol educativo; (f) rol de comodidad pública y (g) rol de solidaridad.

**2°.-** Que, el artículo 1, inciso final de la Ley Orgánica constitucional, Ley Nº 18.961, de Carabineros, reconoce los organismos y personas que desarrollan la función policial deberán ajustarse a normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas que establece la ley y legislación respectiva. Asimismo, en el artículo 3 de la Ley Orgánica referida, se reconocen las funciones constitucionales de "(…) garantizar el orden público y la seguridad pública interior (…)". De tal forma, se ha precisado que el uso de la fuerza "sólo debe aplicarse cuando sea estrictamente necesaria y en la medida requerida para el desempeño de las funciones policiales" (ver en este sentido el Protocolo para el mantenimiento del Orden Público. Ministerio del Interior. Circular Nº 1832, de 01 de marzo del 2019). A reglón seguido, el mismo protocolo señala que se deberá aplicar, en la medida de los posible, medios no violentos antes de recurrir al uso de la fuerza, tales como la utilización de tácticas de persuasión, negociación y mediación; reservando las actuaciones por medio de fuerza para aquellos casos en que no es posible llevar el actuar de Carabineros por medios pacíficos. Asimismo, se indica, que esta debe ejercerse de manera gradual y proporcional para el logro de objetivos, por cuanto el funcionario policial tendrá que usar un grado de fuerza determinado, en atención a la verificación del comportamiento actual de la persona sujeta a control policial, es decir, si esta coopera, pone resistencia pasiva, resistencia activa, se encuentra en una posición de agresión activa o activa potencialmente letal. En tal orden, se precisa como estándar la gradualidad y proporcionalidad de las medidas que se adopten por el personal, a fin de proteger la integridad de terceras personas o la suya, siempre con observancia de la dignidad

humana. Por tanto, el empleo de armas letales será considerada una medida extrema, aceptable únicamente en circunstancias excepcionales, que supongan un peligro inminente de muerte para el funcionario o para cualquier otra persona.

**3°.-** Siguiendo esta misma línea, la Dirección General de Carabineros de Chile, con el objeto de cautelar el ejercicio de la fuerza que se encuentra facultada a ejercer la policía, mediante la Orden General Nº 2.780, de 14 de julio del 2020, actualizó el protocolo 2.8., sobre empleo de escopeta antidisturbios, oportunidad en la cual dispuso que "Todo el personal que emplee escopeta antidisturbios deberá contar con una videocámara corporal , debiendo entregar sus registros al finalizar su servicio para su resguardo y archivo".

**4°.-** En tal sentido, ante el incumplimiento de obligaciones de los funcionarios policiales, el artículo 36, inciso segundo de la LOC de Carabineros establece que "El personal que infrinja sus deberes u obligaciones incurrirá en responsabilidad administrativa conforme lo determine el Reglamento de disciplina, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda afectarle". Norma que es relevante para estos efectos y requiere de estándares elevados de publicidad, si se entiende que gran parte del escrutinio de la actividad policial provendrá de la sociedad civil, dado que el ejercicio de la fuerza siempre terminará recayendo en uno o más de sus integrantes. Para ello, la propia Institución de Carabineros, mediante la Orden General 2767, de 15 de mayo del 2020, ha aprobado la cartilla de procedimientos de la Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.

## II. DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE AUTOS.

**5°.-** Que, el actor deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 5 y del inciso segundo del artículo 28, ambos de la Ley Nº 20.285, sobre acceso a la información pública. En este contexto, el requirente fundamenta su pretensión exponiendo que la aplicación de los preceptos que intenta impugnar son decisivos, toda vez que el Consejo para la Transparencia ha ordenado entregar información relativa al registro de cámaras corporales de carabineros de chile, empleadas en el contexto de detenciones por control de orden público, producidas entre el 18 de octubre del 2019 y el 01 de marzo del 2020, en las comunas de providencia y Santiago (en calles intersección Vicuña Mackena y Carabineros de Chile; e intersección Avda. Libertador Bernardo O'Higgins y Ramón Corvalán Malgarejo) entre las 15.00 y las 22.00 horas.

**6°.-** Los problemas constitucionales del caso de marras implicarán a este disidente determinar si (a) la información solicitada es de aquellas susceptible de ser entregada, de acuerdo al artículo 5, inciso 2 de la Ley Nº 20.285, y si su aplicación transgrediría lo establecido en el artículo 8 de la Carta Política; (b) la aplicación del artículo 28 inciso segundo, de la Ley Nº 20.285, afecta de forma no justificada el derecho del requirente a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del CPLT que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21.

## III. SOBRE LA EXTENSIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

**7°.-** Que, en la moción que origina la reforma constitucional, presentada por un grupo de senadores, se señala que "La protección de los datos personales, por consiguiente, es una derivación del derecho a la intimidad, debiendo ser reconocido entonces este derecho como un derecho de tercera generación", lo cual llama a constatar una incongruencia conceptual, acerca de si ya era parte del contenido esencial del derecho a la intimidad o bien es un derecho nuevo

de tercera generación. Felizmente a la hora de examinar el texto, aparece ligado a la protección de la intimidad, la vida privada y la honra de la persona y su familia, ya que fue incorporado al numeral 4° del artículo 19 de la Constitución.

**8°.-** El paso del derecho implícito a la protección de datos personales a su consagración como derecho explicitado implica que su dimensión formal de derecho fundamental es ahora innegable, pues da plena certeza jurídica acerca de su existencia. La consagración formal del derecho en comento se traduce en tener ahora como fuente normativa directa al texto de la constitución y entenderlo como uno de aquellos derechos subjetivos reconocidos como tales en una norma jurídica de carácter fundamental, recogidos como una categoría jurídica con una posición de superioridad en el sistema de fuentes, es decir, con todos los elementos precisados para la conceptualización formal de derecho fundamental (ver PRIETO SANCHÍS, Luis, 1990, Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid, Editorial Debate, pp. 15- 17).

**9°.-** Que, el derecho de protección de datos personales en clave iusfundamental conlleva necesariamente concebirlo como:

» un derecho subjetivo, de exclusiva titularidad y disposición individual, entendida como una esfera de disposición personal

» como una libertad de consentimiento en recopilación y uso de datos propios por terceros, que no por ello dejan de ser propios del titular

» como un derecho de libre disposición acerca de mis datos y su uso, que, a pesar de haber sido entregados y afectados a un fin, ello sigue siendo disponible por el titular de los mismos, que puede modificar o dejar sin efecto todo tipo de autorizaciones.

**10°.-** Que, de tal forma, el concebirlo en clave de libertad conlleva a derivar a la denominada "autodeterminación informativa", pues es una libertad individual referida a datos que en su conjunto constituyen información de la persona, sus opciones, hábitos, vida privada, opciones, gustos, desaveniencias, etc. La protección de los datos se referirá a la obtención y al tratamiento, entendidos como objetos precisos. Así, en la órbita de la autodeterminación, la función u objetivo para el cual se entregan los datos constituye en sí mismo un límite a su tratamiento, pues si se usan para otro objetivo se verá que el mismo no fue consentido.

**11°.-** Con todo, dentro de los pilares de este derecho, se pueden mencionar, prima facie, dos cuestiones esenciales:

» se requiere el consentimiento libre e inequívoco del afectado como condición de licitud de las actividades de captación y utilización de datos personales por terceros.

» Como mecanismo secundario de obtención de los mismos, la ley puede autorizar la recopilación y uso de datos expresamente, bien de forma general, o de manera específica, en ciertos casos y formas, dentro del marco constitucional del derecho y su reserva de ley, siendo legítimo sólo dentro de los supuestos de la respectiva ley habilitante, que estará sujeta a control de constitucionalidad (er en este sentido, PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (2007) Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa, IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d'Internet, dret i política, ISSN-e 1699-8154, Nº. 5, disponible en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2372611.pdf, consultado el 10 de diciembre de 2021).

**12°.-** A este respecto, debe tenerse presente que los datos siguen siendo de titularidad de la persona y no pasan a ser "propiedad" del recopilador y/o tratante, que no podrá, gozar ni disponer entonces de ellos a su arbitrio. En efecto, el consentimiento para recopilar y tratar los datos

será un acto individual, un acto jurídico de autorización que estará sujeto a un determinado consenso, respecto a qué datos serán objeto del mismo, para qué y por cuanto tiempo, y en el caso de órganos estatales será una potestad específica, entregada por ley, reglada, delimitada y con una finalidad específica. En el "para qué" aparecerá la funcionalidad y objetivo, que ha de ser entendido como una modalidad de dicho acto jurídico, que además será esencial, pues de no pactarse, el uso de los datos podría ser ilimitado, lo que significa hacer desaparecer la protección respecto del tratamiento de los mismos. Además, los datos fueron entregados en el entendido de su uso para un fin específico, que, de ser otro, probablemente no habría sido consentido y que en el caso de los órganos del Estado determina la licitud o ilicitud de la obtención y tratamiento.

**13°.-** Así, el consentimiento debe ser libre y específico, y la finalidad del uso de los datos es un elemento de esencia del acuerdo para autorizar obtención y tratamiento, lo cual incluye el derecho al conocimiento pleno de las consecuencias de la recopilación y tratamiento de los datos. Además, de esta forma la autorización debe ser probada por el recopilador y/o tratador en caso de conflicto, pues él la invocará para legitimar su actividad. A su vez, en el caso de órganos estatales, el examen del fin, medios, casos y formas de la obtención y tratamiento cumplirá la misma función.

Que, dentro del contenido esencial del derecho a la protección de datos personales podemos señalar que se encuentran:

» Ser informado oportuna y expresamente acerca de la actividad de recopilación de datos, lo que significa enterarse directamente antes de realizar una determinada conducta que ello implicaría recopilación de datos (por ejemplo, la descarga de un software o app, el solicitar una hora de atención en un centro médico, el realizar una compra en una tienda web, etc.). Además del derecho de saber, es esencial que ese conocimiento sea oportuno, pues su finalidad es que la persona puede determinar por sí y solo con su voluntad si consiente o no en entregar sus datos, por lo cual si el conocimiento es tardío es en realidad una forma de burlar su exigencia, ya que los datos fueron obtenidos ex ante y se informa después

» Saber acerca la existencia de fichas, motores de tratamiento, perfilamiento o medios o actividad de indexación y de todo otro medio de tratamiento de esos datos personales. En efecto, al entregar los datos ello siempre es para una finalidad, y si el recopilador declara que nos usará, entonces tampoco será incausado el hecho de recopilar, pues su finalidad será solo el almacenamiento, lo que implica entregar datos sin saber para qué, ya que una vez almacenados el recopilador se reservará a futuro el poder decidir en qué los usará, lo cuál es en sí misma la peor situación de desprotección imaginable frente al uso de los datos, que es desconocido y por ende incontrolable. En este sentido es que emerge la necesidad de que expresión especifica de la finalidad del tratamiento de los datos sea requisito de esencia en el consentimiento para su entrega;

» El derecho de acceder a esas fichas, motores de tratamiento, perfilamiento o medios o actividad de indexación y de todo otro medio de tratamiento de esos datos personales. Como los datos siguen siendo de titularidad de la persona que los entregó y no propiedad del recopilador, el contenido de ficheros, motores, perfiles y otros medios de tratamiento ha de ser accesible, pues dueño de ellos es propietario del continente (servidor, planilla Excel, base acces u otros), más no de su contenido (los datos personales de otros que procesó). Este derecho cumple la función de permitir que el titular de los datos compruebe cuál es la información personal suya que se encuentra indexada o procesada por otros, a efectos de verificar su veracidad o si es o no más de lo que permitió recopilar, a la vez de servir como elemento de juicio para determinar si sigue consintiendo en la obtención de datos o si, por otra parte, exige su eliminación de la base respectiva, sin perjuicio de lo que a continuación se señalará.

» El derecho subjetivo de rectificación de datos inexactos en dichas bases o medios de procesamiento, pues si el recopilador y tratador es un gestor de información ajena, la disposición de la información no le es propia, sino del titular de los datos. Así, si los datos en su conjunto terminan conformando un "perfil" o "identidad" o "imagen" o una expresión y diferentes elementos de identidad, son una expresión de los caracteres de las personas, proyectados y determinados por terceros (los tratadores de datos) pero en una esfera que es de disposición de la persona y no del tratador de datos. Así, de haber información inexacta o derechamente falsa, el titular de los datos no tiene por qué soportar tal carga ni menos las consecuencias derivadas.

» Por otro lado, la dimensión de libertad y de disposición de la autodeterminación informativa derivan en que el titular de los datos conserva siempre el derecho de reclamar el borrado y eliminación de toda base o medio de tratamiento de todos aquellos datos que no deban ser tratados, que desista de haber entregado o también de aquellos que hayan sobrevenidamente devenido en inexactos o inoportunos con respecto a los motivos, opciones o voluntad que motivaron su entrega. Este derecho es de ejercicio incausado, pues el consentimiento fue un acto libre, motivo por el cual podrá ser retirado en cualquier momento, sin expresión de causa, lo que llama a cuestionar cláusulas abiertas o de duración indefinidas para la obtención de datos.

» El derecho de reclamación ante el tratador de datos, junto con el establecimiento de garantías del mismo para que no sea denegado y para que sea eficaz en función de lo contemplado en los numerales anteriores.

» El derecho a no ser discriminado y a no sufrir perjuicios por la entrega y tratamiento de datos propios, cuestión que llama a reflexionar y examinar ello a la luz del uso de "perfiles" de tratamiento de datos para la toma de decisiones.

» Nada de lo señalado anteriormente podrá ser eficaz ni menos útil si no se le dota de garantías jurisdiccionales, siendo aconsejable además alguna de procedimiento administrativo breve y eficaz.

**14°.-** Adicionalmente a lo ya señalado sobre órganos estatales recopilando y tratando mediante la autorización por ley, parte de la problemática es que la autoridad pública requiere de datos específicos para justificar decisiones de política pública, que si no están certeramente justificadas pueden significar despilfarro de ingentes recursos públicos y/o falta de servicio. De igual forma, en el mundo que vivimos hoy, en estos casos, la recopilación y tratamiento de datos pasa a ser una atribución o potestad de entes estatales en el estricto sentido del derecho Público, o bien pasa a ser ejecutada por privados autorizados tasada, calificada y limitadamente por el Estado, por lo cual, como toda atribución del poder público en un Estado de Derecho, estará afecta a reserva de ley, que tiene entonces dos caras: la de derechos fundamentales y la de potestades públicas. En este orden, esta autorización es una limitación de derechos fundamentales, por lo cual ha de ser establecida por ley, en función de la reserva general legislativa de regulación de derechos fundamentales emanada de los artículos 19, N° 26°, 63, N° 20, y 64 de la Constitución Política, además de la reserva especial establecida por la Ley N° 21.096 de reforma constitucional.

**15°.-** Así, la reserva de ley emerge de manera lógica y necesaria, como una obvia derivación, pues si la autodeterminación informativa y los datos personales son un derecho subjetivo, fundamental y conceptuado en clave de libertad y de titularidad de datos propios, no debe olvidarse que desde una óptica ideológicamente liberal, la función de la reserva de ley se refiere a la garantía legislativa de los derechos de los gobernados, a partir de los conceptos de libertad y propiedad, para posteriormente extenderse al conjunto de derechos fundamentales que hoy conocemos. Además, dicha limitación ha de ser per se específica y determinada, pues si es abierta

la protección desaparece y el contenido esencial del derecho no es reconocible, debiendo tenerse que estas reservas de ley están afectas al límite de la garantía constitucional del contenido esencial de los derechos.

**16°.-** Por si ello no bastare, la reforma de la Ley N° 21.096 agregó una reserva de ley específica sobre tratamiento de datos personales, señalando que el vector regulatorio es proteger los datos y que su tratamiento ha de estar sujeto a condiciones y formalidades, que deberán ser establecidos por el mismo legislador. Las dos reservas de ley señaladas, la general y la específica, conllevan que pueda resultar llegar a ser inconstitucional por forma la regulación del tratamiento y obtención de datos personales que se contenga en normas de rango infralegal y que además pueda ser inconstitucional por fondo toda otra norma que no siga los vectores de protección, formalidad y condicionamiento en el tratamiento de la información ya obtenida.

De tal modo, es el legislador quién debe establecer clara y específicamente:

- Qué entidad específica será la autorizada para la recopilación de los datos
- Qué entidad será la encargada de procesarlos
- Cuál será la finalidad específica del tratamiento de los mismos, determinando idealmente además prohibiciones explícitas a modo de refuerzo y para fines de comprensión
- Cuáles son los resguardos o garantías de los titulares de datos frente al tratamiento, para que no sean perfilados, discriminados ni socialmente castigados por los caracteres, preferencias u opciones que saltan a la vista al ser identificados como titulares de datos específicos.

**17°.-** Además, en general las leyes que se refieran a autorización de recopilación y tratamiento de datos estarán sujetas al análisis particular de toda limitación a derechos. Así, no bastará solamente que se encuentre y se invoque la autorización por ley para obtener y tratar datos, sino que ello debe ser debida y específicamente delimitado en cuanto a qué se puede obtener, cómo y para qué se tratara, determinando además garantías de acceso por el titular de los datos y garantías jurisdiccionales de los mismos. De igual forma, la capacidad regulatoria del legislador en esta materia no es amplia en cuanto a la finalidad de la ley que se dicte, pues lo que se regulará es el "tratamiento" y la "protección", que viene a constituir un vector normativo y estándar de regulación, siendo sospechosa de inconstitucionalidad la norma que determine protección insuficiente o la que permita tratar datos sin motivo no finalidad específica, pues el motivo delimitará el campo, modo y finalidad del trato.

**18°.-** Adicionalmente, la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, que a sus 22 años de vigencia, más allá de su presuntuoso nombre y aspiración de universalidad regulatoria, en dicha ley se define lo que es almacenamiento, base, banco, tratamiento, titular, bloqueo y transmisión de datos, clasificándolos con diversos adjetivos, en función de si son o no personales, sensibles, vigentes, caducos, comerciales, regulando la autorización de recopilación y tratamiento. Además, la aludida ley establece que en materia de transparencia activa (información a disposición del público en webs institucionales estatales) "No se incluirán en estos antecedentes los datos sensibles, esto es, los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual" (art .7 letra i), lo cual parece un mecanismo de garantía, pero que como tal resulta insuficiente.

**19°.-** A su vez, como ya se señalara, la ley 20.285 proclama nominalmente la protección de datos, pero en un contradictorio rol con el principio de la máxima divulgación de información,

buscando un quimérico equilibrio mediante la oposición al acceso a información, que resulta comprendida como una garantía parcial e incompleta. En efecto, en América Latina, la evolución legislativa e institucional de los últimos 20 años conlleva el consagramiento y desarrollo del principio de transparencia y acceso a información en poder de órganos del Estado y, en esta perspectiva, la "casa de vidrio" y el acceso a información significan -para bien- el término de espacios de oscurantismo y opacidad, en los cuales cualquier acto de corrupción o desviación de poder podían ocurrir, sin que fuera siquiera conocida ni menos fiscalizada su ocurrencia.

**20°.-** En tal orden, acceso a información y transparencia significarán garantía de probidad y ausencia de corrupción en el inconsciente colectivo latinoamericano, deviniendo en una verdadera fórmula matemática que pocos se atreven a escribir o confesar: a mayor "avance" en transparencia, mayor garantía de probidad y mayor ausencia de corrupción, y, a contrario sensu, la existencia de espacios de reserva o secreto es vista como mayor posibilidad de corrupción o improbidad. Así, se recogerán principios como el de "máxima divulgación" (presente en la Ley N° 20.285 en nuestro sistema) o proclamas legislativas tales como que toda información en poder de órganos del Estado es pública, cualquiera sea su fuente (lo cual también se recoge en Ley N° 20.285) estableciendo como una muy tasada y específica excepción la afectación de derechos de terceros, lo que traerá como consecuencia que así la publicidad de todo lo que esté en poder del Estado sea público en una regla generalísima, y ello vestida de los más nobles y éticos ropajes de la probidad y, por otro lado, la reserva de información sea vista con un hálito sospechoso de oscurantismo corruptivo, sin reparar que muchas veces el motivo de su invocación es el derecho de protección de datos personales que están en poder de algún órgano del Estado por algún motivo específico y por alguna finalidad también específica, que no debieran ser usados para otros fines ni tampoco entregados, pero que posteriormente se ven desvelados y privados de tal protección en nombre de la garantía de probidad, que -a veces sin decirlo ni asumirlo- levanta esa protección de datos mediante una solicitud de acceso a información que, al ser incausada, puede dar pie para bypassear o eludir la necesaria justificación de la desprotección de los datos de particulares frente a terceros que no tienen que dar expresión de causa, accediendo así a información que puede ser relevante para negocios, concursos laborales, evaluaciones crediticias, actos de discriminación por opciones ideológicas o religiosas, etc. En el caso sub lite lo pedido es el acceso al registro de cámaras corporales utilizadas por Carabineros de Chile en las detenciones de control de Orden Público efectuadas entre el 18 de octubre del 2019 y el 01 de marzo del 2020, en determinadas comunas de Santiago, con el objeto de verificar el cumplimiento de estándares de Derechos Humanos en los procedimientos efectuados por Carabineros de Chile. Por cuanto, existiendo una finalidad legítima en la solicitud, no habiendo otra forma menos lesiva de obtener la información que tendrá que ser analizada, con el fin de someter al escrutinio si la actuación se ajusta o no al procedimiento, es menester, al menos cuestionar si en el caso de autos la norma impugnada deriva en inconstitucional en su aplicación concreta, pues la requirente no precisa cómo dicho acto podría obstaculizar el desarrollo de las tareas que ejercen los órganos policiales y el derecho a la privacidad, toda vez que (a) existen herramientas tecnológicas para resguardarla y (b) según lo prescrito en el artículo 4° de la Ley N°19.628 «el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello». Al efecto, atendido el contexto en que dichas imágenes fueren capturadas, y la cantidad de terceros involucrados, no consta en la especie el consentimiento expreso de los titulares para su tratamiento. Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, cabe hacer presente el principio de divisibilidad, conforme al cual si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda (artículo 11 literal e) de la Ley de Transparencia). Por lo cual, no ha sido posible vislumbrar la afectación del bien jurídico que se intenta cautelar, pues no se ha acreditado razonablemente el daño o afectación negativa para justificar la reserva.

## IV. DE LA SUPUESTA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 5, INCISO SEGUNDO Y DEL ARTÍCULO 28 INCISO SEGUNDO DE LA LEY Nº 20.285.

**21°.-** Que, la requirente fundamenta su alegación expresando a foja 11 que "(…) la aplicación del artículo 5 inciso segundo vulnera el artículo 8 de la Constitución Política, al servir de fundamento para la entrega de la información contenida en las cámaras corporales de carabineros" en tanto que la información que se exige (filmación de cámaras corporales) no se encuentra comprendida en la norma constitucional, pues la información solicitada no puede bajo ningún respecto ser considerada un acto o resolución administrativa. Sin embargo, según lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, y 10 de la Ley de Transparencia, se considera información pública toda aquella que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, además de aquella contenida en "actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público", salvo que dicha información se encontrare sujeta a las excepciones establecidas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia. A su turno, conforme lo dispuesto en el artículo 3°, literal e), del Reglamento de la Ley N° 20.285, se comprende dentro del concepto de "documentos": "Todo escrito, correspondencia, memorándum, plano, mapa, dibujo, diagrama, documento gráfico, fotografía, microforma, grabación sonora, video, dispositivo susceptible de ser leído mediante la utilización de sistemas mecánicos, electrónicos o computacionales y, en general, todo soporte material que contenga información, cualquiera sea su forma física o características, así como las copias de aquéllos".

**22°.-** Que, en este sentido, es oportuno destacar que en la actividad policial, a diferencia de otros servicios, la actividad pública, en diversas oportunidades, no se limita a un acto formal, sino material, que se concreta en una manifestación exteriorizada de las facultades de coerción y coacción, por lo cual el cumplimiento de protocolos, la aplicación adecuada de los estándares de fuerza y, en general, sus actuaciones serán el contenido de dichos actos, que al ser documentados y obtenidos mediante filmaciones realizadas con medios electrónicos, que fueron adquiridos con recursos públicos, cuya finalidad es esencialmente pública (pues es utilizada como una herramienta para asegurar tanto a los grupos civiles que son sometidos a la fuerza, como a los policías que se vean expuestos a agresiones; pudiendo llegar a servir incluso como medio probatorio) se erigen como documentos que adquieren calidad de "públicos" al ser parte de la actividad material de la Administración, sirviendo como mecanismo de control respecto del proporcional uso de la fuerza y, a su vez, como medio de escrutinio social. Por cuanto, comprender que estos actos no son esencialmente públicos, significaría cercenar a la sociedad de la facultad de que los funcionarios y autoridades respondan por sus actuaciones, en el desempeño de sus funciones.

**23°.-** Ahora bien, en lo que respecta a la solicitud de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del artículo 28 inciso segundo de la Ley Nº 20.285 "(…) Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21 (…)". Cabe hacer presente que, en el caso concreto el precepto constitucional invocado por la requirente, artículo 19 Nº 3, no aplica en su favor, pues el precepto tiene por destinatario a los particulares y no al Estado.

Que, como lo ha sostenido reiteradamente este disidente los organismos de la Administración del Estado no pueden reivindicar la titularidad sobre aquellos "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" y que la Carta Fundamental asegura a las personas frente al ejercicio de

la soberanía por parte del mismo Estado. Por tanto, no le corresponde reclamar para sí un libre acceso a la jurisdicción como vehículo para amparar sus funciones estatales.

**24°.-** Que, por ende, sin tener un derecho a la acción anterior al Estado, que el legislador no podría negar, es constitucional la Ley sobre acceso a la Información Pública (aprobada por la Ley N° 20.285) cuando su artículo 28 franquea limitadamente a los órganos de la Administración el reclamo ante las cortes de apelaciones, solo contra las resoluciones del Consejo para la Transparencia que ordenan la publicidad y desechan el secreto o reserva, que se querían justificar por alguna de las causales previstas en los numerales 2 al 5 del artículo 21, esto es por estar comprometido un derecho o un interés general pero ajeno al organismo requerido. En tanto que les niega esa vía judicial cuando la resolución del Consejo les ordena proporcionar una información que habían denegado basándose en que ello afecta "el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido", al tenor de la causal contemplada en el N° 1 del citado artículo 21.

**25°.-** Que, al no hacer justiciable esta ultima causal, lógicamente el legislador buscó evitar que se repitiera la experiencia tenida con la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado (tras la modificación hecha por la Ley N° 19.653, de 1999). En que se permitió a sus autoridades auto calificar -masiva e indiscriminadamente- como secretos o reservados todos aquellos antecedentes cuya difusión "impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido" (artículo 13, inciso 11°), de forma tal que la publicidad pasó a ser la excepción en vez de la regla general, distorsionándose así la vigencia efectiva de un principio legal básico. Por lo demás, si la divulgación de un antecedente afecta o no el cumplimiento de las funciones de una entidad administrativa, tal vez podría revelar una contienda entre ésta y el Consejo para la Transparencia, pero difícilmente un conflicto de relevancia jurídica susceptible de dirimir por los tribunales del Poder Judicial.

**26°.-** Que, por lo mismo, el hecho que el inciso segundo del artículo 28, impugnado, niegue a los órganos administrativos la posibilidad de reclamar judicialmente en caso de que el Consejo de la Transparencia desestime su negativa de información basados en la causal del N° 1 del artículo 21, se adecúa el artículo 38, inciso segundo, de la Constitución, merced al cual "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño". En efecto, Carabineros de Chile forma parte de la Administración del Estado, no pudiendo entonces apelar a una disposición constitucional que busca beneficiar y no dejar a los particulares en la indefensión, al reiterar que los Tribunales del Poder Judicial poseen jurisdicción en toda clase de asuntos contencioso administrativo.

## V. CUESTIONES REFERIDAS AL CASO CONCRETO.

**27°.-** En el caso concreto, lo solicitado es "… el registro de las cámaras corporales de Carabineros, en las detenciones de control de orden público realizadas entre el 18 de octubre de 2019 al 01 de marzo de 2020. Región: Santiago de Chile. Comunas: Providencia y Santiago. Calles: Intersección Vicuña Mackenna y Carabineros de Chile; e intersección Avda. Libertador Bernardo O´Higgins y Ramón Corvalán Melgarejo; Fecha: Entre el 18.10.2019 y el 30.11.2019. Horario: entre 15.00 y 22.00", es decir, el registro de actividad realizada en bienes nacionales de uso público, a la vista del público, y en el marco de represión de manifestaciones en el marco del "estallido social" que se vivió en esas fechas.

**28°.-** Que la alegación en orden a que la entrega de estos registros implicaría efectuar la revisión de cada grabación con la finalidad de realizar un difuminado de rostros u otros elementos que hagan identificable a una persona para proteger sus datos personales -lo que distraería indebidamente al personal del cumplimiento de sus funciones habituales- resulta del todo impertinente, pues en Chile las policías realizan su labor de uniforme, con los grados a la vista y con el apellido del agente estatal exhibido en el uniforme, lo cual no es ni por casualidad ni por opciones de estética, sino por obvios de control ciudadano, en el marco de las exigencias propias de un Estado de Derecho democrático en el cual no existen ni policías secretas ni impunidad en su actuar cuando el mismo desborda el marco del derecho en el uso de la fuerza. En efecto, cualquier ciudadano podría haber grabado en las calles los operativos de la policía reprimiendo manifestaciones, como muchos ciudadanos lo hicieron, lo cual ha contribuido a esclarecer hechos controvertidos acaecidos en este contexto. A ello cabe agregar que la entrega de los registros de las cámaras no incluye la entrega de números de cédulas de identidad, direcciones, correos electrónicos, números de teléfono, ni nada que pudiese parecer datos personales, por lo cual no puede invocarse una pretensión de inaplicabilidad ni de datos personales en el caso concreto para eludir, ocultar o esconder del necesario escrutinio el actuar de las policías en terreno cuando usan la fuerza respecto de los ciudadanos.

**29°.-** Que, por otro lado, la finalidad del uso de cámaras corporales en actuaciones policiales tiene evidentes finalidades de registro para su posterior examen. Frente a ello cabe preguntarse ¿para qué realizar dicho examen?. En un Estado de Derecho, tales actuaciones de agentes del Estado estarán siempre sometidas a control, tanto interno por las policías como externos por los tribunales y órganos que ejerzan fiscalización o investigación. A la vez, y sin perjuicio de ello, las grabaciones servirán también para demostrar que las policías actuaron en determinadas condiciones, casos y formas, para acreditar que están amparadas por el Derecho. Lo expresado precedentemente no es baladí ni menos accidental, pues lo que en ello se juega es el resguardo lo más preciado de un Estado constitucional de Derecho: la garantía de la dignidad humana frente al poder público, y la sumisión a derecho de tal poder en el uso de la fuerza. Es por ello que la negativa a entregar registros de actividades policiales realizadas en la calle no puede estar amparada por una Constitución que proclama la limitación al poder y la garantía de derechos fundamentales, más tras episodios sobre negativas a entregar registros de cámaras, como lo fue en el caso del homicidio de Camilo Catrillanca, en el cual se demostró en juicio que la negativa a entregar las imágenes -incluso negando contumazmente su existencia- no tenía otra finalidad que sustraer las actuaciones a un examen de juridicidad. En tal sentido, el secretismo del registro de cámaras impide el control y el escrutinio, sembrando un manto de duda en torno a la juridicidad del actuar y la razón de ocultar.

**30°.-** De tal manera, el uso de cámaras en actuaciones ha de ser entendido en clave constitucional: servicialidad del Estado, garantía de la dignidad humana, respeto de derechos fundamentales, probidad, transparencia y respeto por las normas que regulan los casos y formas en los que se puede o no usar la fuerza por agentes del estatal. Así, siendo una herramienta de garantía de ello, no puede ser facultativo de las policías decidir cuando se someten a examen de juridicidad o no en un Estado de Derecho, pues no es voluntaria su sumisión a la Constitución y las leyes.

**31°.-** Así, no es admisible el secretismo u ocultamiento de registro del uso de la fuerza por agentes del Estado en la calle, más habiendo en curso investigaciones de delitos de todo tipo cometidos en ese contexto, y más cuando la propia institución de Carabineros de Chile ha colaborado incluso con programas misceláneos de tv entregando para difusión en diversas épocas registros de actuaciones policiales (baste recordar el programa "133 atrapados por la realidad", de MEGA, canal de TV abierta, transmitido entre los años 2007 y 2012, con las normas de la

Ley N° 20.285 ya vigentes) y más aún cuando parte de los registros audiovisuales de actuaciones policiales de la misma época discutida se encuentran disponibles para todo público en diversos sitios web (por ejemplo, https://lapublica.cl/la-publica-accedio-por-transparencia-a-imagenes-y-las-reviso-con-expertos-videocamaras-corporales-de-carabineros-grabaron-violaciones-a-protocolos-sobre-uso-de-la-fuerza-durante-el-estallido-social/ , https://lapublica.cl/las-inconsistencias-en-las-grabaciones-de-las-camaras-del-gope-entregadas-por-carabineros-via-ley-de-transparencia/, https://www.youtube.com/watch?v=Mn1-HJxwUkc&t=5s ).

**32°.-** Por todo lo expuesto, no habiendo cuestión constitucional de datos sensibles, y no siendo constitucionalmente admisible que el actuar de las policías en terreno al reprimir manifestaciones sea de carácter secreto ni menos que esté exento de control o examen, el requerimiento debe ser rechazado en todas sus partes.

**SENTENCIA ROL 9511-2020.** *Publicada el 22 de mayo de 2022*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5°, inciso segundo, 10, inciso segundo, 11 letra c), 15 y 28, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, Y artículos 2° letra i), 4°, inciso quinto, 5°, 7° y 9°, de la Ley N° 19.628. Universidad de Chile. En el proceso seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, sobre reclamo de ilegalidad, bajo el Rol N° 320-2020 (Contencioso Administrativo).

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurre a acoger el presente requerimiento, sosteniendo que en el caso concreto se vulneran las normas de protección de datos personales del numeral 4° del artículo 19 de la Constitución, teniendo presente únicamente las siguientes consideraciones:**

**1°.-** El 18 de junio de 2018 es publicada en el Diario Oficial la Ley N° 21.096, sobre reforma constitucional, que por fin introduce de manera explícita en el constitucionalismo chileno el derecho de protección de datos personales. Esta ley solo lo explicitará sin dar definiciones ni elementos de contorno o contenido, señalando además una reserva de ley en lo relativo a los datos, en cuanto a su "tratamiento" y a su "protección". Antes de dicha reforma constitucional, el derecho a la protección de datos ya era entendido en función de los derechos fundamentales referidos a la protección de la intimidad, en tanto parte de su contenido, siendo definido como "el conjunto de normas jurídicas destinadas a asegurar a las personas el respeto de sus derechos, especialmente del derecho a la vida privada e intimidad ante el tratamiento automático de datos" (NOGUEIRA, H, Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparada, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 451).

**2°.-** Por su parte, este tribunal, en la sentencia Rol N° 1894, de 12 de julio de 2011, declaró la inconstitucionalidad de la creación de registros de usuarios en los cybercafés, asociados al examen policial de su historial de navegación web de cada usuario, señalando que "el proyecto no consagra medidas legales de seguridad tendientes a evitar desviaciones en el uso del registro, ni establece medidas de salvaguarda atinentes a la conservación, debida corrección y posterior destrucción de los datos reunidos, desde que no determina la suerte del registro transcurrido que sea el plazo de mantención de un año; amén de que en el intertanto no se ordena entregar, a la persona anotada,

copia auténtica de respaldo" (cons. 15°), reprochando además en el mismo considerando que las medidas de resguardo de los datos nos establecían en la ley sino que entregaba la materia a la dictación de un reglamento.

**3°.-** A su vez, en la moción que origina la reforma constitucional, presentada por un grupo de senadores, se señala que "La protección de los datos personales, por consiguiente, es una derivación del derecho a la intimidad, debiendo ser reconocido entonces este derecho como un derecho de tercera generación", lo cual llama a constatar una incongruencia conceptual, acerca de si ya era parte del contenido esencial del derecho a la intimidad o bien es un derecho nuevo de tercera generación. Felizmente a la hora de examinar el texto, aparece ligado a la protección de la intimidad, la vida privada y la honra de la persona y su familia, ya que fue incorporado al numeral 4° del artículo 19 de la Constitución.

**4°.-** El paso del derecho implícito a la protección de datos personales a su consagración como derecho explicitado implica que su dimensión formal de derecho fundamental es ahora innegable, pues da plena certeza jurídica acerca de su existencia. La consagración formal del derecho en comento se traduce en tener ahora como fuente normativa directa al texto de la constitución y entenderlo como uno de aquellos derechos subjetivos reconocidos como tales en una norma jurídica de carácter fundamental, recogidos como una categoría jurídica con una posición de superioridad en el sistema de fuentes, es decir, con todos los elementos precisados para la conceptualización formal de derecho fundamental (ver PRIETO SANCHÍS, Luis, 1990, Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid, Editorial Debate, pp. 15- 17).

**5°.-** El derecho de protección de datos personales en clave iusfundamental conlleva necesariamente concebirlo como:

» un derecho subjetivo, de exclusiva titularidad y disposición individual, entendida como una esfera de disposición personal

» como una libertad de consentimiento en recopilación y uso de datos propios por terceros, que no por ello dejan de ser propios del titular

» como un derecho de libre disposición acerca de mis datos y su uso, que a pesar de haber sido entregados y afectados a un fin, ello sigue siendo disponible por el titular de los mismos, que puede modificar o dejar sin efecto todo tipo de autorizaciones.

**6°.-** El concebirlo en clave de libertad conlleva a derivar a la denominada "autodeterminación informativa", pues es una libertad individual referida a datos que en su conjunto constituyen información de la persona, sus opciones, hábitos, vida privada, opciones, gustos, desaveniencias, etc. La protección de los datos se referirá a la obtención y al tratamiento, entendidos como objetos precisos. Así, en la órbita de la autodeterminación, la función u objetivo para el cual se entregan los datos constituye en sí mismo un límite a su tratamiento, pues si se usan para otro objetivo se verá que el mismo no fue consentido

**7°.-** De tal forma, dentro de los pilares de este derecho, se pueden mencionar, prima facie, dos cuestiones esenciales:

» se requiere el consentimiento libre e inequívoco del afectado como condición de licitud de las actividades de captación y utilización de datos personales por terceros,

» Como mecanismo secundario de obtención de los mismos, la ley puede autorizar la recopilación y uso de datos expresamente, bien de forma general, o de manera específica, en ciertos casos y formas, dentro del marco constitucional del derecho y su reserva de ley,

siendo legítimo sólo dentro de los supuestos de la respectiva ley habilitante, que estará sujeta a control de constitucionalidad (er en este sentido, PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (2007) Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa, IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d'Internet, dret i política, ISSN-e 1699-8154, Nº. 5, disponible en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2372611.pdf, consultado el 10 de diciembre de 2021)

**8°.-** Debe tenerse presente que los datos siguen siendo de titularidad de la persona y no pasan a ser "propiedad" del recopilador y/o tratante, que no podrá, gozar ni disponer entonces de ellos a su arbitrio. En efecto, el consentimiento para recopilar y tratar los datos será un acto individual, un acto jurídico de autorización que estará sujeto a un determinado consenso, respecto a qué datos serán objeto del mismo, para qué y por cuanto tiempo, y en el caso de órganos estatales será una potestad específica, entregada por ley, reglada, delimitada y con una finalidad específica. En el "para qué" aparecerá la funcionalidad y objetivo, que ha de ser entendido como una modalidad de dicho acto jurídico, que además será esencial, pues de no pactarse, el uso de los datos podría ser ilimitado, lo que significa hacer desaparecer la protección respecto del tratamiento de los mismos. Además, los datos fueron entregados en el entendido de su uso para un fin específico, que, de ser otro, probablemente no habría sido consentido y que en el caso de los órganos del Estado determina la licitud o ilicitud de la obtención y tratamiento

**9°.-** De esta forma, el consentimiento debe ser libre y específico, y la finalidad del uso de los datos es un elemento de esencia del acuerdo para autorizar obtención y tratamiento, lo cual incluye el derecho al conocimiento pleno de las consecuencias de la recopilación y tratamiento de los datos. Además, de esta forma la autorización debe ser probada por el recopilador y/o tratador en caso de conflicto, pues él la invocará para legitimar su actividad. A su vez, en el caso de órganos estatales, el examen del fin, medios, casos y formas de la obtención y tratamiento cumplirá la misma función.

**10°.-** Dentro del contenido esencial del derecho a la protección de datos personales podemos señalar que se encuentran:

» Ser informado oportuna y expresamente acerca de la actividad de recopilación de datos, lo que significa enterarse directamente antes de realizar una determinada conducta que ello implicaría recopilación de datos (por ejemplo, la descarga de un software o app, el solicitar una hora de atención en un centro médico, el realizar una compra en una tienda web, etc.). Además del derecho de saber, es esencial que ese conocimiento sea oportuno, pues su finalidad es que la persona puede determinar por sí y solo con su voluntad si consiente o no en entregar sus datos, por lo cual si el conocimiento es tardío es en realidad una forma de burlar su exigencia, ya que los datos fueron obtenidos ex ante y se informa después

» Saber acerca la existencia de fichas, motores de tratamiento, perfilamiento o medios o actividad de indexación y de todo otro medio de tratamiento de esos datos personales. En efecto, al entregar los datos ello siempre es para una finalidad, y si el recopilador declara que nos usará, entonces tampoco será incausado el hecho de recopilar, pues su finalidad será solo el almacenamiento, lo que implica entregar datos sin saber para qué, ya que una vez almacenados el recopilador se reservará a futuro el poder decidir en qué los usará, lo cual es en sí misma la peor situación de desprotección imaginable frente al uso de los datos, que es desconocido y por ende incontrolable. En este sentido es que emerge la necesidad de que expresión especifica de la finalidad del tratamiento de los datos sea requisito de esencia en el consentimiento para su entrega;

» El derecho de acceder a esas fichas, motores de tratamiento, perfilamiento o medios o actividad de indexación y de todo otro medio de tratamiento de esos datos personales.

Como los datos siguen siendo de titularidad de la persona que los entregó y no propiedad del recopilador, el contenido de ficheros, motores, perfiles y otros medios de tratamiento ha de ser accesible, pues dueño de ellos es propietario del continente (servidor, planilla Excel, base acces u otros), más no de su contenido (los datos personales de otros que procesó). Este derecho cumple la función de permitir que el titular de los datos compruebe cuál es la información personal suya que se encuentra indexada o procesada por otros, a efectos de verificar su veracidad o si es o no más de lo que permitió recopilar, a la vez de servir como elemento de juicio para determinar si sigue consintiendo en la obtención de datos o si, por otra parte, exige su eliminación de la base respectiva, sin perjuicio de lo que a continuación se señalará.

» El derecho subjetivo de rectificación de datos inexactos en dichas bases o medios de procesamiento, pues si el recopilador y tratador es un gestor de información ajena, la disposición de la información no le es propia, sino del titular de los datos. Así, si los datos en su conjunto terminan conformando un "perfil" o "identidad" o "imagen" o una expresión e diferentes elementos de identidad, son una expresión de los caracteres de las personas, proyectados y determinados por terceros (los tratadores de datos), pero en una esfera que es de disposición de la persona y no del tratador de datos. Así, de haber información inexacta o derechamente falsa, el titular de los datos no tiene por qué soportar tal carga ni menos las consecuencias derivadas.

» Por otro lado, la dimensión de libertad y de disposición de la autodeterminación informativa derivan en que el titular de los datos conserva siempre el derecho de reclamar el borrado y eliminación de toda base o medio de tratamiento de todos aquellos datos que no deban ser tratados, que desista de haber entregado o también de aquellos que hayan sobrevenidamente devenido en inexactos o inoportunos con respecto a los motivos, opciones o voluntad que motivaron su entrega. Este derecho es de ejercicio incausado, pues el consentimiento fue un acto libre, motivo por el cual podrá ser retirado en cualquier momento, sin expresión de causa, lo que llama a cuestionar cláusulas abiertas o de duración indefinidas para la obtención de datos.

» El derecho de reclamación ante el tratador de datos, junto con el establecimiento de garantías del mismo para que no sea denegado y para que sea eficaz en función de lo contemplado en los numerales anteriores.

» El derecho a no ser discriminado y a no sufrir perjuicios por la entrega y tratamiento de datos propios, cuestión que llama a reflexionar y examinar ello a la luz del uso de "perfiles" de tratamiento de datos para la toma de decisiones.

» Nada de lo señalado anteriormente podrá ser eficaz ni menos útil si no se le dota de garantías jurisdiccionales, siendo aconsejable además alguna de procedimiento administrativo breve y eficaz.

**11°.-** Adicionalmente a lo ya señalado sobre órganos estatales recopilando y tratando mediante la autorización por ley, parte de la problemática es que la autoridad pública requiere de datos específicos para justificar decisiones de política pública, que si no están certeramente justificadas pueden significar despilfarro de ingentes recursos públicos y/o falta de servicio. de igual forma, en el mundo que vivimos hoy. En estos casos, la recopilación y tratamiento de datos pasa a ser una atribución o potestad de entes estatales en el estricto sentido del derecho Público, o bien pasa a ser ejecutada por privados autorizados tasada, calificada y limitadamente por el Estado, por lo cual, como toda atribución del poder público en un Estado de Derecho, estará afecta a reserva de ley, que tiene entonces dos caras: la de derechos fundamentales y la de potestades públicas. En este orden, esta autorización es una limitación de derechos fundamentales, por lo cual ha de ser establecida por ley, en función de la reserva general legislativa de regulación de derechos

fundamentales emanada de los artículos 19, N° 26°, 63, N° 20, y 64 de la Constitución Política, además de la reserva especial establecida por la Ley N° 21.096 de reforma constitucional.

**12°.-** Así, la reserva de ley emerge de manera lógica y necesaria, como una obvia derivación, pues si la autodeterminación informativa y los datos personales son un derecho subjetivo, fundamental y conceptuado en clave de libertad y de titularidad de datos propios, no debe olvidarse que desde una óptica ideológicamente liberal, la función de la reserva de ley se refiere a la garantía legislativa de los derechos de los gobernados, a partir de los conceptos de libertad y propiedad, para posteriormente extenderse al conjunto de derechos fundamentales que hoy conocemos. Además, dicha limitación ha de ser per se específica y determinada, pues si es abierta la protección desaparece y el contenido esencial del derecho no es reconocible, debiendo tenerse que estas reservas de ley están afectas al límite de la garantía constitucional del contenido esencial de los derechos.

**13°.-** Por si ello no bastare, la reforma de la Ley N° 21.096 agregó una reserva de ley específica sobre tratamiento de datos personales, señalando que el vector regulatorio es proteger los datos y que su tratamiento ha de estar sujeto a condiciones y formalidades, que deberán ser establecidos por el mismo legislador. Las dos reservas de ley señaladas, la general y la específica, conllevan que pueda resultar llegar a ser inconstitucional por forma la regulación del tratamiento y obtención de datos personales que se contenga en normas de rango infralegal y que además pueda ser inconstitucional por fondo toda otra norma que no siga los vectores de protección, formalidad y condicionamiento en el tratamiento de la información ya obtenida.

**14°.-** Así, es el legislador quién debe establecer clara y específicamente:

- Qué entidad específica será la autorizada para la recopilación de los datos
- Qué entidad será la encargada de procesarlos
- Cuál será la finalidad específica del tratamiento de los mismos, determinando idealmente además prohibiciones explícitas a modo de refuerzo y para fines de comprensión
- Cuáles son los resguardos o garantías de los titulares de datos frente al tratamiento, para que no sean perfilados, discriminados ni socialmente castigados por los caracteres, preferencias u opciones que saltan a la vista al ser identificados como titulares de datos específicos.

**15°.-** Además, en general las leyes que se refieran a autorización de recopilación y tratamiento de datos estarán sujetas al análisis particular de toda limitación a derechos. Así, no bastará solamente que se encuentre y se invoque la autorización por ley para obtener y tratar datos, sino que ello debe ser debida y específicamente delimitado en cuanto a qué se puede obtener, cómo y para qué se tratara, determinando además garantías de acceso por el titular de los datos y garantías jurisdiccionales de los mismos. De igual forma, la capacidad regulatoria del legislador en esta materia no es amplia en cuanto a la finalidad de la ley que se dicte, pues lo que se regulará es el "tratamiento" y la "protección", que viene a constituir un vector normativo y estándar de regulación, siendo sospechosa de inconstitucionalidad la norma que determine protección insuficiente o la que permita tratar datos sin motivo no finalidad específica, pues el motivo delimitará el campo, modo y finalidad del trato.

**16°.-** Adicionalmente, la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, que a sus 22 años de vigencia, más allá de su presuntuoso nombre y aspiración de universalidad regulatoria, no es tanto más que una ley sectorial referida al desarrollo del negocio de bases de datos comerciales públicas -con algunas definiciones generales- que lo que hace es delimitar las condiciones y

modalidades para divulgar datos comerciales de las personas y venderlos, lo cual por cierto es muy diferente al vector normativo de "protección" de los datos personales que se establece en la Constitución. En dicha ley se define lo que es almacenamiento, base, banco, tratamiento, titular, bloqueo y transmisión de datos, clasificándolos con diversos adjetivos, en función de si son o no personales, sensibles, vigentes, caducos, comerciales, regulando la autorización de recopilación y tratamiento.

**17°.-** Además, la aludida ley establece que en materia de transparencia activa (información a disposición del público en webs institucionales estatales) *"No se incluirán en estos antecedentes los datos sensibles, esto es, los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual"* (art .7 letra i), lo cual parece un mecanismo de garantía, pero que como tal resulta insuficiente.

**18°.-** A su vez, como ya se señalara, la ley 20.285 proclama nominalmente la protección de datos, pero en un contradictorio rol con el principio de la máxima divulgación de información, buscando un quimérico equilibrio mediante la oposición al acceso a información, que resulta comprendida como una garantía parcial e incompleta. En efecto, en América Latina, la evolución legislativa e institucional de los últimos 20 años conlleva el consagramiento y desarrollo del principio de transparencia y acceso a información en poder de órganos del Estado y, en esta perspectiva, la "casa de vidrio" y el acceso a información significan -para bien- el término de espacios de oscurantismo y opacidad, en los cuales cualquier acto de corrupción o desviación de poder podían ocurrir, sin que fuera siquiera conocida ni menos fiscalizada su ocurrencia.

**19°.-** Así, acceso a información y transparencia significarán garantía de probidad y ausencia de corrupción en el inconsciente colectivo latinoamericano, deviniendo en una verdadera fórmula matemática que pocos se atreven a escribir o confesar: a mayor "avance" en transparencia, mayor garantía de probidad y mayor ausencia de corrupción, y, a contrario sensu, la existencia de espacios de reserva o secreto es vista como mayor posibilidad de corrupción o improbidad. Así, se recogerán principios como el de "máxima divulgación" (presente en la Ley N° 20.285 en nuestro sistema) o proclamas legislativas tales como que toda información en poder de órganos del Estado es pública, cualquiera sea su fuente (lo cual también se recoge en Ley N° 20.285), estableciendo como una muy tasada y específica excepción la afectación de derechos de terceros, lo que traerá como consecuencia que así la publicidad de todo lo que esté en poder del Estado sea público en una regla generalísima, y ello vestida de los más nobles y éticos ropajes de la probidad y, por otro lado, la reserva de información sea vista con un hálito sospechoso de oscurantismo corruptivo, sin reparar que muchas veces el motivo de su invocación es el derecho de protección de datos personales que están en poder de algún órgano del Estado por algún motivo específico y por alguna finalidad también específica, que no debieran ser usados para otros fines ni tampoco entregados, pero que posteriormente se ven desvelados y privados de tal protección en nombre de la garantía de probidad, que -a veces sin decirlo ni asumirlo- levanta esa protección de datos mediante una solicitud de acceso a información que, al ser incausada, puede dar pie para bypassear o eludir la necesaria justificación de la desprotección de los datos de particulares frente a terceros que no tienen que dar expresión de causa, accediendo así a información que puede ser relevante para negocios, concursos laborales, evaluaciones crediticias, actos de discriminación por opciones ideológicas o religiosas, etc. En el caso sub lite lo pedido es ni más ni menos que un listado de identidades web, lo cual en la red vendría a ser lo mismo que pedir un listado de nombres en el Servicio de Registro Civil.

**20°.-** Cabe preguntarse entonces si es o no conceptualmente compatible el principio de máxima divulgación respecto de información en poder de órganos del Estado (pero proveniente de particulares) con el derecho de protección de datos personales, cuestión frente a la cual la vía que se establece hoy en Chile para resolver conflictos es la oposición a la solicitud de acceso a información, las cuales son usualmente desestimadas por el Consejo para la Transparencia. Al ser el derecho de acceso a información pública de carácter incausado, el oponerse a la solicitud que contenga datos personales se vuelve materialmente más complejo, pues no hay motivo o interés que se pueda controvertir al solicitante, impidiendo factualmente un contradictorio completo, y entonces parte relevante de la oposición deberá forzosamente reconducirse hacia el uso que se hará de la información tendrá a posteriori, lo cual es impredecible y además imposible de probar.

**21°.-** En un acto de contrariedad legislativa, como ya se señalara, la Ley N° 20.285, sobre acceso a información pública, referida a toda información en poder de órganos del Estado, tras establecer el principio de máxima divulgación, entregando potestades al efecto al Consejo para la Transparencia, entrega, muy bidireccional y dialécticamente, el "Velar por el adecuado cumplimiento de la ley Nº 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado" (art. 33, letra m), lo cual es en sí mismo una contradicción con su rol de divulgación de información.

**22°.-** En los hechos, el acceso a información en poder de órganos del Estado ha operado en algunos casos como una verdadera limitación al derecho fundamental de protección de datos personales, y los conflictos entre ambos son resueltos por dicho órgano administrativo como el Consejo Para la Transparencia, a propósito del derecho de terceros a oponerse a la entrega de la información, garantía que resulta incompleta, pues la Ley N° 20.285 da prioridad al acceso y a la máxima divulgación de la "información", que pueden ser derechamente datos o bases de datos especialmente confeccionadas, lo cual es evidente cuando las peticiones de información dan el paso adicional de requerir formato excel, en muchos casos con columnas depuradas y conectadas, además de otras cuestiones asociadas a cada una, en un verdadero tratamiento de datos a la carta. Es cierto que frente a lo resuelto acerca de la oposición por el Consejo para la Transparencia se puede recurrir de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones, pero siendo un reclamo de legalidad estricta, debe encontrarse ley expresa que ampare el interés invocado por el opositor, lo cual es a lo menos difícil en el deficitario panorama chileno de protección de datos personales.

**23°.-** Que, por todo lo anterior, este sentenciador considera que en el caso concreto la aplicación de la preceptiva cuestionada vulnera las normas constitucionales sobre protección de datos personales contenidas en el artículo 19, numeral 4°.

# 11. Libertad de expresión.

**SENTENCIA ROL 13.055-2022.** *Publicada el 7 de marzo de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 323, N° 2, del Código Orgánico de Tribunales. Fernán Rioseco Pinochet. En el proceso Rol N° 1-2022, instruido por Mario Enrique Fuentes Melo, Fiscal Judicial instructor de la Tercera Fiscalía Judicial, en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso bajo el Rol N° 644-2021 (Pleno).

**VOTO MAYORÍA**

[…]

**I. ANTECEDENTES RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO SOMETIDO ANTE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.**

**PRIMERO**.- José Roberto Herrera Toro, abogado, en representación de don Fernán Rioseco Pinochet, Juez Titular del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 323 Nº 2 del Código Orgánico de Tribunales, pues su aplicación devendría en la infracción de la igualdad ante la ley; la garantía de un justo y racional procedimiento; el derecho a la protección de la vida privada; la libertad de expresión, de información, de emitir opinión y de prensa, así como la libertad de trabajo y su protección.

**SEGUNDO**.- Que, como consta a foja 41, la Tercera Fiscalía Judicial de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso certificó que, con fecha 11 de enero del 2022, se inició investigación sumaria autos Rol 1-2022, ante la Tercera Fiscalía Judicial, a cargo de Fiscal Mario Fuentes Melo, en cumplimiento a la resolución del órgano resolutor, Pleno de esta Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso en los antecedentes Rol Nº 644-2021, de 03 de marzo de 2022, que ordenó investigar la responsabilidad disciplinaria en que habría incurrido el magistrado Señor Fernán Rioseco Pinochet.

Asimismo, se certificó que se formularon cargos en contra del investigado con fecha 24 de febrero del 2022, los que fueron contestados con fecha 03 de marzo, solicitando en lo principal la nulidad de todo lo obrado y en subsidio la suspensión del procedimiento, presentación resuelta por el Fiscal Instructor con fecha 04 del mismo mes, suspendiendo el procedimiento, ordenando remitir los autos al Pleno de la Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, para su conocimiento y posterior resolución, lo que se cumplió con igual fecha.

**TERCERO**.- En relación con los hechos, la requirente expone que no solo es un funcionario judicial, sino que también es un académico e intelectual de larga trayectoria. En tal orden, destaca que dicha precisión es relevante, toda vez que la columna de opinión titulada "50 sombras de Gabriel", publicada por decisión editorial del Mercurio de Valparaíso en su edición del jueves 16 de diciembre del 2021, página 24, habría sido realizada en su calidad de académico y/o intelectual, más no en su condición de funcionario judicial, encontrándose plenamente protegido por la libertad de expresión, de emitir opinión, de conciencia, de trabajo y hasta por la libertad de prensa.

Agrega, que desde septiembre del 2020 el requirente ha publicado semanalmente y ad honorem en el diario el mercurio de Valparaíso columnas de opinión, reflexionando sobre diversos temas,

tanto de la academia como de contingencia, especialmente vinculados a hechos y procesos políticos, sociales y culturales, sobre diversas materias y enfoques.

En igual sentido, expresa que su elección como columnista no obedeció a su calidad de Juez Titular o relator interino de la Excma. Corte Suprema, sino su calidad como académico e intelectual. Asimismo, destaca a fs. 08, que una columna puede ser o no publicada , pues depende del director del Mercurio la aceptación de la publicación, así como el día en el cual se publica, además, señala que su colaboración es ad honorem.

**CUARTO**.- El actor sostiene que, en el caso de marras, la aplicación del precepto legal resulta decisivo en la resolución de la investigación disciplinaria pendiente ante la Ilma. Corte de Apelaciones, ya que es esta disposición legal la que se invoca por el Fiscal instructor -a instancias del órgano resolutor- en la formulación de cargos y la que será considerada por el Tribunal pleno al decidir, en una interpretación que, a su juicio, será apartada del sentido y alcance de la prohibición contenida en el artículo impugnado.

Señala lo anterior, a fs. 36 y 37, sin desconocer que la finalidad de la norma es impedir que los jueces participen en las elecciones realizando acciones propias de la praxis política, pero que en ningún caso puede conducir a entender que la publicación de una columna de opinión infrinja dicho precepto legal.

**QUINTO**.- Es relación con los vicios de constitucionalidad aducidos por el requirente, en primer término, precisó que investigación disciplinaria que constituye la gestión pendiente se inició a raíz de un acuerdo del tribunal pleno de la Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 03 de enero del 2022, en la cual previo informe se produjo un empate 5x5 entre los Ministros que concurrieron ese día al acuerdo y a la decisión.

Argumenta, a este respecto, que una de las posiciones estuvo por iniciar un procedimiento disciplinario, en tanto que la otra fue del parecer de archivar los antecedentes. Así, se decidió, en segunda votación con el voto del Presidente de la Ilma. Corte de Apelaciones, ordenar el inicio de la investigación.

A reglón seguido, la requirente explica que, sin perjuicio de lo anterior, no existe norma ni reglamento que disponga que, en caso de empate entre los Ministros de una misma Corte de Apelaciones, decidirá en forma dirimente el voto de su presidente, a diferencia de reglas expresas en el caso de otros órganos jurisdiccionales, como sería este Excmo. Tribunal Constitucional. Más aún, sostiene que el artículo 72 del Código Orgánico de Tribunales, señala que los acuerdos se adoptarán por la mayoría absoluta de votos conformes. Concluye, que las practicas judiciales no son fuente formal del derecho chileno, y aunque lo fueran, no autorizan para vulnerar la ley y, peor aún, lo prescrito en los artículos 6 y 7 de la Constitución, al que están sometidos todos los órganos y autoridad que ejerza potestades públicas, incluyendo al Pleno de la Ilma. Corte de Apelaciones.

**SEXTO**.- Por otra parte, sostiene que en la carpeta investigativa no consta quién reviste la condición de denunciante, reclamante o quejoso respecto de su defendido – señala que ello no es baladí, conforme a lo establecido mediante el artículo 13 inciso 1º del Acta Nº 108-2020, a propósito de las formas de inicio de una investigación-, a fin de que la persona denunciada, reclamada o investigada pueda ejercer sus derechos conforme a las reglas del debido proceso (lo anterior, es relevante a su juicio, toda vez que si se trata de uno o más ministros del órgano resolutor, dicha situación debe ser conocida por el requirente, a fin de solicitar su inhabilidad conforme a derecho, lo que no puede hacerse en los hechos, dado que la información no existe).

**SÉPTIMO**.- Como tercera infracción, el actor sostiene que consta en la investigación disciplinaria que con fecha 07 y 14 de febrero del 2022, el pleno de la Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, por mayoría (con un voto en contra de un Ministro que estuvo por archivar los antecedentes) decidió rechazar el sobreseimiento definitivo propuesto por el fiscal de la causa, ordenándole al mismo funcionario que formulase cargos en contra del magistrado señor Rioseco.

Así, sin perjuicio que en dichos acuerdos de pleno la posición de mayoría anticipó pronunciamiento respecto del fondo del asunto (afectándole a los ministros la causal de implicancia prevista en el artículo 195 Nº 8 del Código Orgánico de Tribunales), cuestión que acarrea la nulidad de todo lo obrado, por la infracción del deber judicial de abstención.

**OCTAVO**.- Finalmente, el requirente estima que, si bien rechazar el sobreseimiento definitivo propuesto por el fiscal judicial es una facultad del Tribunal Pleno, conforme con el acta 108-2020 de la Excma. Corte Suprema, al le parece evidente que la sustanciación del proceso y la formulación de cargos debió ser realizada por otro fiscal judicial y no por el mismo que se había formado convicción de que los hechos no constituyen infracción al artículo 323 Nº 2 del COT, ni a ninguna otra disposición constitucional, legal o reglamentaria. Pues, según aduce, de lo contrario el Fiscal se convierte en un "mero buzón" de las opiniones y decisiones de un órgano resolutor, cuestión que a su entender vulneraría su derecho a ser juzgado por un órgano jurisdiccional independiente e imparcial. Añade, que no hay independencia en el fiscal investigador, y en cuanto a la imparcialidad, es obligatorio formular cargos sin que exista algún antecedente nuevo, sólo debido al parecer en sentido contrario de la mayoría del tribunal pleno de la Corte de Apelaciones.

## II. ASUNTOS SOBRE LOS CUALES ESTE TRIBUNAL NO EMITIRÁ PRONUNCIAMIENTO.

**NOVENO**.- Que, en lo referido a las vulneraciones de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, planteadas en relación al artículo 72 del Código Orgánico de Tribunales, cabe tener presente que las que se alegan se refieren a la existencia de una votación en empate en el Pleno de la Corte de Valparaíso, la cual fue dirimida con la invocación de lo que se denominó como voto de calidad, alegándose que en tales normas no se contempla voto de calidad alguno, por lo que el que se invoca para dirimir empates no sería parte de tales reglas y por ende su uso anularía el acuerdo respectivo.

**DÉCIMO**.- Cabe señalar que la adopción de los acuerdos en los tribunales colegiados no se encuentra normada por la Constitución política, sino que está específica y detalladamente regida en el derecho chileno por las normas de los artículos 72 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales. Es en tal orden que esas reglas imperativas son parte de lo que el artículo 7 de la Constitución Política en su inciso primero denomina como las formas que establezca la ley. Ello no puede ser interpretado ni comprendido aisladamente, pues el cumplimiento de esas formas en el marco de la ley que las establezca es en sí mismo el contraste entre la ley y el acto del Pleno de la Corte respectiva, es decir, es una cuestión propia de la órbita de la legalidad, y en específico de la legalidad procedimental a que se refiere el inciso sexto del artículo 19, numeral 3°, de la Constitución al señalar que toda sentencia emanada de un órgano que ejerza jurisdicción ha de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. En tal orden, no estando está Tribunal dotado de potestades de amparo en contra de resoluciones judiciales ni menos de las de amparo extraordinario, el control directo de validez y juridicidad de la motivación y de lo resolutivo de las actuaciones de los tribunales en el marco de procesos, sea jurisdiccionales o disciplinarios, se encuentra entregado en nuestro sistema al poder judicial, sea mediante el sistema recursivo ordinario configurado por el legislador, o bien por la vía del control de validez de actuaciones

y el sistema de nulidades procesales regido por los artículos 83 y ss. del Código Orgánico de Tribunales. En tal sentido, *"la acción de inaplicabilidad es un medio inidóneo para impugnar resoluciones de órganos jurisdiccionales, ya que la salvaguarda del imperio de la ley en el conocimiento, resolución y ejecución de lo juzgado en causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, a través de los medios procesales que el legislador establezca mediante los Códigos de Enjuiciamiento" (Ver, en este sentido, Roles Nºs 794, 2349 y 2815)".*

**UNDÉCIMO**.- A mayor abundamiento, esta Magistratura se ha pronunciado en el sentido que: *"la inaplicabilidad no es vía idónea para declarar que un Tribunal ha actuado ilegalmente, aunque se alegue que, con ese actuar ilegal, se haya excedido la competencia y con ello afectado la Carta Fundamental; pues la acción constitucional referida sólo está llamada a pronunciarse en caso que la afectación de la Constitución Política se produzca en razón de la aplicación de lo dispuesto en un precepto legal"* (Ver en este sentido, entre muchas otras, Roles Nºs. 1008, 1018, 1049 y 2815).

**DUODÉCIMO**.- En tal sentido, la alegación de vulneración a los artículos 6 y 7 de la Constitución es de tipo consecuencial, y no se explica por sí sola, pues se dan por infringidos dichos artículos al señalarse que se vulneran por haberse infringido la ley, en específico, las normas de acuerdos del Código Orgánico de Tribunales. Así, lo denunciado en realidad es una cuestión de legalidad, y por corrección funcional y por principio de competencia, este Tribunal ha de reiterar que por la vía del mismo artículo 7° no tiene más competencias que las de resolución de los conflictos constitucionales que señala el artículo 93 de la Constitución, y que las cuestiones no contempladas en él, sobre todo las de legalidad, se encuentran cubiertas por la regla del inciso primero del artículo 76 de la misma Constitución, que entrega al Poder Judicial el conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en causas civiles y criminales, además de la regla del artículo 82, que le entrega las atribuciones conexas a la jurisdicción, incluyendo en ellas las disciplinarias, todo ello en el marco del procedimiento racional y justo contemplado en el inciso sexto de su artículo 19. Así, la cuestión alegada en torno al debido proceso constitucional es en realidad una cuestión de legalidad y validez de un acuerdo específico de una Corte, materia que no es de aquellas ventilables en esta sede.

**DECIMOTERCERO**.- En concreto, constatándose en la gestión pendiente una incidencia de nulidad procesal que se funda en el cuestionamiento de la legalidad del invocado voto dirimente, es en el marco de esa incidencia que dicha materia ha de ser discutida ante el tribunal de la gestión y posteriormente ante la Corte Suprema, por la vía recursiva que corresponda, no siendo parte de las atribuciones de este Tribunal determinar si el voto dirimente se ajusta o no a la legislación de los acuerdos, recordando que este Tribunal se encuentra regido por las mismas reglas de acuerdos y que la ley orgánica de esta Magistratura sí contempla, regula y delimita expresamente la figura del voto dirimente en caso de empate, en el artículo 8° de su ley orgánica constitucional.

**DECIMOCUARTO**.- Por otra parte, se alega que tras rechazarse la propuesta del Fiscal en orden a absolver al requirente, el mismo se vería obligado a formular cargos y se convierte así en un "mero buzón" de las opiniones y decisiones de un órgano resolutor, cuestión que a su entender vulneraría su derecho a ser juzgado por un órgano jurisdiccional independiente e imparcial, por lo que no habría independencia en el fiscal investigador, y en cuanto a la imparcialidad, pues sería obligatorio formular cargos sin algún antecedente nuevo, sólo debido al parecer en sentido contrario de la mayoría del tribunal pleno de la Corte de Apelaciones. En tal sentido, tales alegaciones se refieren al procedimiento disciplinario, y no al precepto cuestionado, que es el que contiene la regla de conducta sustantiva cuestionada, reconociendo el propio requirente que tales cuestiones procedimentales derivarían de la normativa contenida en un Auto Acordado sobre procedimiento disciplinario, contenido en la denominada "acta 108-2020 acta 108-2020"

del Pleno de la Corte Suprema. En tal sentido, el procedimiento contemplado en dicho Auto Acordado no es parte del objeto de control en el presente proceso, y no podría serlo, pues la acción de control de constitucionalidad de autos acordados del numeral 2° del artículo 93, no impetrada a este respecto, es distinta a la de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se ha intentado en estos autos.

**DECIMOQUINTO**.- A su vez, la presente sentencia no se pronunciará sobre el estatuto legal ni reglamentario de la responsabilidad disciplinaria de los jueces en Chile, pues ello no es parte de lo planteado en la acción de inaplicabilidad formulada, estando vedado entonces a este Tribunal enjuiciar ello al no haber sido sometido a su conocimiento. Al mismo tiempo, no se ha requerido un pronunciamiento sobre la totalidad de las normas, reglas y prohibiciones del artículo 323 del Código Orgánico de Tribunales, sino solo sobre lo contemplado en su numeral 2°, por lo que esta sentencia no es un examen global ni sistémico sobre la totalidad del aludido artículo 323.

**DECIMOSEXTO**.- Finalmente, la determinación de la relevancia, lesividad y gravedad o falta de todo ello en la conducta reprochada, no es algo que tenga que ser graduado ni declarado por este tribunal a efectos de determinar si corresponde o no aplicar sanciones, pues ello corresponde al tribunal del fondo de la gestión disciplinaria en la que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad .

## III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL JUEZ Y SUS LÍMITES ESPECIALES.

**DECIMOSÉPTIMO**. - Como se ha anticipado, el núcleo esencial del derecho a emitir opinión y la libertad de informar, radica en que *"estas libertades se puedan ejercer sin censura previa, lo que a su vez implica que el ejercicio de tales libertades conlleve una responsabilidad para quienes las ejercen"* (Ver STC Rol 226 c. 9).

De tal modo, el ejercicio del derecho se concreta en declaraciones o meras expresiones independientes de su fundamentación "*alcanzando su protección tanto a las ideas como a la forma de expresarlas, pudiendo incluso ser causal de justificación de imputaciones por afectación a la honra o el honor"* (STC Rol 1.463, c. 16 y 17).

En consecuencia, es posible verificar que, como también ha sido abordado por este Tribunal Constitucional *"la libertad de expresión tiene dos dimensiones: la individual, que se identifica con el derecho a hablar o escribir, así como con el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios; y la social, que se refiere al derecho a tratar de comunicar a otras personas los puntos de vista personales, implicando también el derecho de todos de conocer opiniones, relatos y noticias"* (STC Rol 1849, c. 22).

**DECIMOCTAVO**.- Que, la libertad de expresión en relación con su dimensión asociada a la protección de la esfera personal y la vida privada, es elemental para el desarrollo del sujeto, toda vez que *"permite el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica y el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor y la existencia de una opinión pública informada"* (Ver STC Rol 567 c. 32 y, en el mismo sentido, STC Rol 2541 c. 16). Sin perjuicio de lo anterior, su ejercicio encuentra el límite en el derecho de las demás personas y de la sociedad en general, por cuanto, incluso bajo el pretexto de su ejercicio arrogado en el derecho constitucional referido, ello no obsta a que el legislador bajo determinadas circunstancias pueda restringir su ejercicio, facultad que, para ser ejercida, debe (a) estar prevista con anterioridad en la ley; (b) ser aplicada como consecuencia de un objetivo de "protección" y de "maximización" legítimo, es decir, tendiente a garantizar otro derecho en contradicción con la libertad de expresión, asegurando su mayor realización en la medida que ello no signifique un menoscabo a otro bien jurídico de relevancia y, (c) teniendo

en consideración que, su limitación no debe ser la regla general, debiendo ser estrictamente necesaria para mantener y asegurar el Estado democrático (En similar sentido ver STC Rol 3329, c. 55).

**DECIMONOVENO**.- Es necesario recalcar y reiterar que la libertad de expresión es una de las piedras angulares del conjunto de elementos que configuran lo que podríamos llamar como el cartabón de una sociedad democrática, pues es indispensable para la formación de la opinión pública y la realización de un permanente e informado escrutinio del ejercicio del poder, para poder exigir rendición de cuentas acerca del mismo. A su vez, es la condición necesaria para que las personas y los grupos que conforman la sociedad civil que deseen participar de la vida política puedan proponer e influir sobre la colectividad y por esa vía desarrollarse íntegramente. De tal modo, la libertad de expresión se erige como un requisito mínimo e inexcusable para la existencia de un Estado de Derecho democrático.

En este sentido, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que *"Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier procedimiento de su elección". Sin perjuicio de lo anterior, es la propia Convención la que establece que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pues el artículo 13.2, que prohíbe la censura previa, también reconoce la posibilidad de exigir responsabilidades posteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. De tal forma, estas restricciones serán excepcionales y no deben limitar más allá de lo estrictamente necesario el derecho, pues "sin una efectiva garantía de la libertad de expresión se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios"* (ver en este sentido Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C Nº 302, párr. 165)

**VIGÉSIMO**.- Ahora bien, cabe tener presente que, sin perjuicio que la Convención Interamericana reconoce y garantiza la libertad de expresión a todas las personas, hay sujetos que en su condición de agentes del Estado ejercen poder, por lo que su opinión puede resultar no solamente más relevante para el ejercicio del poder, al informar decisiones públicas, lo cual motiva que a propósito de su libertad de expresión deban estar sometidos a regulaciones especiales, que se establecen en beneficio de la comunidad, cuestión que en el sistema constitucional chileno empalma, en primer término, con el principio de probidad del artículo 8° constitucional, que obliga a hacer prevalecer el interés público por sobre las opciones individuales del agente estatal en el ejercicio de funciones públicas. A su vez, el artículo 19 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos determina que aún dentro de su amplitud, el ejercicio de la libertad de expresión

> *"… entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*
>
> a. *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
>
> b. *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.".*

**VIGÉSIMO PRIMERO**.- Así, cabe señalar que al amparo de tal norma -y también del artículo 8° de la Constitución – hay agentes del Estado, entre los que están aquellos sujetos que cumplan funciones jurisdiccionales (incluidos quienes suscribimos esta sentencia), que como consecuencia de la especial naturaleza del ejercicio de su función, así como el alcance público de su ejercicio, además de la necesaria igualdad de trato que deben a todos los ciudadanos, tienen límites especiales en lo referido a su libertad de expresión, grupo dentro de los cuales se encuentran jueces y juezas, además de otros agentes del Estado ligados funciones públicas especiales, que

por las características de ellas pueden estar sujeta a restricciones especiales en algunos derechos, entre ellos lo referido al ejercicio de la libertad de expresión, por motivos de no interferencia en derechos de terceros a partir del ejercicio de su autoridad y por motivos de orden público que se traducen en un equilibrio de trato necesario al administrar poder sin ningún margen que permita sospechar de discriminación hacia quienes discrepan de sus opciones en torno a la comprensión de tales poderes, entendiendo que la comprensión de la estructura, límites y forma de ejercicio del poder es un tema que tiene componentes políticos e ideológicos que son relevantes.

**VIGÉSIMO SEGUNDO**.- En este sentido, para delimitar tal cuestión, es menester tener presente el estándar fijado por la Corte Interamericana de derechos Humanos, que ha sostenido que *"Los principios básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, reconocen que los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se condujeran en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura. Asimismo, los principios de Bangalore Sobre la Conducta Judicial, establecen que un juez, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión y de creencias, derecho de asociación y de reunión, pero cuando ejerza los citados derechos y libertades, se comportará siempre de forma que preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales y la imparcialidad e independencia de la judicatura. En el mismo sentido el Tribunal Europeo ha señalado que ciertas restricciones a la libertad de expresión de los jueces son necesarias en todos los casos donde la autoridad e imparcialidad de la judicatura pudieran ser cuestionadas"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Urrutia vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020, Párr. 83)

**VIGÉSIMO TERCERO**.- Que, en este sentido, si bien es necesario garantizar la independencia e imparcialidad judicial como un valor en sí mismo (reconocidas en diversos estatutos, nacionales e internacionales) ello no obsta a reconocer que el juez en una república es un ser humano, que como tal goza de derechos fundamentales por el solo hecho de ser persona y que también tiene ciertos derechos específicos ligados a la relación con el Estado que tiene en su calidad de juez y servidor del mismo, lo que significará que cualquier restricción o limitación en el legítimo ejercicio de sus derechos, en una u otra calidad, implicará ponderar la legitimidad de tales medidas.

**VIGÉSIMO CUARTO**.- En tal sentido, deben tenerse presente que el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, del numeral 3° del artículo 19 constitucional, exige igual trato de la judicatura a todos los justiciables sin distinción ni discriminación, y ello debe ser comprendido en el marco de la libertad de conciencia de las personas frente al poder estatal que administran los órganos jurisdiccionales. Es por ello que siendo la función jurisdiccional diferente a las legislativa y ejecutiva, deliberantes por esencia, las normas sobre toma de decisiones y trato al ciudadano obedecen a necesidades diferentes. Es en tal sentido que la experiencia mundial conduce a la elaboración de las normas contenidas en LOS PRINCIPIOS DE BANGALORE SOBRE LA CONDUCTA JUDICIAL, emanadas de la Organización de Naciones Unidas, que si bien no es un tratado internacional constituye de todas formas un instrumento jurídico consensuado y aprobado por representantes de los Estados para fijar estándares de conducta y ética judicial en la comunidad internacional. En tal sentido, LOS PRINCIPIOS DE BANGALORE SOBRE LA CONDUCTA JUDICIAL recuerdan en su preámbulo *"que la importancia que tiene para la protección de los derechos humanos una judicatura competente independiente e imparcial, adquiere mayor énfasis por el hecho de que la aplicación de todos los demás derechos depende en último término de la correcta administración de la justicia", agregando "que una judicatura competente, independiente e imparcial es igualmente esencial si los tribunales han de desempeñar su papel de defensores del constitucionalismo y del principio de legalidad"* y que "que la confianza pública en el sistema judicial y en la autoridad moral y la integridad del poder judicial es de extrema importancia en una sociedad democrática moderna". En tal sentido, no puede

preterirse que *"La confianza pública en la independencia de los tribunales, en la integridad de sus jueces y en la imparcialidad y eficiencia de sus procedimientos es el sustento del sistema judicial de un país"* (Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, Naciones Unidas, Nueva York, 2013, p. 32), cuestión que conecta necesariamente con los deberes de prescindencia frente a cuestiones electorales y político contingentes.

En efecto, en referencia a los mismos Principios de Bangalore, en ellos se dispone que *"Un juez garantizará que su conducta, tanto fuera como dentro de los tribunales, mantiene y aumenta la confianza del público, de la abogacía y de los litigantes en la imparcialidad del juez y de la judicatura", lo cual significa que "Cualquier actividad y asociación de carácter político partidista debe terminar cuando un juez asume las funciones jurisdiccionales. La actividad política partidista o las afirmaciones del juez emitidas fuera de los tribunales con respecto a asuntos relativos a una controversia pública de carácter partidista pueden minar su imparcialidad y generar confusión pública acerca de la naturaleza de la relación entre la judicatura y los poderes ejecutivo y legislativo del Estado. Por definición, las actividades y declaraciones partidistas llevan a un juez a elegir públicamente un bando del debate sobre otro. La apariencia de parcialidad se acentuará si, como es casi inevitable, las actividades del juez generan crítica o rechazo. En pocas palabras, el juez que utiliza la plataforma privilegiada de las funciones jurisdiccionales para entrar en la arena política partidista pone en peligro la confianza pública en la imparcialidad de la judicatura. Existen algunas excepciones. Entre estas se cuentan los comentarios de un juez en una ocasión apropiada en defensa de la institución judicial o sus expresiones para explicar cuestiones jurídicas específicas o determinadas decisiones a la comunidad o a una audiencia especializada, o la defensa de derechos humanos fundamentales y del Estado de derecho. Sin embargo, incluso en esas ocasiones el juez debe preocuparse de evitar, en la medida de lo posible, la participación en polémicas de actualidad que razonablemente puedan verse como políticamente partidistas. El juez presta servicios a todos, independientemente de los puntos de vista políticos o sociales de cada cual. Por ello el juez debe esforzarse por conservar la fe y la confianza de todos, en la medida en que sea razonablemente posible"* (Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, Naciones Unidas, Nueva York, 2013, p. 57), medida de razonabilidad que, como ya se verá, tiene un estándar ya fijado en el sistema interamericano de derechos humanos a propósito del caso López Lone v/s Honduras en lo referido a cuestiones de cambio de gobierno.

**VIGÉSIMO QUINTO**.- En el sentido antes señalado, es que debe entenderse el carácter concreto del proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, pues los elementos de hecho y derecho del caso concreto, con sus peculiaridades y estado procesal, son parte de los elementos de juicio en toda sentencia definitiva de inaplicabilidad. Así, ha de señalarse que la gestión pendiente se refiere a cuestiones de responsabilidad disciplinaria por una carta-columna de un juez del orden penal en un destacado medio de prensa escrita regional de su territorio jurisdiccional, comentando contingencias electorales, manifestando opinión y opción electoral el propio juez y llamando a reflexionar tal decisión a partir de sus propios planteamientos. Lo primero que se debe señalar es que el juez no pierde el derecho a voto, ni menos el derecho de justificar su opción dentro de los espacios de intimidad de su vida social, no debiendo tampoco desconocerse que en el caso concreto hay elementos distintos a ellos, pues se trata de una reflexión pública que llama a tomar una opción en la segunda vuelta de un proceso electoral nacional, que se hace no en el marco de la restringida y personal vida social que todo juez tiene como ciudadano común, sino que en condición de "experto" en ciencias sociales y a través de un medio de prensa de libre circulación, por lo que se asume un rol de formador y guía de opinión pública en materias de opción y análisis de un proceso electoral, llamando a tomar una opción determinada en él, lo que es diferente de manifestar una opinión en su vida social a partir de lo que se recibe desde los medios formadores de opinión pública, reconociendo esta Magistratura que la relevancia o irrelevancia de ello es justamente lo que debe ser ponderado en el marco de la gestión disciplinaria pendiente ante el tribunal del fondo.

**VIGÉSIMO SEXTO**.- Así, un rol es el de ciudadano opinante, y todo ciudadano lo es, al tener opinión y ejercer una opción electoral en la urna el día de votación, tras analizar y formar juicio, el cual por supuesto ha de ser conversado y discutido con amistades, familiares y personas de similar sensibilidad en los espacios e intimidad en los que se desarrolla la vida social, con las limitaciones del cargo propias que pueda tener la de un juez, mas todo ello con el límite de no "tomar parte" en lo que en el proceso electoral sea diferente de la emisión del sufragio, en clara referencia a la dimensión pública y publicitada de la opción y de la participación en campañas. Si la Constitución y la ley aseguraron el derecho a voto del juez, lo que hacen es garantizar su libertad de conciencia y de opinión, permitiendo además expresarla en el ejercicio de autodeterminación comunitario, y así lo que se restringe es solo la expresión entendida como exteriorización pública de ella fuera de urna, por motivos de probidad, independencia, imparcialidad y ausencia de coacción frente al ciudadano. En efecto, los deberes de prescindencia como garantía de igualdad para los ciudadanos y justiciables no emanan solo de la norma cuestionada.

Así, por ejemplo, el artículo 18 de la ley orgánica constitucional de partidos políticos dispone que *"Para afiliarse a un partido político se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio o extranjero avecindado en Chile por más de cinco años. Con todo, no podrán afiliarse a partido político alguno el personal de las Fuerzas Armadas y el de Orden y Seguridad Pública, el del Tribunal Calificador de Elecciones y el del Servicio Electoral. Tampoco podrán hacerlo los jueces, secretarios y ministros de fe de los tribunales de justicia; los ministros, relatores, secretarios y fiscales de los tribunales superiores de justicia; los fiscales del Ministerio Público y los abogados asistentes de fiscales, el Defensor Nacional y los defensores regionales, el Contralor General de la República ni los contralores regionales, los notarios y los conservadores.". A su vez, el artículo 257 del mismo Código Orgánico de Tribunales, al establecer los requisitos para ser juez, expresa también una regla de prescindencia política, que además de garantizar independencia judicial es garantía del principio de separación de poderes, al señalar que no pueden ser jurces "Los que hubieren desempeñado los cargos de Presidente de la República, Ministros de Estado, Delegados Presidenciales Regionales, Delegados Presidenciales Provinciales o Gobernadores Regionales, no podrán ser nombrados miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, jueces letrados, fiscales judiciales, ni relatores, ya sea en propiedad, ya interinamente o como suplentes, sino un año después de haber cesado en el desempeño de sus funciones administrativas.".* Tales reglas no son baladíes, pues es en los poderes ejecutivo y legislativo en los que se expresa la deliberación política del ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos, pues institucionalmente son dichos poderes electos los que están dotados de legitimidad democrática directa para canalizar tal deliberación contingente, motivo por el cual el poder judicial no participa de ella, pues su rol no es ese, sino que es garantizar a todos los habitantes por igual el principio de primacía del derecho y la certeza jurídica mediante la resolución de conflictos jurídicos a través de un debido proceso ante tribunales independientes e imparciales y con efecto de cosa juzgada.

Cabe señalar además que tales reglas también aplican a esta, en la medida que ejercemos actividad jurisdiccional y en la medida que la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional dispone en su artículo 161 que el estatuto del personal se rige por las normas del Código Orgánico de Tribunales en todo lo que tal ley orgánica no regule expresamente, agregando en su artículo 158 que *"Está prohibido a los funcionarios del Tribunal intervenir en toda clase de actividades de índole política, con la sola excepción de la de ejercitar el derecho a sufragio"* .

**VIGÉSIMO SÉPTIMO**.- En tal modo, es preciso señalar que el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial"* en lo referido a la determinación de sus derechos y obligaciones, y ello en el derecho chileno tiene elementos adicionales, pues por la vía de los artículos 20, 38 y 76 de la Constitución, los tribunales chilenos tienen competencias para juzgar la juridicidad de actos de la administración del Estado, a lo que se suman las competencias penales sobre desafuero parlamentario, delitos

de funcionarios públicos, y todas las normas de reclamos contencioso administrativos especiales establecidos por el legislador, cuestiones que determinan que en Chile todos los jueces del Poder Judicial con seguridad y frecuencia juzgarán actos de autoridades electas a lo largo de su carrera profesional, motivo por el cual su imparcialidad y objetividad frente a tales cuestiones requiere de resguardos especiales. Por tanto, será un deber del Estado asegurar que los Jueces y Juezas cumplan el mandato de imparcialidad en tanto ello es parte del derecho humano al debido proceso, para lo cual podrá restringir ciertas conductas que resulten incompatibles con ello, con la finalidad de resguardar dicha imparcialidad e independencia, velando por una conducta que se ajuste a los estándares de probidad reconocibles en el ordenamiento jurídico.

**VIGÉSIMO OCTAVO**.- De este modo, debido a la naturaleza concreta de este control de jurisdicción constitucional, como se desarrollará más adelante, será oportuno fijar si la compatibilidad de restricción establecida en el precepto legal impugnado, en consideración al contenido de las expresiones y el contexto en el cual fueron emitidas, con la Carta Fundamental y las obligaciones internacionales contraídas por el Estado.

**VIGÉSIMO NOVENO**.- En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de las responsabilidades asociadas al ejercicio de la libertad de expresión, ha precisado que deben concurrir los siguientes requisitos copulativos *"(i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (el respeto a los derechos a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública), y (iii) ser necesarias en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad)"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Urrutia vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020, Párr. 85).

**TRIGÉSIMO**.- Se observa así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que las limitaciones a la libertad de expresión pueden estar justificadas en las necesidades propias de la mantención y supervivencia de una sociedad democrática, y en tal sentido si el artículo 4° de la Constitución proclama que Chile es una república democrática y si el artículo 15 de la misma determina que el sufragio será personal, igualitario y secreto, resulta sensato entender que ciertos agentes del Estado han de tener deberes de prescindencia en lo relativo a la participación en ciertas áreas del sistema político, pues la manifestación pública de sus opciones y sus exteriorizaciones -revestidas de autoridad estatal que implica el cargo- puede actuar, aunque no se quiera, como un incentivo, un ejemplo o un camino a seguir por parte del ciudadano. En tal sentido, la independencia judicial y la igualdad de trato por parte de la judicatura a todos los ciudadanos sin importar su opinión política son valores en sí mismos, y objetivos a garantizar a priori en el aparato estatal de un Estado de derecho democrático.

**TRIGÉSIMO PRIMERO**.- En tal orden, lo cuestionado en el presente proceso en el numeral 2° del artículo 323 del Código Orgánico de Tribunales, que solo establece el deber de no inmiscuirse en campañas de procesos electorales más allá de emitir el voto, sin que la presente sentencia signifique un pronunciamiento acerca del numeral 3° del mismo artículo, que prohíbe *"Mezclarse en reuniones, manifestaciones u otros actos de carácter político"* y que tras una modificación por el decreto ley 169 de la Junta Militar, en una época de depuración y persecución ideológica por una dictadura, pasó además desde 1974 a prohibir *"efectuar cualquiera actividad de la misma índole dentro del Poder Judicial"*. Cabe mencionar que tampoco se emite pronunciamiento acerca del numeral 4° del artículo 323 del Código Orgánico de Tribunales, introducido por el mismo decreto ley en 1974, y que en la misma época pasó a prohibir hasta hoy *"Publicar, sin autorización del Presidente de la Corte Suprema, escritos en defensa de su conducta oficial o atacar en cualquier forma, la de otros jueces o magistrados."*. Lo señalado en la presente consideración es plenamente

relevante, pues si no son esas normas el objeto de pronunciamiento de este Tribunal, esta sentencia no agota ni puede agotar las cuestiones de constitucionalidad que surjan de la legislación vigente en lo referido a las limitaciones de la libertad de expresión de jueces.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO.**- Así, en el estricto marco de la cuestión de inaplicabilidad a resolver en el presente proceso, cabe mencionar que el ordenamiento jurídico chileno ha optado por restringir la participación de los jueces y juezas en las actividades de política partidaria y electoral contingente, pero dejando a salvo la emisión de su voto en las elecciones, pero sin olvidar que en una república el juez es en primer lugar un ser humano y un ciudadano, que también es titular de derechos, sin que se le pueda negar la libertad de conciencia y de opinión, por lo que las restricciones son solamente referidas a participación política y expresión en ese mismo orden. En este sentido, la restricción en actividades políticas y/o electorales o partidarias, no debe ser interpretada de manera amplia de forma tal que impida que los jueces participen en cualquier discusión de índole política (En sentido similar, véase, TEDH, Wille Vs. Liechtenstein [GS], No. 28396/95. Sentencia de 28 de octubre de 1999, párr. 67), pues el juez es parte de una comunidad, y ejerce funciones públicas dentro de ella, siendo garante del derecho al ejercicio del poder y siendo al mismo tiempo objeto de escrutinio por ser agente estatal.

**TRIGÉSIMO TERCERO.**- Tales principios admiten efectivamente matices y excepciones, como por ejemplo, lo ha señalado la misma Corte Interamericana al resolver que *"(…) pueden existir situaciones donde un juez, como ciudadano parte de la sociedad, considere que tiene un deber moral de expresarse"* como podría ser el caso de una afectación grave a la democracia (ver en este sentido Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C Nº 302, párr. 173) en el contexto del derecho y deber que tiene un juez o jueza, respecto a la denuncia de cualquier intento de perturbación de su independencia (artículo 6, Código Iberoamericano de Ética Judicial) y como lo fue en el citado caso la conducta de los jueces frente a un quiebre del sistema democrático, pues en tal contexto dichas expresiones serán realizadas por ciudadanos de una democracia constitucional cuando afirman con convicción su lealtad a ella, manifestando sus deberes de jueces para poner coto a vías de hecho que destruyen el sistema democrático, pues se entiende que si el juez es el garante del derecho, frente al quiebre sistémico e irreversible del Estado constitucional existe para él un verdadero deber jurídico de resguardo del Estado de Derecho y no un deber de complacencia hacia dictaduras emergentes, mas debe tenerse presente que tal situación difiere claramente a la vinculada con el precepto que se impugna y al caso concreto que se juzga, pues el contexto y los elementos de hecho difieren en demasía de las circunstancias a que se refiere el Caso López Lone y otros Vs. Honduras, agregando que el legislador ha previsto en el precepto cuestionado solamente un deber de reserva de opciones políticas, pues ha dejado a salvo el derecho a voto en un sistema democrático, lo cual aparece una limitación legítima en atención al bien jurídico que pretende resguardar, el que como ya se mencionara incluye la probidad, la independencia del tribunal frente a los ciudadanos y la no interferencia en las decisiones electorales de los gobernados.

## II. ACERCA DE LA ALEGACIÓN DE VULNERACIÓN DEL ÁMBITO DE LA ESFERA PERSONAL Y VIDA PRIVADA, PROTEGIDA POR EL ARTÍCULO 19 N° 4 DE LA CONSTITUCIÓN.

**TRIGÉSIMO CUARTO.**- Que, como ya se mencionara, la norma cuestionada garantiza el derecho a voto, lo cual implica como premisa necesaria y previa la garantía de la libertad de conciencia para poder analizar y formar convicción acerca de las opciones electorales, que la política -a la cual se refiere la elección- es una actividad que se realiza en sociedad, limitando solamente la libertad de expresión o de exteriorización de la opción electoral del juez. Así, lo

que la norma restringe es la publicidad, no la esfera íntima, y lo que se norma entonces, es justamente resguardar la esfera de la intimidad -como contrapartida de la esfera pública- para que el juez determine las opciones electorales a las cuales tiene derecho según su conciencia, opciones valóricas, cosmovisión, cercanías, formación y aficiones, de tal forma que nada de la vida íntima se ve afectado, pues la norma al asegurar el ejercicio del sufragio está resguardando también esas órbitas de intimidad reflexiva.

**TRIGÉSIMO QUINTO.**- A su vez, tampoco en tal vertiente se afecta la actividad académica ni intelectual del juez por el precepto cuestionado. En efecto, el Código Orgánico de Tribunales no contempla limitaciones para estudios de perfeccionamiento y de postgrado, debiendo tenerse presente que hoy no solo se reconocen sino que se incentivan en la praxis judicial, además de ser insoslayable que la legislación vigente deja a salvo el derecho de todo juez a ejercer docencia hasta por 12 horas semanales en el artículo 261 del Código Orgánico de Tribunales, como contrapartida a la prohibición de toda otra función remunerada con fondos fiscales o municipales. Así, se puede observar a destacadísimos jueces de instancia y ministros de Corte que han desarrollado vida académica de gran trayectoria y excelencia en nuestro medio, sin que jamás hayan tenido problema ni conflicto alguno con normas de rango legal en materia de libertad de expresión por causa de las regulaciones especiales de la función judicial. Es más, en el caso concreto no se ha puesto en duda la nutrida y destacada vida académica del juez en cuestión.

**TRIGÉSIMO SEXTO.**- Que, de tal forma, no existe en el caso concreto afectación de la vida íntima del requirente.

## III. CONCLUSIONES

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO.**- Que, se observa entonces que la norma cuestionada es una garantía de igualdad de trato e imparcialidad de la judicatura para los gobernados, frente a la contingencia política, garantizando a la vez el derecho a sufragio y los espacios de análisis y reflexión para que el juez lo ejerza

**TRIGÉSIMO OCTAVO.**- Que, a su vez, la libertad de expresión de los jueces es un valor en sí mismo, y es necesario que el juez la tenga suficientemente reconocida, sin perjuicio de que el ejercicio público de tal derecho puede estar sujeto a límites especiales por las exigencias de una sociedad democrática, dentro de las cuales la independencia, imparcialidad, igualdad de trato y probidad en el ejercicio de funciones públicas forman parte indudablemente.

**TRIGÉSIMO NOVENO.**- Que así, en el caso concreto, la aplicación de la norma no se ve como inconstitucional en sus efectos, existiendo estándares internacionales que en este preciso caso no se vislumbran vulnerados por aplicación de la norma impugnada, debiendo la Corte de Apelaciones de Valparaíso ponderar si los hechos del caso tienen o no la relevancia necesaria como para ser subsumidos en la norma, en función de las circunstancias del caso concreto y de las garantías de independencia, imparcialidad, prescindencia y probidad.

**CUADRAGÉSIMO.**- Que, por lo expuesto, el requerimiento debe ser rechazado.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

**SENTENCIA ROL 9529-2020.** *Publicada el 19 de noviembre de 2020.*

Requerimiento de inconstitucionalidad del artículo único del Proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación a la violencia, contenido en el boletín N° 11.424-17

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

Los Ministros señores **GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, NELSON POZO SILVA,** Ministra señora **MARÍA PÍA SILVA GALLINATO** y Ministro señor **RODRIGO PICA FLORES,** estuvieron por rechazar el requerimiento en lo relativo al vicio de desvincularse el precepto impugnado respecto de las ideas matrices del proyecto de ley identificado con el Boletín N° 11.424-17, según las siguientes consideraciones:

## A. PREVENCIÓN INICIAL

**1°.-** Los criterios que presidirán este voto disidente se vincularán estrictamente a las dimensiones formales del capítulo relativo al vicio de vulneración del artículo 69 de la Constitución en relación a las ideas matrices del proyecto de ley identificado previamente. En consecuencia, de sus afirmaciones necesarias para fundar la inexistencia de este vicio, no es posible deducir argumentaciones que se aproximen a un rechazo o acogimiento de otras dimensiones del requerimiento planteado.

## B. LA IMPUGNACIÓN

**2°.-** El requerimiento de los parlamentarios sostiene que "en este contexto, si revisamos el Mensaje que tipifica el delito de incitación a la violencia, Boletín N°11.424-17 aquí estudiado, nos daremos cuenta que el fundamento y las ideas matrices del proyecto consisten en sancionar penalmente aquellos discursos que, conforme a la terminología del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, consistan en una apología del odio que constituya una incitación de tal magnitud capaz de desencadenar en actos de violencia o cualquier otra acción ilegal similar, que afecte a un grupo de personas o a un miembro de ese grupo, en base a lo dispuesto tanto en los pactos internacionales de derechos humanos, como en nuestro ordenamiento jurídico interno." (fs. 30 del requerimiento).

Con posterioridad, en un examen integral del planteamiento se indican tanto las normas constitucionales como legales, así como la jurisprudencia y doctrina que identifican en qué consiste el respeto a las ideas matrices de un proyecto de ley. Estamos de acuerdo con esas referencias.

Se encuentran afirmaciones en el requerimiento que acreditan como dadas que la parte impugnada del proyecto de ley debieron haber sido declaradas inadmisibles. A saber, "en efecto, la diputada Carmen Hertz Cádiz presentó indicaciones relacionadas con el delito de negacionismo, que excedían las ideas fundamentales del proyecto y que debieron ser declaradas inadmisibles. Sin embargo, lejos de declararse inadmisible dichas indicaciones, estas fueron votadas y aprobadas por la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, teniéndose dichas indicaciones como constitutivas de la actual redacción del proyecto, vulnerándose y desconociéndose el texto constitucional y la practica legislativa." (fs. 38 del requerimiento). Lo mismo se advierte a fs. 31 y 35, entre otras.

En síntesis, "el proyecto de ley fue objeto de múltiples indicaciones que vulneraron la obligación constitucional de respeto por las ideas matrices o fundamentales del proyecto, toda vez que se refieren al delito de negacionismo, el cual no formaba parte de los fundamentos del Mensaje presidencial." (fs. 31 del requerimiento).

En resumen, los requirentes estiman que no es posible en el marco del proyecto de ley relativo al establecimiento del delito de prohibición de "apología del odio" pueda incorporarse normas relativas al "delito de negacionismo", en las expresiones utilizadas por los parlamentarios.

## Criterios interpretativos para rechazar este vicio.

**3°.-** Resultando clara esa distinción que se pretende impugnar, no resulta explicada el por qué no tendría una vinculación directa con las ideas matrices. Por el contrario, sostendremos que sí están asociados conforme los siguientes criterios. En primer lugar, porque buena parte de los parlamentarios, incluyendo algunos requirentes, así lo estimaron durante la tramitación del respectivo proyecto de ley tanto porque presentaron mociones similares como por no haber solicitado su inadmisibilidad. En segundo lugar, porque existe un vínculo con la idea matriz del proyecto relativo al establecimiento de un delito de aquellos identificados en el inciso primero del numeral 12° del artículo 19 de la Constitución. En tercer lugar, porque esta dimensión punitiva de ampliación se corresponde con sus precedentes en el derecho comparado desde donde se han adaptado y que han servido para una discusión en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

## » Ideas matrices, admisibilidad y conducta parlamentaria

**4°.-** Ideas matrices de un proyecto de ley. De conformidad con el artículo 69 de la Constitución, "todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto".

En la primera dimensión, cabe consignar que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la idea matriz de un proyecto está constituida por la situación, materia o problemas específicos que el autor del proyecto de ley señale como existentes y a cuya atención, en todas sus implicancias, quiere acudir por la vía de su potestad normativa legal. Son únicamente las comprendidas en el mensaje o moción pertinente (STC 9-72 c. 12º; STC 786-07, c. 17º; STC 719-07, c. 21º; STC 7896-19, c. 13º, entre otras).

En tal sentido, las indicaciones del todo ajenas al proyecto o cuya vinculación con el mismo sea remota, lejana, no resultan constitucionalmente admisibles. (STC 719-07, c. 25º) (En el mismo sentido, STC 1005-07, c. 10º).

**5°.-** Facultades para declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de una indicación. Corresponde al presidente de la respectiva comisión declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de las indicaciones formuladas, pudiendo dicha declaración ser revisada por la respectiva comisión a solicitud de cualquiera de sus miembros (artículo 25 de la LOC del Congreso Nacional). Asimismo, corresponde al presidente de la sala resolver la cuestión de admisibilidad o inadmisibilidad de las indicaciones, pudiendo ser esta reconsiderada por la sala a petición de cualquiera de sus diputados (artículo 25 de la LOC del Congreso Nacional). Las causales de inadmisibilidad son aquellas que contempla el artículo 24 de la LOC del Congreso Nacional, entre las cuales se encuentra la de ser las indicaciones contrarias a las ideas matrices o fundamentales del proyecto.

Cabe tener presente que la declaración de admisibilidad o inadmisibilidad efectuada en una comisión puede ser revisada por la sala, por el contrario, aquella que se realice en sala no puede ser posteriormente reconsiderada en las comisiones (artículo 25 de la LOC del Congreso Nacional).

**6°.-** Discusión sobre la admisibilidad durante la tramitación del proyecto de ley. Tal como se lee de los informes de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados y de las actas de sesión de la sala, la admisibilidad de la indicación que introdujo la disposición cuya declaración de inconstitucionalidad se solicita no fue cuestionada por ningún parlamentario ni en la comisión ni en la sala, siendo que sí se debatió sobre la admisibilidad de otras indicaciones, según consta en el primer informe (fs. 258 y ss. del expediente constitucional, específicamente, fs. 323). Es más, algunos de los diputados requirentes, como los H. Diputados señores Nino Baltolú, Gustavo Sanhueza, señora Catalina Del Real, señores Cristóbal Urruticoechea, Diego Schalper y Jorge Ragtheb, promovieron y estuvieron por aprobar una indicación que ampliaba el tipo penal del delito de negacionismo, según consta en el nuevo primer informe (fs. 344 y ss. del expediente constitucional) y en el segundo informe (s. 375 y ss. del expediente constitucional), ambos evacuados por la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados. En consecuencia, en el curso del trámite legislativo, no existió una discrepancia en torno a la admisibilidad de la indicación presentada por la H. diputada Hertz inicialmente y, en particular, respecto a si esta excedía las ideas matrices del proyecto de ley o no.

### » Vínculo desde la idea matriz entre ambas figuras penales

**7°.-** Mensaje presidencial. El proyecto de ley, originado en mensaje presidencial, sostuvo dentro de los antecedentes del proyecto de ley, que se menciona el imperativo para las sociedades democráticas de lograr una "coexistencia pacífica y respetuosa en una sociedad compuesta por personas de distinto origen étnico y cultural", prevenir la generación de estereotipos basados en el odio, que llevaron al exterminio de millones de seres humanos, a fin de evitar su repetición y resguardar la no discriminación arbitraria y la igualdad entre las personas como tarea esencial para mantener la plena realización de todos los derechos humanos y la vigencia de las sociedades democráticas. Para ello, proponía sancionar penalmente y conforme con la terminología del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, aquellos discursos que "consistan en una apología del odio que constituya una incitación de tal magnitud, que pueda desencadenar en actos de violencia o cualquier otra acción ilegal similar que afecte a un grupo de personas o a un miembro de ese grupo". Se menciona como bienes jurídicos protegidos por el nuevo tipo penal "por una parte, la dignidad y el derecho a no ser discriminadas de todas las personas, y por la otra, la vigencia de una sociedad democrática".

**8°.-** En particular, el proyecto de ley contenía en su dimensión original una referencia que importaba derogar el artículo 31 de la Ley 19.733 a objeto de uniformar el estatuto de la información y de la opinión de un modo igualitario, debido a que la regulación vigente sólo se restringía a los medios de comunicación social.

**9°.-** En consecuencia, lo que unifica a ambos tipos de delitos (apología del odio y negacionismo) es que se trata de identificar materialmente límites a la libertad de expresión bajo la consideración de "delitos" de aquellos que identifica el inciso primero, del numeral 12° del artículo 19 de la Constitución. Los jueces que suscribimos este voto tenemos juicios diversos sobre el resultado de dicha consideración, pero entendemos que si se puede pronunciar sobre el fondo del asunto es porque ambos tipos de delitos se enmarcan en caracterizarse como límites de las libertades de opinión y de información. En consecuencia, la evolución de la deliberación parlamentaria

transcurrió intelectualmente por materias que tienen la proximidad necesaria para ser admisibles dentro del artículo 69 de la Constitución.

## » Vínculo con el derecho internacional de los derechos humanos

**10°.-** La introducción del delito de negacionismo no excede las ideas matrices del proyecto de ley. Si bien, el delito de negacionismo es una figura diferente, aunque conectada, del discurso del odio (Valenzuela, Cecilia, y Villavicencio, Luis. (2020). El discurso del odio y los límites a la libertad de expresión. En Guzmán, José Luis, y Zúñiga, Alejandra (eds.). Delito, naturaleza y libertad. Temas y problemas de Filosofía del Derecho y Filosoía jurídico-penal. Valencia: Tirant lo Blanch), el delito de negacionismo encuentra inspiración, tal como el discurso del odio, en el principio de no discriminación y en la necesidad de satisfacer las exigencias de una sociedad democrática (Fronza, Emanuela (2011). ¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época (5). pp. 97-144) y, en consecuencia, la incorporación del delito de negacionismo al proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia por discurso del odio no se aparta de sus ideas matrices, porque entre estas se encontraba precisamente resguardar la no discriminación arbitraria y asegurar la vigencia de la sociedad democrática, tal como se desprende del mensaje con que se originó la iniciativa legal y, además, ambas figuras importan una limitación a la libertad de expresión.

**11°.-** El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas los entiende vinculados. Si justamente se puede examinar el fondo del planteamiento de los requirentes es porque están estrechamente determinados los vínculos entre el artículo 19 y el artícul0 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Como el principio que guía este voto no es introducir criterios de examen del fondo, parece necesario sólo invitar a verificar cómo la Observación General N° 11 (relativas al artículo 20 del Pacto) y la Observación General N° 34 (relativa al artículo 19 del Pacto) identifican los criterios interpretativos de ambas libertades, así como sus límites y responsabilidades.

**12°.-** Legislación basada en ordenamientos que los tratan como delitos que restringen la libertad de expresión. Nuevamente sin necesidad de establecer una referencia sobre el fondo del asunto, legislaciones de diversos países han identificado reglas comunes para el tratamiento de los delitos de incitación al odio y de negacionismo de determinadas realidades históricas. Como dicen algunos autores, "en la sociedad europea crece la preocupación por el retorno de tendencias fascistas y neonazis y por la extensión de ideologías xenófobas y antisemitas, algunas de ellas alimentadas a partir de tesis de negacionistas. La lucha frente a los discursos negacionistas se ha llevado más allá del ámbito social y académico, y se ha propuesto la incorporación en los ordenamientos jurídicos europeos de tipos penales específicos que incriminan este tipo de discurso: negar, banalizar, o justificar el Holocausto y otros genocidios o graves crímenes contra la humanidad." [Teruel Lozano, Germán (2015), La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid].

**13°.-** Los casos del Código Penal alemán y del español. En la historia de este tipo de legislaciones adquiere una función prototípica el caso del Código Penal alemán. En este sentido, las leyes alemanas tratan en el mismo artículo 130 del Código Penal las dos figuras penadas, tanto de incitación al odio, así como de la noción del delito de negacionismo bajo la categoría común de agitador. Por su parte, la ley orgánica 1/ 2015 de reforma al Código Penal español, entre los delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas, incorporó el art. 510.1 c) que considera al negacionismo como una forma de incitación a la violencia, odio, hostilidad o discriminación contra ciertas minorías.

**14°.-** En consecuencia, sirvan estos tres tipos diferentes de argumentos para desestimar la hipótesis de vulneración del artículo 69 de la Constitución. Efectivamente, hay un vínculo entre los delitos de incitación al odio y del llamado negacionismo porque los propios parlamentarios de todo el espectro político entendieron que podían ampliar el estudio delictivo en el Boletín N° 11.424-17 a la figura penal ahora cuestionada. En segundo lugar, porque lo que las une es la consideración de ser parte sustantiva de los límites a los que hace alusión el inciso primero, del numeral 12° del artículo 19 de la Constitución. Y, finalmente, porque esa relación se funda en raíces comunes que se refieren a la interpretación realizada por organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos mediante sus Observaciones Generales. Del mismo modo, se trata de una cuestión que se funda en el modo en que el Derecho penal alemán trató esta materia incluyendo en el mismo artículo del Código Penal los dos delitos y en el del Código español que vincula ambas figuras. De este modo, no se trata de ideas opuestas, que se excluyan o repudien sino que son parte de una de las miradas posibles del legislador al tratar estas materias relativas a actos del habla vinculados a la aprobación, la negación o la banalización de determinados hechos.

# 12. Sobre el acceso a la información.

**SENTENCIA ROL 13.015-2022.** *Publicada el 7 de marzo de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 28, inciso segundo, de la Ley N° 20.285. Servicio de Cooperación Técnica. En el proceso Rol N° 2-2022 (Contencioso Administrativo), sobre reclamo de ilegalidad, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quien estuvo por rechazar el requerimiento por las siguientes razones:**

**I. ANTECEDENTES RELEVANTES DE LA GESTIÓN PENDIENTE.**

**1°.-** Bruno Trisotti Martínez, Gerente General del Servicio de Cooperación Técnica, en adelante SERCOTEC, dedujo Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 28 inciso segundo, sobre Acceso a la Información Pública, pues estima que su aplicación en el caso concreto deviene en la infracción del artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política.

**2°.-** Como consta a foja 20 la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago certificó que, SERCOTEC dedujo recurso de reclamación de ilegalidad en contra de la decisión de amparo Rol C-6499-21, dictada en Sesión Ordinaria Nº 1237, del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, celebrada con fecha 14 de diciembre del 2021.

Asimismo, certifica que con fecha 26 de enero del 2022 se tiene por interpuesto el Reclamo de Ilegalidad; con fecha 17 de febrero la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago resolvió traer los autos en relación; y que, con fecha 02 de marzo de 2022, se dictó la resolución que agrega extraordinariamente y en lugar preferente la causa a la Tabla del día 08 de marzo de 2022, en la Segunda Sala.

**3°.-** En relación con los hechos, la requirente indica que

a. El fecha 19 de agosto del 2021, SERCOTEC recibió una solicitud de acceso a la información realizada por don Christian Lillo González *"Respecto del capital semilla (…) agradecería enviar los antecedentes relacionados a la evalución (tabla de puntaje, metodología de análisis, comparaciones cualitativas y/o cuantitativas, etc) que justifican los 89.9 puntos de un total de 270,4 (33% de la nota máxima) obtenidos en el campo "capacidad de emprendedor/a o del equipo emprendedor" y obtener los antecedentes de los proyectos que lograron la calificación suficiente para ser aprobada la ideo de negocio. Se solicita misma información para el punto "potencial de negocio"."*

b. Con fecha 30 de agosto del 2021, SERCOTEC dio respuesta a dicho requerimiento por medio de correo electrónico, anexando Carta Nº 299 del 2021 y un informe de postulación del requirente, accediendo parcialmente a la entrega de información, explicando el proceso de evaluación, el detalle y los puntajes obtenidos en cada ítem evaluado y generando información indicando algunos aspectos en los que podría mejorar en futuras convocatorias, pero denegando la información relativa al test de caracterización y los antecedentes de las otras postulaciones recibidas.

c. En tal orden, precisa que el día 30 de agosto del 2021, don Christian Lillo González dedujo el amparo a su derecho de acceso a la información identificado con el Rol C-6499-21, del Consejo para la Transparencia, en contra de SERCOTEC.

d. En consecuencia, SERCOTEC evacuó informe, distinguiendo la concurrencia de causales normativas que hacen procedente la denegación de la información reclamada, respecto del test de caracterización y de las postulaciones recibidas. Así, precisó que se configura la causal de reserva de información establecida en el numeral 2 del artículo 21 de la Ley Nº 20.285. Además, se explicitó que para contar con la aceptación expresa de los terceros titulares de la información, correspondería dar traslado a las personas que postularon al concurso, lo que generaba una distracción de las labores habituales de los trabajadores de SERCOTEC, al dar cumplimiento al procedimiento descrito en el artículo 20 de la Ley Nº 20.285, configurando en la especie, la causal de reserva establecida en el literal c) del numeral 1 del artículo 21 de la Ley sobre acceso a la información pública y que la entrega de la misma configuraría la misma causal, habida consideración de la necesidad de tarjar los datos que no corresponda entregar en dichas postulaciones.

   Finalmente, se indicó que la publicidad de las postulaciones de los participantes y el resultado de las mediciones a que se someten, desincentiva la participación en los futuros concursos de SERCOTEC, verificándose así la causal genérica del numeral 1 del artículo 21 de la ley sobre acceso a la información pública, toda vez que podría devenir en la pérdida de futuros clientes en futuros procesos.

e. A reglón seguido, da cuenta que, mediante correos electrónicos, el CPLT solicitó a SERCOTEC información que no había sido requerida, consistente en antecedentes de la Convocatoria Capital Semilla emprende 2021 de la Región del Maule, de los postulantes y beneficiarios, además de ejemplo de postulaciones, que fueron respondidos en tiempo y forma por SERCOTEC.

f. Mediante Oficio E25388 de 2021, del Director General del CPLT, se informó a SERCOTEC que se acogía parcialmente el amparo de don Christina Lillo González, ordenando a SERCOTEC "a) Hacer entrega al reclamante de: i. Copia de su propio test de caracterización o preselección (incluido el cuestionario y formulario de calificación de cada una de las respuestas) así como el de los 160 postulantes que resultaron seleccionadas en la convocatoria Capital Semilla Emprende Región Del Maule año 2021, en este último caso, previa reserva de datos personales de contexto de personas naturales distinta a la reclamante, tales como, firma, Rut, domicilio, teléfono y correo electrónico particulares, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 2º, letra f), y 4° de la ley N°19.628" y "ii. Ranking de puntajes obtenidos por todos los postulantes que superaron la etapa de admisibilidad, pero de forma anonimizada respecto de aquellos postulantes que no resultaron beneficiados -distintos del peticionario-".

g. De tal modo, se interpuso reclamo de ilegalidad en contra de la decisión precedente, por estimarse que esta adolecía de vicios de ilegalidad, que irrogarían perjuicios.

h. Con fecha 26 de enero del 2022, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago tuvo por interpuesto el reclamo de ilegalidad singularizado, dando traslado del mismo al Consejo para la Transparencia, al solicitante y a los terceros cuyos derechos podrían verse afectados.

i. Finalmente, el requirente argumenta que el hecho de que SERCOTEC sea un organismo

privado que no forma parte de la administración del Estado, como consecuencia de la exclusión efectuada por la Ley Nº 18.575, cobra particular importancia, toda vez que, conforme a ello no le resultará aplicable la limitante establecida en el inciso segundo del artículo 28 de la Ley Nº 20.285.

**4°.-** En consecuencia, el actor expone, a foja 08, que la aplicación del precepto resultará decisiva, toda vez que, se impedirá que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago se pronuncie respecto de la mayor parte de las causales de reserva o secreto invocadas en el reclamo de ilegalidad. Precisa a tal efecto, que si el artículo 28 inciso 2º de la Ley Nº 20.285 permitiera reclamar de ilegalidad por la reserva establecida en el artículo 21 Nº 1 de la misma ley, la Ilma.. Corte de Apelaciones podría revisar las causales de secreto y, en definitiva, denegar la entrega de información solicitada, atendido a que es información cuyo conocimiento afecta las funciones de SERCOTEC.

**5°.-** En dicho sentido, la requirente estima que la aplicación del precepto impugnado infringe el artículo 19 Nº 3 de la Constitución. En tal orden, la aplicación del artículo 28 inciso 2º de la Ley Nº 20.285, impide, priva o perturba dicha garantía, dado que *"(…) realiza una diferencia arbitraria ante la posibilidad de recurrir, de reclamar, de ejercer las acciones legales que poseen los particulares y los Órganos de la Administración del Estado"*.

Destaca, que la infracción del precepto impugnado se verifica de dos formas (i) en primer lugar, la norma hace una clara distinción entre los posibles sujetos activos del reclamo y, (ii) en segundo lugar, establece una diferencia entre las causales de reserva o secreto de fondo que se pueden esgrimir para su interposición.

## II. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE SERCOTEC Y EL ÁMBITO DE CONTROL DE SUS ACTUACIONES.

**6°.-** El Servicio de Cooperación Técnica (SERCOTEC) es una corporación de derecho privado, con personalidad jurídica -concedida por Decreto Supremo Nº 3.483, de 06 de julio de 1955 del Ministerio de Justicia - y patrimonio propio, conforme al artículo 1º de sus Estatutos, por las normas del Título XXXIII del Código Civil sobre Corporaciones y Fundaciones, y por los acuerdos de su Directorio.

**7°.-** Que, en tal sentido, como consta en Informe jurídico del año 2009, Publicado en página de transparencia de SERCOTEC, firmado por Francisco Javier Alsina Urzúa, éste Servicio precisa que *"no es un servicio público, ni un órgano del Estado de carácter público, ni una empresa, entidad, Corporación o Institución centralizada o descentralizada que sea parte integrante de la administración del Estado"* (ver en https://transparenciaactiva.sercotec.cl/Transparencia%20Activa/Unidad%20de%20Fiscalia/INFORME%20LEGAL%20DIVERSAS%20MATERIAS%20SERVICIO.pdf). En el mismo sentido, dicho informe sostiene que *"Lo anteriormente señalado se encuentra ratificado por reiterados dictámenes de la Contraloría General de la República sobre la materia, Nº 025367 de 30.06.80; Nº 9490 de 1996; Nº 7946 de 2003; Nº 37948 de 2004; Nº 49263 de 2005 y Nº 26023 de 2008; todos los cuales son concordantes en reconocer expresamente que el Servicio de Cooperación Técnica es una Corporación de Derecho Privado y, por ende, una entidad privada que no forma parte de la Administración del Estado, ni integra el sector público, salvo para el solo efecto y fines previstos por el DL 1.263 sobre Administración Financiera del Estado, que es considerado sector público"* (Op. Cit.).

**8°.-** Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 16 inciso segundo de la Ley Nº 10.336, que fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, establece que *"(…) También quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades*

*o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de estas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional".* Por cuanto, si bien es clara la naturaleza jurídica de SERCOTEC, ello no obsta que esta institución sea fiscalizada y supervisada por la Contraloría General de la República, en el contexto de la administración financiera del Estado, al igual que los demás servicios, respecto al cumplimiento de sus fines institucionales, la regularidad de sus operaciones, la responsabilidad de sus directivos o empleados y, respecto a información relativa al Balance Nacional.

**9°.-** Que, en este sentido, si bien el requerimiento en un a primera lectura pareciera referirse a una dimensión diversa de la señalada precedentemente, dejando la materia consultada fuera del margen de aquella información que debe ser provista, en razón de la naturaleza jurídica del servicio. En necesario recordar que, si bien SERCOTEC se configura como una Organización de Derecho Privado, es creada por el Estado para satisfacer necesidades públicas, ejerciendo facultadas entregadas por el legislador en coherencia con el mandato y los fines precisados en la Constitución.

**10°.-** En tal sentido, SERCOTEC, al recibir financiamiento de origen fiscal destinado a una finalidad específica, está sometido a un régimen especial de derecho público, no pudiendo emplear libremente aquellos recursos. Por consiguiente, el personal que administra tal presupuesto, así como su ejecución pueden ser objeto de reparos y estar sometida a los principios de eficiencia, eficacia, probidad, entre otros propios de la administración del Estado; y en los cuales es fundamental la información para el sometimiento al escrutinio referido.

**11°.-** De tal modo, si bien la naturaleza jurídica de SERCOTEC es de orden privado, fue en la práctica creada por el Estado para el desarrollo de una función pública mediante la cual se satisfacen determinadas necesidades, por cuanto ello conduce a que deban ser consideradas como órgano público para efecto de la aplicación de precisas regulaciones del Derecho Administrativo, entre la cual se encuentran los preceptos impugnados, con el objeto de atender las crecientes exigencias en materia de transparencia e integridad en el ejercicio de la función pública, precaver conductas contrarias a la probidad y resguardar los recursos fiscales.

## III. ALCANCE DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 8 DE LA CONSTITUCIÓN.

**12°.-** Que, dilucidado la naturaleza jurídica y el margen de fiscalización en razón de la naturaleza pública de sus funciones y el origen de los recursos de SERCOTEC, es posible señalar que la mayoría de los reproches formulados en el requerimiento llevan a que la cuestión constitucional que especialmente debe dilucidar este Tribunal se vincula con la interpretación del artículo 8° de la Constitución y cómo esa interpretación es compatible con los preceptos impugnados. Ya recordamos que dos cuestiones han estado en el centro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la publicidad de los actos de los órganos del Estado. Primero, si la Constitución consagra o no un principio de publicidad. Y, segundo, el alcance del mismo y los límites de aquel.

**13°.-** Así, la noción de principio está en juego, pues, como ya se recordó y han sostenido las sentencias que han declarado inaplicables los preceptos que se cuestionan, el artículo 8° constitucional *"tampoco establece, como lo hace el inciso primero respecto de la probidad, un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban "dar estricto cumplimiento" a dicha publicidad. Ello no desmerece la relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento. Sin embargo, constituye un elemento de interpretación, frente a otras disposiciones constitucionales que sí establecen una consideración de esta naturaleza"* (STC Rol N° 1.990, c.19°).

**14°.-** La ausencia de la voz "principio" en la Constitución no debería eludir que ello sea resorte de interpretación, como lo indica el propio Tribunal. Lo anterior resulta obvio, porque la Constitución denomina principio a pocas cuestiones: la probidad (artículo 8°, inciso primero, de la Constitución), los principios básicos del régimen democrático y constitucional (para la defensa del pluralismo político en el artículo 19, numeral 15° de la Constitución), los principios de carácter técnico y profesional en que se funda la carrera funcionaria en la Administración Pública (artículo 38 de la Constitución) y el principio del desarrollo territorial y armónico con que se debe organizar el gobierno y administración interior del Estado (artículo 115 de la Constitución), y nada más. Estos principios son los únicos que la Constitución indica en forma expresa, pero no es posible entender que sean los únicos que formen parte de nuestro ordenamiento.

**15°.-** Que, de la revisión de sentencias de este Tribunal es posible advertir que la jurisprudencia constitucional recurre permanentemente a los principios. Sólo a título ejemplar: al principio de separación de poderes (STC roles N°s 2865 y 2866 en el c.15°, 2868, c.6°, y 2805, c.19°); principio de igualdad ante la ley (STC roles N°s 2805, c.20°, y 2673, c.15°); principio de protección a la maternidad (STC Rol N° 2796, c.6°); principios del bien común y servicialidad del Estado (STC roles N°s 2693, c.7°, y 2793, c.19°); principio de legalidad (STC roles N°s 2671, c.17°, 2834, c.27°, 2694, c.14°, y 2722, c.14°); principio de legalidad del gasto (STC roles N°s 2868, c.14°, y 2744, c.6°); principio de independencia de la función parlamentaria (STC Rol N° 2868, c.7°); principio de igualdad (STC Rol N° 2694, c.3°); principio de certeza y seguridad jurídica (STC Rol N° 2694, c.18°); principio de autonomía financiera del Congreso Nacional (STC Rol N° 2868); principios de culpabilidad penal, de tipicidad y de legalidad penal (STC Rol N° 2722); principio del debido proceso (STC Rol N° 2722, c.5°); principio del justo y racional procedimiento (STC Rol N° 2722, c.6°); principio de presunción de inocencia (STC Rol N° 2799, c.17°); principio de razonabilidad (STC Rol N° 2798, c.27°); principio de proporcionalidad (STC roles N°s 2671, c.23°, y 2798, c.27°); principio de juridicidad (STC Rol N° 2798, c.3°).

**16°.-** Que, resuelto interpretativamente el correcto uso del principio de publicidad, cabe verificar su alcance. Si un principio es tal, básicamente lo será para que su aplicación tenga el máximo alcance posible. *"Los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no (…) Toda norma es o bien una regla o un principio."* [Robert Alexy (2002), Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 86-87]. Es por ello que un principio es una norma genérica, porque "por un lado, exige la formulación de otras normas -que la "concreticen", la "actualicen" o le den "ejecución"- sin las cuales no sería apta para resolver casos concretos; pero, b) por otro lado, puede actualizarse, ejecutarse o concretizarse en formas muy diferentes y alternativas" (Riccardo Guastini (2010), Teoría e ideología de la interpretación constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, Ed. Trotta, p. 77).

**17°.-** De tal modo, el artículo 8° de la Constitución Política establece el principio de publicidad y, como tal, es el parámetro a partir del cual se admite un desarrollo legal. La fuerza normativa del principio es esencialmente expansiva, por lo que sería un contrasentido afirmar que el artículo 8° establece un límite superior al desarrollo de la publicidad de los actos, y menos que establece una limitación respecto a una u otra clase de actos cuya naturaleza es pública. En virtud de lo anterior, no será posible en el caso concreto estimar que los preceptos impugnados devienen en inconstitucional, toda vez que el que la ley franquee un control judicial o un recurso no es en abstracto calificable como constitucional o no, ya que no existe una regla genérica aplicable a

todo tipo de materias y procedimientos sino que debe evaluarse sistemáticamente y atendiendo a las especificidades de la institución jurídica y a los valores constitucionales que busca expresar con ella.

**IV. RESPECTO A LA IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 28 INCISO 2º DE LA LEY Nº 20.285.**

**18°.-** Que, el precepto impugnado niega la posibilidad de reclamar de ilegalidad la decisión ante la Corte de Apelaciones, cuando la causal sea la que arguyó la requirente y que es la norma cuya declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se solicita, esto es que *"Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21".*

**19°.-** En este sentido, debe recordarse que el reclamo de ilegalidad del artículo 28 de la Ley Nº 20.285, no es de revisión plena sino que habilita a controlar aquello que se discutió ante el Consejo para la Transparencia, salvo en el caso ya referido de la causal del artículo 21 N° 1 del mismo cuerpo legal. Valerse de esa causal es una decisión del sujeto requerido de información y la realidad de su procedencia tampoco es algo que deba ser valorado en la decisión de la Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Lo que se quiere precisar en este punto es que no existe una reclamación plena en ningún supuesto de la Ley 20.285 y que la cuestión se restringe a determinar si por la específica causal argumentada es inconstitucional que el legislador no permita su discusión ante un Tribunal.

**20°.-** En consecuencia, se hace necesario para determinar si se trata de un diseño legislativo inconstitucional analizar los elementos que componen a la norma, esto es, el sujeto a quien se le niega el acceso al control judicial y la causal.

Como lo ha señalado con anterioridad este Tribunal Constitucional *"la titularidad de los derechos fundamentales ha sido explicada por la doctrina, desde la idea que es posible la diferencia siempre que cuente con una justificación. Es decir, la igualdad no se cumple con un trato idéntico y estandarizado. "La titularidad es un dispositivo jurídico de protección de los bienes fundamentales de los sujetos. Por ello, el ordenamiento jurídico efectúa una decisión de atribución, bajo la forma de derechos, a ciertos sujetos. En general, la atribución de titularidad de derechos se efectúa bajo el mandato de igualdad, de manera tal que las normas que confieran derechos fundamentales lo hagan sin exclusiones o diferenciaciones injustificadas. El fundamento de igualdad se establece a partir del mismo artículo 1º, inciso 1º, que dispone que las personas «nacen libres e iguales en dignidad y derechos», así como de la regla del artículo 19, que establece que la Constitución «asegura a todas las personas» los derechos que ese precepto enumera. Este pilar de igualdad también se establece claramente en el caso de tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1)4 o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1.1)" (Contreras, Pablo "Titularidad de los derechos fundamentales", Manual sobre derechos fundamentales. Teoría General, LOM, Santiago, p. 121)"* (Ver STC Rol 12458, c.6, del voto disidente).

**21°.-** Que, de esa forma no nos encontramos ante una colisión de derechos fundamentales entre la administración y el solicitante sino que aquél tiene una causa legal de exclusión con base constitucional y éste es titular del derecho a la información, que constituye un derecho fundamental implícito. En consecuencia, la cuestión se traduce en la determinación de si es inconstitucional que una de las causales de exclusión de entrega de la información no acceda a control judicial, en otras palabras, si esa norma produce efectos que puedan ser calificados de inconstitucionales en el caso particular.

**22°.-** Que, el Consejo para la Transparencia es el órgano creado por ley para garantizar el acceso a la información de acuerdo a una regulación que le encarga velar por el cumplimiento de

distintos objetivos. No es un contradictor de, en este caso, SERCOTEC, lo que se evidencia de la literalidad de las atribuciones del mismo Consejo para la Transparencia. En efecto, conforme al artículo 33, letra j), el Consejo tiene la función y atribución de *"velar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado"*. Lo anterior demuestra la exigencia que la misma ley le impone al órgano decisor de ser ecuánime e imparcial, considerando la tutela y maximización de todos los intereses constitucionalmente protegidos.

**23°.-** En consecuencia, el precepto impugnado no infringe el artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política, pues SERCOTEC, al tratarse de un servicio cuya finalidad y recursos son esencialmente públicos, está sujeto al estatuto impugnado, más allá de que se recurra por el legislador a formas de derecho privado. Luego, la configuración del precepto impugnado responde a un criterio razonable, toda vez que la Constitución no asegura que toda decisión de la Administración o Servicios que ejerzan funciones públicas o que reciban recursos públicos deba ser controlable por la judicatura y, en este caso, el que excluya una causa legal, dadas las características del sujeto requerido de información y la razón que esgrime, impide que se llegue a una convicción tal como para declarar su inconstitucionalidad.

## V. CUESTIONES DERIVADAS.

**24°.-** En tal sentido, de acogerse la tesis planteada en el requerimiento se estaría en presencia de la creación de un estatuto especial para un ente jurídico específico, asimilable a una verdadera "lex tertia", es decir, una legislación construida solamente en base a lo favorable de dos estatutos jurídicos contrapuestos. En efecto, no puede pretenderse que SERCOTEC tenga poderes para asignar y gastar recursos públicos con las potestades y prerrogativas que por ser ente estatal tiene, pero con los beneficios de no estar sujeto a control, fiscalización, transparencia ni escrutinio alguno a pretexto de ser un órgano creado utilizando las formas del derecho privado, y menos invocado titularidad de derechos fundamentales, propios del administrado.

**25°.-** En tal sentido, no puede sino reiterarse en esta sede el criterio sostenido por la Contraloría General de la República en sede de potestad dictaminante, en referencia a otros órganos de derecho privado que son parte de la función pública y de órganos de la Administración del Estado, en cuanto a que *"si una entidad creada por el Estado, que desde una perspectiva orgánica y funcional constituye el medio a través del que la municipalidad cumple con alguna de sus labores, desarrollando una función pública mediante la cual se satisfacen determinadas necesidades de la comunidad local, debe ser considerada como un órgano público para efectos de la aplicación de determinadas regulaciones del Derecho Administrativo",* agregando que también se las aplica la Ley N° 20.285, *"por tratarse de organismos a través de los cuales el Estado, con recursos públicos, realiza en forma indirecta ciertas actividades vinculadas al cumplimiento de sus funciones"* (Dictamen de la Contraloría General de la República, N° E160316, de 29 de noviembre de 2021). No siendo SERCOTEC un órgano vinculado a municipios, el problema abordado tiene un elemento común: sustraer del régimen del derecho público – y de sus límites- el control y la fiscalización de gasto público, y siendo SERCOTEC un organismo con poder decisorio y de ejecución en la materia, satisfaciendo necesidades públicas, el criterio ha de ser el mismo.

**26°.-** Por todo lo expuesto, el requerimiento ha de ser rechazado.

**SENTENCIA ROL 12.458-2021.** *Publicada el 7 de diciembre de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto de los artículos 5°, inciso segundo; 10, inciso segundo; y 28, inciso segundo, de la Ley N° 20.285. Comisión para el Mercado Financiero (CMF). En el proceso en el proceso Rol N° 526-2021 (Contencioso Administrativo), sobre reclamo de ilegalidad, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES estuvo por acoger totalmente el requerimiento, compartiendo las consideraciones 38 a 50, en relación a dar por infringido solamente el artículo 8° de la Constitución Política, y agregando los siguientes fundamentos:**

**1°.-** Que el artículo 8° de la Constitución dispone una regla de publicidad expresa, en tanto estatuye como regla general que "Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen" y como reglas especiales que "sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".

**2°.-** Que siendo el proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por aplicación de precepto legal un control de constitucionalidad de tipo concreto establecido en el numeral 7° del artículo 93 de la Constitución Política, ha de examinarse si en el caso específico la aplicación de los preceptos cuestionados produce o no un efecto contrario a la Constitución Política, y es en tal perspectiva que la aplicación de diversas normas de la ley N° 20.285 en conflictos jurídicos acerca del carácter reservado o público de antecedentes, datos e información en poder de órganos del Estado es relevante, pues los resultados fácticos de tal ejercicio aplicativo han de ser evaluados a la luz de los estándares del artículo 8° de la Constitución, que se puede ver entonces infringido por una suerte de aplicación generalista de la preceptiva cuestionada que prescinde de los límites constitucionales a los que está sujeta.

**3°.-** Ello es de suyo relevante, pues los elementos de hecho y derecho de la gestión pendiente y los resultados de aplicación de las normas cuestionadas en ella son la columna vertebral de un ejercicio de control concreto.

**4°.-** Es en tal sentido que una serie de normas de rango legal de la Ley General de Bancos han de ser tenidas ineludiblemente presentes en el presente caso, pues determinan el estatuto de la información requerida. En tal sentido debe señalarse su artículo 7°, en tanto dispone que *"Queda prohibido a todo empleado, delegado, agente o persona que a cualquier título preste servicios en la Superintendencia, revelar cualquier detalle de los informes que haya emitido, o dar a personas extrañas a ella noticia alguna acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo"* y que *"En el caso de infringir esta prohibición, incurrirá en la pena señalada en los artículos 246 y 247 del Código Penal"*. Respecto de esta norma, la Corte Suprema en reciente sentencia de 28 de junio de 2022, rol 5218-2021, ha señalado que el deber de reserva del artículo 7° de la Ley General de Bancos *"se trata de una regla de contenido amplio, cuya interpretación normal daría cuenta de que el deber de reserva no sólo alcanza a los funcionarios sino también a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en cuanto la información de la que disponen se consigue en su calidad de miembros de dicho órgano público, por lo que se estima que existe un deber de reserva asociado al artículo 21 Nº 5 de la Ley de Transparencia"* (cons. 13°, se citan en el mismo sentido roles 23.127-18 y 27.661-18), agregando en dicho caso que *"el deber de reserva que establece el artículo 7° de la Ley General de Bancos cumple con el requisito de ser una ley de*

*quórum calificado y, por ende, su aplicación resulta legal y constitucionalmente procedente"*, por lo que entonces se colige que la información en cuestión en el caso concreto es de aquellas que ha sido declarada como reservada por ley.

**5°.-** En efecto, respecto de la aludida sentencia de la Corte Suprema, cabe transcribir lo siguiente:

> *"Décimo octavo: Que el aludido artículo 7° es una regla de contenido amplio. En efecto, en lo que respecta a los obligados o destinatarios de la norma, ella comprende a todo "empleado, delegado, agente o persona que a cualquier título preste servicios en la Superintendencia". En lo que respecta al contenido de la información, abarca "cualquier detalle de los informes que haya emitido" y "acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo".*
>
> *Debido a ese mismo margen, su interpretación no puede ser restringida en los términos que se pretende, desde que la aplicación del contenido de una regla debe ceñirse a lo que en ella está efectivamente establecido, sea o no excepcional, favorezca o empeore la situación de su destinatario. En la especie, no se pretende, ni tampoco es necesario, extender la norma a otras hipótesis no previstas en ella.*
>
> *Décimo noveno: Que la amplia formulación que se hace mención en relación con el citado artículo 7° importa que el deber de reserva alcanza no sólo a los funcionarios de la Superintendencia, sino también al órgano administrativo en cuanto tal, puesto que los órganos de la Administración del Estado intervienen en el mundo jurídico y fáctico a través de los actos desplegados por sus funcionarios.*
>
> *Desde el punto de vista de la lógica jurídica, resulta un despropósito sostener que el precepto en cuestión prohíbe a los funcionarios proporcionar la información solicitada y, sin embargo, obliga al órgano público a colocarla a disposición del requirente. Si, como sostiene el quejoso, el ente público debe colocar a disposición del interesado lo pedido, lo cierto es que no habría funcionario que pudiera hacerlo sin comprometer su responsabilidad administrativa.*
>
> *Por el otro, es innegable que la información a la que acceden quienes se desempeñan en ese organismo la obtienen en virtud de su pertenencia o vinculación jurídica con el mismo y en atención al cargo o función que desempeñan o al cometido que se le ha entregado, y no en su condición de personas naturales o de meros observadores.*
>
> *Vigésimo: Que, en concordancia con lo expuesto, la información solicitada se encuentra cubierta por la causal que se invoca del artículo 21 Nº5 de la Ley Nº 20.285, en tanto el señalado artículo 7° de la Ley General de Bancos, teniendo la calidad de ley de quórum calificado ficto, consagra el secreto o reserva, por cuanto la revelación ciertamente compromete el orden público bancario, en tanto se trata de información relativa a las actividades de fiscalización en relación a operaciones específicas de un ente privado sujeto a control, a la vez que compromete el orden público financiero, por cuanto pone en riesgo la efectividad del control que realiza dicho ente administrativo, hoy subsumido en la Comisión para el Mercado Financiero, puesto que, sin perjuicio de haberse solicitado la información respecto de operaciones específicas, ello puede exponer la seguridad y derechos de los usuarios del sistema bancario, a la vez que puede ser calificado como información sensible, que no está destinada a ser de público conocimiento."*

**6°.-** Todo lo expuesto precedentemente determina que no es este Tribunal el que está declarando reservada la información en el caso concreto, sino que es el legislador quien lo ha hecho, en ejecución de un mandato constitucional, motivo por el cual la aplicación de los preceptos cuestionados tiene la aptitud de producir el resultado de infringir dicho marco, establecido en el artículo 8° de la Constitución Política.

**7°.-** Cabe señalar además que la transcrita sentencia de la Corte Suprema se emite además con referencia específica en otros razonamientos a los efectos de una sentencia de este Tribunal, referida a un caso de inaplicabilidad también recaído en normas de la Ley N° 20.285, el rol N° 8474, señalando expresamente la Corte Suprema respecto de la sentencia de inaplicabilidad que *"el fallo que acoge un requerimiento de esta naturaleza, excluye y retira del universo de normas aplicables aquella declarada inaplicable, la cual deja de vincular al tribunal que conoce el proceso particular en que incide la cuestión, sobre el cual pesa la obligación de no considerarla, constituyendo éste un motivo adicional que impedía considerar la publicidad de la información solicitada"* (cons. 23).

**8°.-** Es por todo lo expuesto, que el requerimiento ha de ser acogido.

# 13. Sobre la libertad de circulación.

**SENTENCIA ROL 12.570-2021.** *Publicada el 11 de enero de 2022.*

Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en materia de cierre o instalación de medidas de control de acceso en calles, pasajes o conjuntos habitacionales, por motivos de seguridad, correspondiente al boletín N° 13.885-06.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y RODRIGO PICA FLORES estuvieron por declarar la contrariedad a la Constitución de las normas del proyecto de ley sometidas a control** en base a las siguientes consideraciones:

**1°.-** En tanto el numeral 1, letra b), del proyecto dispone "se podrá autorizar la implementación de medidas de control de acceso en calles y pasajes que tuvieren un acceso y salida diferentes, y siempre que no se limite ni entorpezca con ello, en forma alguna, el tránsito peatonal y en todo momento se permita el acceso a los vehículos de emergencia, de seguridad pública, de utilidad pública y de beneficio comunitario", tal norma implica entregar a los vecinos el poder de bloquear el acceso a calles para determinar quién ingresa, por qué ingresa, monitorear, registrar, cuestionar, regular y controlar tal acceso. En efecto, medida de control es determinar un margen un estándar y verificar que se cumpla, lo que tendrá por objeto el libre tránsito en la "calle", definida legalmente como "vía vehicular de cualquier tipo que comunica con otras vías y que comprende tanto las calzadas como las aceras entre dos propiedades privadas o dos espacios de uso público o entre una propiedad privada y un espacio de uso público" (Art.1.1.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones OGUC) o como una "vía urbana destinada a la circulación de los peatones, de los vehículos y de los animales" (Art. 2 de la Ley de Tránsito, No 18.290).

**2°.-** Cabe considerar que la calle se compone de calzada y acera, y así la norma, en la definición legal de calle, habilita a afectar así las libertades de tránsito peatonal y vehicular en un bien nacional de uso público, lo cual es sin duda parte de la libertad ambulatoria del numeral 7° del artículo 19 de la Constitución. La consecuencia es que en los hechos la calle dejará de ser de uso público, y serán los vecinos colindantes quienes en los hechos se arrogarán poder de señor y dueños de la calle, pues esta norma se refiere ya no a pasajes ni calles ciegas, sino a vías que "que tuvieren un acceso y salida diferentes", interrumpiendo además su continuidad.

**3°.-** Además, las "medidas de control" implicarán que una persona, un particular, estará en un punto de control del tipo garita o algo parecido, exigiendo cédulas de identidad y registrando datos sensibles como nombres y run, además de exigir y evaluar motivos del por qué se transita por la calle, es decir, un particular ejerciendo potestades de policía y control de identidad, o bien de guardia privado sin necesariamente serlo, además de terminar elaborando una verdadera base de datos personales a propósito del control, para decidir por sí y ante sí quien entra o no a la calle y por qué, instaurándose un espacio de discriminación por aspecto, vestimenta, origen social, color de piel, etc., transformando las barreras de acceso, garitas, portones y puntos de control en verdaderas entradas a verdaderos ghettos -barrios cerrados y excluyentes- erigidos a solicitud de los propios vecinos y facilitados por un Estado que en lugar de cumplir su deber de garantizar seguridad a la población (art. 1 de la CPR) le entrega a los vecinos el derecho a negar el acceso a sus calles para así el Estado no gastar recursos necesarios para la garantía de seguridad, en el marco de una sociedad en la que la autotutela se encuentra proscrita al ser la acción, el proceso y el derecho a defensa jurídica un derecho (art. 19 no. 3° de la CPR). Lo descrito configura una abdicación del deber estatal de

garantizar seguridad y paz social a los habitantes de Chile, permitiendo con las "medidas de control de acceso" el cierre de las calles, la negativa a poder transitar en ellas, la potenciación de prácticas discriminatorias, y la consecuente traba al ejercicio de la libertad ambulatoria, que pasará de ser incausada a ser un "derecho" cuyo ejercicio será examinado por un particular que lo podrá negar.

**4°.-** A su vez, nada se señala acerca de la obtención, tratamiento y uso de los datos obtenidos y registrados con ocasión del "control" del acceso a calles, por lo que no se cumple el mandato de protección de datos personales del numeral 4° del artículo 19 de la Constitución, en el marco de una situación en la que una persona se verá compelida a entregar sus datos para poder usar una vereda y caminar por ella.

**5°.-** Adicionalmente, estos disidentes no pierden de vista las complejas realidades en materia de seguridad ciudadana que nuestro país vive, pero el rol del Estado en ese sentido no es generar verdaderos ghettos ni aislar a la población mediante el incentivo al encierro, sino asegurar libertades, dar seguridad y velar por la integración armónica de los diferentes sectores de la sociedad, de acuerdo a los deberes contemplados como base de la institucionalidad en el artículo 1° de la Constitución, todo lo cual que justamente lo contrario de segmentar, que es lo que resulta ser de medidas como las que el proyecto determina.

**6°.-** A todo lo expuesto no obsta que el "control de acceso" sea temporal o durante parte del día, pues vulnera el ejercicio de derechos fundamentales son solo la ablación total de los mismos.

**7°.-** Por otra parte, si la limitación a la libertad de tránsito que se pretende justificar tiene su base en la garantía de seguridad, la "necesidad de la limitación", entendida en el marco del examen de proporcionalidad que este Tribunal ha proclamado desde la sentencia Rol N° 790 hasta nuestros días, debe ser justificada y razonada por quienes declaren ajustada a la Constitución la norma. Cabe mencionar que si el Estado cumple con dar seguridad en las calles mediante actividad policial, de resguardo, de inteligencia y de persecución penal, y si los municipios velan por el uso racional y pacífico de las vías y por su iluminación, no resulta "necesario" cerrar las calles ni establecer un régimen discriminatorio de acceso a las mismas para garantizar seguridad a la población.

**8°.-** Tan evidente es que la norma cuestionada permite limitar y afectar el tránsito, que la propia norma tuvo que establecer una excepción para que "en todo momento se permita el acceso a los vehículos de emergencia, de seguridad pública, de utilidad pública y de beneficio comunitario", los cuales sin una norma literal y expresa como esa no tendrían libre tránsito. A su vez, de lo enunciado resulta tautológico y estéril señalar en la norma que el control de acceso debe garantizar "siempre que no se limite ni entorpezca con ello, en forma alguna, el tránsito peatonal", pues justamente el control consiste en determinar quién entra o no y por qué, lo cual es directa y expresamente entorpecer la circulación y discriminar impidiendo la circulación al afectado. Este punto resulta además muy relevante para pequeños comerciantes, pues el acceso a locales como panaderías y almacenes se verá indefectiblemente limitado y entrabado, por más que la ley pretenda crear una realidad diferente, ya que en los hechos habrá que pedir permiso en el punto de control para acceder a ellos cuando queden "encerrados" entre dos puntos de control.

**9°.-** Que, a mayor abundamiento, es un error tener como precedente y como criterio jurisprudencial a la sentencia Rol N° 1869-CPR, referida al control preventivo y obligatorio al proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, iniciado en mociones refundidas, que regula el cierre de calles y pasajes por motivos de seguridad ciudadana (Boletines N°S. 3848-06, 6289-25 y 6363-06), pues lo razonado en dicha sentencia se refiere a cierre de pasajes y calles ciegas, no a vías con entrada y salida diferenciada, es decir calles continuas. Adicionalmente dicha sentencia es rica en votos particulares, adhiriendo estos disidentes en plenitud a lo expresado en la disidencia de los Ministros Mario Fernández Baeza y Hernán Vodanovic Schnake, en orden a que en el ordenamiento constitucional chileno la libertad antecede a la seguridad. Esta prelación se manifiesta claramente en el artículo 1° de la Carta, cuyo primer inciso señala: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos",

mientras que al inicio de su último inciso dispone: "Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la familia...", agregando que la letra a) del número 7° del artículo 19 de la Constitución establece: "Toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros", lo cual incluye a los bienes nacionales de uso público.

**10°.-** Adicionalmente, si el norte y bien jurídico que el proyecto busca proteger es la seguridad del barrio, cabe tener presente, en clave jurídica, que las Municipalidades no están llamadas por la Constitución para "garantizar la seguridad de los vecinos", sino que solamente tienen un rol colaborativo a nivel de ley para el cumplimiento de tal labor, cuya satisfacción constitucionalmente corresponde al Presidente de la República y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. En efecto, el inciso segundo del artículo 24 de la Carta señala: "Su autoridad (del Presidente) se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes". A su vez, el inciso segundo del artículo 101 de la Constitución, por su parte, dispone: "Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública". Es por ello que resulta impertinente señalar como resguardos y argumentos de constitucionalidad la intervención y aprobación de órganos municipales. Adicionalmente los informes técnicos que se pidan a órganos de la Administración del Estado como la SEREMI de Transportes y Telecomunicaciones no son cuestiones que se refieran a tutela ni examen de ejercicio de derechos fundamentales.

**11°.-** A su vez, no puede preterirse que las calles, pasajes y vías locales son bienes nacionales de uso público, cuyo dominio y uso pertenecen a la nación toda, de suerte tal que las medidas que se autoriza adoptar a su respecto constituyen de facto una privación del derecho de propiedad, prohibida por el N° 24° del artículo 19 de la Constitución, sin declaración, desafectación ni contraprestación de ningún tipo para la comunidad.

**12°.-** Adicionalmente, el numeral 2, en las letras d) y e), del artículo único del proyecto, así como su artículo transitorio, modifican las atribuciones de los Municipios para dictar ordenanzas en materia de cierre de pasajes, supeditando el ejercicio de tal atribución a un reglamento del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que terminará delimitando y moldeando tal atribución. Debe tenerse presente que la ordenanza contemplada en tales normas se refiere al ejercicio de la atribución que precedentemente se consideró inconstitucional, por lo que dicha normativa es consecuencialmente inconstitucional también por los mismos motivos, agregándose que se vulnera la reserva de ley orgánica constitucional de atribuciones municipales del artículo 118, inciso quinto, de la Constitución Política, pues en este caso la potestad terminará delimitada y configurada a partir de un reglamento y no de la aludida ley, y la ordenanza será en realidad dictada no por los municipios sino que en los hechos será emitida por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, mediante la elaboración de la "ordenanza tipo", y su remisión a los Consejos Municipales para tan sólo "conocer" del asunto, sin que al Concejo Municipal se le faculte expresamente para modificar la ordenanza tipo, restringiendo de este modo la autonomía de las Municipalidades, cuya finalidad, de acuerdo al inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.695 es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas, siendo el rol de los Concejos Municipales, en sus funciones normativas, resolutivas y fiscalizadoras, hacer efectiva la participación de la comunidad local, de acuerdo al artículo 72 de la ya referida Ley Orgánica Constitucional.

**13°.-** Es por lo expuesto que entonces cabe declarar la inconstitucionalidad de las normas sometidas a control

# 14. Derecho migratorio.

**SENTENCIA ROL 9930-2020.** *Publicada el 29 de enero de 2021.*

Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de diversas disposiciones contenidas en el proyecto de ley de migración y extranjería, boletín N° 8.970-06.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES estuvo por declarar la inconstitucionalidad de:**

- Las expresiones "legalmente" contenida en el inciso segundo, y "lícitamente", del inciso cuarto, ambos del artículo 3°.
- El artículo 16, incisos segundo y tercero.
- La expresión "propia" del artículo 18.
- Las expresiones "por motivos calificados de interés nacional," y "de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular," del artículo 27, inciso segundo.
- El artículo 33, numerales 4° y 5°.
- En la parte cuestionada del artículo 127, N° 6.
- El artículo 131, inciso primero, únicamente en la frase ", y sin necesidad que a su respecto se dicte una nueva resolución, válidamente notificada".
- El artículo 132.
- El artículo 133, parte final.
- Artículo 135, incisos primero y final, en las partes que señalan "por un plazo que no puede ser superior a setenta y dos horas" y "el afectado por una medida de expulsión que se encuentre privado de libertad conforme a las disposiciones de este artículo será dejado en libertad si la expulsión no se materializa una vez transcurridas setenta y dos horas desde el inicio de la privación de libertad. Posteriormente"
- El artículo 137, inciso cuarto.
- El artículo 175, inciso primero, parte final, e inciso segundo, y
- El artículo 176 N° 16.

A su vez, en lo relativo a las declaraciones de inconstitucionalidad que coinciden con el voto de mayoría y los puntos resolutivos de la sentencia, se concurre sin compartir lo expresado en los razonamientos 4°, 5°, 6°, 8°, 9°, 11°, 12°, y 144° de la misma. Se fundamenta todo lo expresado teniendo presente además las siguientes consideraciones:

**1°.-** Cabe señalar que la carta de 1980 reconoce en su capítulo III la titularidad de los derechos fundamentales del catálogo de su artículo 19 a "todas las personas". Tal norma reviste especial importancia, pues basta la condición de persona para determinar la titularidad de tales limitaciones al poder, agregando el redundante explicativo de "todas" las personas, sin que tenga cabida entonces hacer distinciones limitativas de ninguna especie, al no haber exclusión posible.

**2°.-** A su vez, el artículo 3° de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica", norma que tiene su antecedente en el artículo 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

que dispone que "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Es decir, no existe el ser humano que no sea "persona" a la luz de los estándares universales de derechos humanos, más aún tras la barbarie del nazismo que consideró "subhumanos" y "no personas" a quienes buscó eliminar físicamente, recurriendo a la denegación de su estatus de personas para quitarles el amparo del derecho frente al poder estatal.

Así, es en esa clave que debe ser leído el reconocimiento de derechos fundamentales "a todas las personas" en nuestro ordenamiento, en el único entendido posible, cual es que se refiere a todo ser humano, sin distinciones de ningún tipo y sin exigir nacionalidad ni domicilio, ni menos elementos adicionales, por lo que la distinción entre extranjeros y nacionales es del todo inconcusa e impertinente a la hora de leer las normas del artículo 19, pues para distinguir entre nacional y extranjero primero se requiere ser persona dotada de nacionalidad, pero como el artículo 19 le reconoce titularidad de derechos fundamentales a "todas" las personas, la diferencia se vuelve irrelevante al no poderse distinguir, concluyéndose que el extranjero en Chile tiene plena titularidad y disposición de los derechos establecidos en la Constitución por regla general y expresa, y que para establecer alguna diferencia específica en algún derecho se requiere norma expresa en la propia constitución, por la vía de regla especial en el mismo texto.

**3°.-** En efecto, es la propia norma constitucional la que habilita expresamente a distinguir por factor nacionalidad cuando ello resulta posible, como lo hace por ejemplo en el numeral 16° del artículo 19 o en el artículo 25, de forma tal que si no distingue expresamente no corresponde hacerlo ni al legislador ni al intérprete.

**4°.-** De esa forma, no cabe entonces entender que un extranjero puede tener un régimen distinto en materia de los derechos a no ser objeto de discriminación, a la defensa, al debido proceso ni ningún otro derecho fundamental, salvo que expresamente así se establezca en la propia constitución, lo cual, además, en caso de hacerse, deberá ser respetuoso del derecho internacional de los derechos humanos.

**5°.-** Por otra parte, elementos como etnia, raza, nacionalidad, caracteres físicos, entre otros, son considerados como factores ilegítimos de diferencia de trato, creándose a partir de ellos estereotipos que sirven de base a conductas discriminatorias constitutivas, entre otros, de racismo y xenofobia. En este sentido debe también leerse el proyecto sometido a examen, pues todo enunciado normativo que gire en torno a tales consecuencias tiene un halo sospechoso de constituir una diferencia arbitraria de aquellas prohibidas en el numeral 2° del artículo 19 constitucional.

**6°.-** Por otra parte, el artículo 19, numeral 7° de la Constitución asegura a "toda persona" el derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros, estableciendo así un derecho subjetivo y una reserva de ley sobre los requisitos del mismo.

**7°.-** Partiendo de la obvia base que, como todo derecho fundamental, la libertad ambulatoria está dotada de contenido esencial amparado por el numeral 26° del mismo artículo y que es indisponible por el legislador, el derecho es entonces pre existente a la regulación del mismo y a las condiciones que el legislador fije, derivando entonces que la reserva de ley no puede degradar ni desconocer el contenido esencial de ese derecho estableciendo tributos, condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, y menos establecer potestades que permitan amagarlo de manera irresistible por vía administrativa y en déficit de fundamentación. De tal manera, la reserva de ley del derecho de ingreso al país , tránsito y residencia en el mismo solo podrá

referirse a aspectos accidentales o formales del derecho de ingreso y permanencia en Chile, pues la esencia del mismo y sus aspectos de fondo son previos a la regulación y no son disponibles por el legislador, que no puede negar a un extranjero la garantía de un derecho discriminándolo por ser extranjero y que no puede establecer tributos, condiciones ni requisitos que impidan su libre ejercicio.

**8°.-** En refuerzo de ello, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de derechos Humanos protegen los derechos humanos de los extranjeros, lo cual resulta obvio e impreterible, pues pertenecen sin duda al género humano y sus derechos humanos no pueden ser denegados por los Estados. En efecto, desde hace más de 30 años el derecho internacional es claro en orden a que "Los extranjeros tienen pleno derecho a la libertad y a la seguridad personales. Si son privados de su libertad con arreglo a derecho, deben ser tratados con humanidad y con el respeto a la dignidad inherente de su persona. Un extranjero no puede ser encarcelado por no cumplir una obligación contractual. Los extranjeros tienen derecho a libertad de circulación y libre elección de residencia; y tienen libertad para salir del país. Los extranjeros deben gozar de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, y tener derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones en un procedimiento judicial. No puede aplicarse a los extranjeros legislación penal retroactiva y los extranjeros tienen derecho a que se les reconozca su personalidad jurídica. Los extranjeros no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio ni su correspondencia. Tienen derecho a libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y derecho a expresar sus opiniones. Los extranjeros disfrutan del derecho de reunión pacífica y del derecho a asociarse libremente. Pueden contraer matrimonio, si tienen edad para ello. Sus hijos tienen derecho a las medidas de protección que su condición de menores requiere. En los casos en que los extranjeros constituyen una minoría, según se definen estas en el artículo 27[17] , no se les denegará el derecho a que, junto con otros miembros de su grupo, disfruten de su propia vida cultural, profesen y practiquen su propia religión y empleen su propio idioma. Los extranjeros tienen derecho a la protección de la ley en pie de igualdad. No debe haber discriminación entre extranjeros y nacionales en la aplicación de estos derechos. Estos derechos de los extranjeros quedarán restringidos solo por las limitaciones que puedan imponerse legalmente con arreglo al Pacto" (Comité de Derechos Humanos, observación general Nº 15, 1986, sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, párr. 7.).

**9°.-** Así, es indiscutible que en Chile todo extranjero tiene derecho a no ser discriminado, a defenderse, a un juicio con un debido proceso y a la revisión de los actos de la Administración del Estado que le afecten, todo ello en el marco de la tutela judicial efectiva. En efecto, tal aserto no es un invento ni un exceso hermenéutico de este sentenciador, ya que hace más de un lustro en sede de amparo la Corte de Apelaciones de Santiago declaró expresamente que "cabe recordar que el catálogo "de primera generación", contemplado en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, se proclama como asegurado "a todas las personas", sin distinción alguna, de modo que el imperativo de respeto y promoción de tales derechos esenciales, en los términos a que alude el artículo 5° de la Carta Fundamental, se hace extensivo a los no nacionales que se encuentran en el territorio de Chile. Ese deber de respeto y promoción adquiere ribetes especiales cuando se trata de extranjeros, en la medida que ellos se encuentran en una indudable situación de vulnerabilidad, de momento que carecen de redes de apoyo familiares y de proximidad, precisamente porque se

17 Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

hallan en un país que no es propio. En un contexto como el reseñado, existen ciertos derechos particularmente atingentes al caso y, entre ellos, por cierto, el derecho a la libertad personal, en todas sus dimensiones" (Caso rol 351-13 Corte de Apelaciones de Santiago, "Cuartel Borgoño", cons. 3°, confirmada por la Corte Suprema en Rol N° 1651-2013).

**10°.-** A su vez, este Tribunal ha reconocido expresamente el derecho humano a migrar, en sentencia rol N° 2273, que declaró inaplicables preceptos legales que contienen potestades amplias y en ocasiones discrecionales para decretar expulsión de extranjeros por la autoridad administrativa.

**11°.-** Teniendo presente el derecho a migrar, derecho humano y derecho fundamental, no deja de ser paradójico que se sostenga en el requerimiento que el mismo se le reconoce las personas migrantes pero que los Estados serían libres de determinar a quién reciben, pues se habría descubierto algo paradójico y sin sentido: existiría un derecho fundamental sin prestación ni obligación correlativa por parte del destinatario, lo que implicaría negar su carácter de derecho subjetivo y por ende su carácter de derecho fundamental, dando además carta blanca a los Estados para discriminar, estableciendo en su derecho interno libremente las herramientas para ello, nada de lo cual se concilia con concebir al migrante como titular de derechos humanos específicos ni menos con un enfoque garantista de la ley migratoria.

**12°.-** Debe tenerse además presente que gran parte de las personas que se encuentra a uno u otro lado de las fronteras en situaciones límites con la ley migratoria son en realidad víctimas de engaños, negocios irregulares y también de tráfico y trata de personas, en un universo de víctimas a las cuales el Estado les debe protección, garantías y restablecimiento de sus derechos, no siendo ajustado a derecho que los trate como delincuentes ni como infractores de ley utilizando la denegación de derechos fundamentales como herramienta. Así, es hoy un deber de los Estados asumir la regulación de los fenómenos migratorios en clave de derechos humanos, siendo impertinente, obsoleto y vulneratorio de derechos todo enfoque de criminalización de la migración, de xenofobia juridificada o de trato al migrante como un peligro o riesgo social.

**13°.-** En ese contexto, vectores normativos o ideas matrices declaradas como obtener una "migración ordenada", o invocar una pretendida necesidad de "ordenar la casa", implica necesariamente presuponer bondad o reprochabilidad del ingreso al país de unos y otros extranjeros, según los caracteres del migrante y los hechos que rodean su proceso de llegada, lo cual es necesariamente una conclusión obtenida en base a estereotipos discriminatorios que presuponen diferenciar entre migración buena y mala y entre migrantes deseables e indeseables, abriendo la puerta a racismo y discriminación, en condiciones que al mismo tiempo se dice reconocer formalmente el derecho humano a migrar.

**14°.-** Es en ese sentido que las potestades de negativa de ingreso y de expulsión de extranjeros han de obedecer a causales expresamente establecidas por ley, y que sean constitucionalmente admisibles en base a los estándares pre señalados, y por acto administrativo de ejecución debidamente fundamentado en hechos y derecho, lo cual además será revisable en sede judicial por las vías especiales que se establezcan en la legislación y también por las acciones constitucionales pertinentes, en el marco del derecho al proceso a defensa y a la tutela judicial efectiva de la libertad personal, en un contexto de no discriminación y de poder limitado.

**15°.-** Así, el presente control de constitucionalidad no puede realizarse sin considerar la vasta jurisprudencia de habeas corpus de la Corte Suprema en materia de derechos de los migrantes en los últimos 10 años, en los cuales la acción de habeas corpus ha servido no solo como un control de legalidad formal de actos administrativos, pues teniendo presente que la expulsión es

una sanción y que la negativa al ingreso al país es una privación de un derecho fundamental, la sede de amparo ha determinado un examen de razonabilidad, proporcionalidad y motivación, entendido como un estricto control de plena jurisdicción, en relación además con el derecho a no ser discriminado, los derechos del niño y la protección constitucional de la familia, etc., declarando contrarias a derecho, en clave constitucional y de derechos humanos, diversas medidas particulares de expulsión cuando los hechos invocados no son de una entidad tal que justifique una salida forzada del país (ver por ejemplo, sentencias de amparo de la Corte Suprema Roles N°s 66.13, 400-13 y 6649-13, entre muchas otras), cuando las alegadas infracciones a la ley no han sido probadas en juicio (por ejemplo, sentencia rol N° 36.947 de la Corte Suprema) o cuando los delitos invocados fueron objeto de denuncias o querellas que posteriormente son desistidas (ejemplo, sentencia Rol N° 11.157-20 de la Corte Suprema), sin perjuicio de tener como estándar de juicio el interés superior del niño, el arraigo familiar y la protección de la familia (por ejemplo, sentencia rol 11.164-20 de la Corte Suprema). En la medida que todos esos estándares de garantía de derecho, construidos desde la norma constitucional y desde el derecho internacional, no sean tenido en cuenta en las normas del presente proyecto sometido a control como elementos de juicio necesarios para el ejercicio de potestades limitativas de la libertad personal, se revela como dudoso el ajuste y armonía de las normas cuestionadas con los estándares constitucionales del artículo 5° en materia de derechos humanos y también con las garantías de defensa jurídica procesal y de la libertad personal de los numerales 3 °y 7° del artículo 19.

**16°.-** En efecto, la Corte Suprema ha señalado que "…los integrantes del órgano jurisdiccional competente para conocer y decidir la acción de amparo, no deben restringir su labor a un "control de mera legalidad de lo actuado en cuanto afecte la libertad personal y la seguridad individual", como sucede en la especie (considerando 4°) del fallo de primer grado-, sino que además debe cerciorarse, a través de un adecuado análisis de mérito a los antecedentes del proceso, que lo actuado no sea fruto de la arbitrariedad del agente contra quien se dirige la acción constitucional.

Conforme a lo anterior, la acción de amparo tiene por contenido específico el requerimiento de tutela jurisdiccional frente a privaciones de libertad ambulatoria o amenazas arbitrarias o ilegales al ejercicio de dicha libertad o privaciones, perturbaciones o amenazas a la seguridad individual, sin limitaciones y sin que importe el origen de tales atentados (Tavolari R. Habeas Corpus. Recurso de Amparo. Stgo., Ed. Jdca., 1995, p. 106).

Así las cosas, el órgano jurisdiccional al resolver la acción de amparo, debe cerciorarse que el acto impugnado, amén de provenir de una autoridad competente que actúe dentro del marco de sus atribuciones y en un caso previsto por la ley, no sea fruto de la arbitrariedad, lo que trae aparejado para los jueces el deber de verificar su razonabilidad, proporcionalidad y motivación, sin que esto suponga ignorar el margen de discrecionalidad que en precisos supuestos legales -y cumplidos los estándares recién mencionados- poseen determinadas autoridades, para decidir a la luz de los antecedentes, si ejercen o no la facultad concedida por la ley -en el presente caso, la expulsión del amparado-" (Corte Suprema, sentencia Rol Nº 6649-13, cons.4).

**17°.-** En referencia a privaciones de libertad para hacer efectivas expulsiones de extranjeros, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que "es evidente que cualquier medida que comprometa la libertad personal ha de ser de carácter excepcional, desde que importa la afectación de un derecho fundamental. Ahora bien, tal excepcionalidad se incrementa todavía más cuando se trata de detenciones de esta índole, que no están visadas por autoridad judicial alguna. Por lo mismo, han de sujetarse al tiempo mínimamente posible, sin que – en caso alguno - puedan extenderse más allá de los límites que la propia ley ha indicado, esto es, las mencionadas 24 horas.

De no entenderse así, carecerían de sentido y de eficacia los mecanismos protectores del derecho fundamental" (Caso rol 351-13 Corte de Apelaciones de Santiago, "Cuartel Borgoño", cons. 9°, confirmada por la Corte Suprema en Rol N° 1651-2013).

**18°.-** Es decir, el control de juridicidad de medidas expulsivas o de denegatorias de ingreso migratorias no se verifica solamente a partir de un examen de mera legalidad formal, sino de plena jurisdicción y desde la Constitución Política, porque el ejercicio de las potestades establecidas por la ley ha de ser conforme a la misma, pues la ley migratoria no puede interpretarse aislada de ella ni menos disociada de los derechos fundamentales involucrados.

**19°.-** En este sentido, más allá se ser calificadas como potestades discrecionales, las mismas resultan inconstitucionales al referirse a limitación de derechos fundamentales sin que su contenido esté dotado de una especificidad y determinación pre existente, objetiva y que sea reconocible en la ley, que es la norma idónea para limitar el derecho, solo por causales específicas y determinadas, deviniendo entonces en inconstitucional la norma que establece potestades de esos caracteres en materia de libertad personal.

**20°.-** Así, no bastando la mera legalidad formal para justificar una medida de prohibición de ingreso o de expulsión que es en sí una limitación de derechos, debe notarse que arbitrariedad e ilegalidad son hipótesis de antijuridicidad diferentes y así un acto puede ser apegado a la ley en lo formal, pero a la vez puede ser arbitrario y por ende antijurídico. En ese sentido, si las limitaciones a derecho son materia de ley y la constitución prohíbe la arbitrariedad, las normas devienen en inconstitucionales.

**21°.-** Desde esta perspectiva, debe tenerse presente que la falta de fundamentación de una decisión de cualquier autoridad, o bien la fundamentación aparente o incompleta, deja en la indefensión al que debe soportarla, pues no tiene como saber qué es lo que razonó ni lo que tuvo en cuenta la autoridad para decretar una negativa, de manera tal que no tiene como saber qué es lo que debe controvertir ni discutir para poder defender sus derechos.

**22°.-** Se está así en presencia de un acto de autoridad sin fundamentación completa y suficiente, la cual debiera estar forzosamente compuesta de:

» consideraciones de derecho,

» consideraciones de hecho y

» elementos particulares de juicio explícitamente ponderados,

**23°.-** A falta de dicha fundamentación completa y suficiente se está en presencia de una decisión arbitraria, pues, o bien no tiene fundamentos, o bien no declara sus fundamentos reales, o bien responde a fundamentos aparentes y formales que no se conectan con el caso, o bien responde a fundamentos ocultos intencionadamente para que el afectado no los conozca, y en este caso todas esas hipótesis se traduce en una consecuencia de atentado a la garantía constitucional de la libertad personal, en grado de privación. Es en este sentido que el actuar de los funcionarios de extranjería en frontera y el estándar de motivación que el proyecto establece para las normas cuestionadas en materia de expulsiones y denegatorias de ingreso resulta insuficiente, y por ende inconstitucional.

**24°.-** Por otra parte, la fundamentación puede existir y expresarse, mas a pesar de ello la existencia de motivos ocultos o la falta de ponderación de antecedentes de hecho deviene en que un acto es igualmente arbitrario, a pesar de tener una aparentemente completa fundamentación y a pesar de ser formalmente ajustado a derecho. En nuestro medio, está asentado hace ya décadas que

un "acto que es lícito por no contrariar norma legal alguna, puede no obstante ser arbitrario"[18] , al carecer de fundamento o ser desproporcionado en relación al fin que persigue, lo cual lo hace devenir en ilícito. A su vez, la Corte Suprema ha señalado hace más de 30 años que acto arbitrario puede ser "aquel que no es proporcionado, no es justo o equilibrado, en el que se respeta en forma aparente la ley, pero existe una desviación del fin que justifica el precepto legal" [19].

**25°.-** En cuanto a lo que será la eficacia de la ley, el habeas corpus en la actualidad es y seguirá siendo el principal medio de control jurisdiccional de medidas administrativas en materia migratoria, y no debe preterirse que su mayor uso es hoy como control de arbitrariedad, frente a actos que están dotados de una legalidad formal al tener ley habilitante y ser emitidos por autoridad competente, pero que son inconstitucionales por no tener fundamentación suficiente, por no ser proporcionadas las medidas adoptadas a los hechos que las motivan, lo que forzosamente debe tenerse presente a la luz de las potestades de expulsión y prohibición de ingreso en las normas cuestionadas del proyecto de ley. En este sentido cabe tener presente, entre cientos, los siguientes casos:

- Carlos Andrés Marín Angarita (y otros) contra Jefatura Nacional de Extranjería, Policía Investigaciones de Chile, Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de marzo de 2013 (recurso de amparo), Rol N° 351-2013.
- Luis Loyola Pérez contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Policía de Investigaciones de Chile (2013): Corte de Suprema, 9 de enero de 2013 (apelación recurso amparo), Rol N° 66-2013.
- Jorge Botero Valdés contra Intendencia Región Metropolitana, Policía de Investigaciones de Chile (2013): Corte Suprema, 16 de abril de 2013 (apelación recurso de amparo), Rol N° 2314-13.
- Jorge Botero Valdés contra Intendencia Región Metropolitana, Policía de Investigaciones de Chile (2013): Corte Suprema, 16 de abril de 2013 (apelación recurso de amparo), Rol N° 2314-13.
- José Javier Solís Bazán contra Intendencia de Tarapacá y Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional de Policía Investigaciones de Chile (2013): Corte Suprema, 3 de septiembre de 2013 (apelación recurso amparo), Rol N° 6366-2013.

**26°.-** Así, de lo expuesto aparece como consecuencia lógica que más allá del cambio normativo que el proyecto introduce en términos macro, la pervivencia de facultades fundadas en causales abiertas y/o discrecionales para decidir en sede administrativa y sumariamente si se deniega el ingreso a un extranjero o si se le expulsa del territorio nacional tendrá evidentemente el mismo derrotero jurisprudencial, pues la norma constitucional de garantía de la libertad personal y la acción de habeas corpus no han sido modificadas por el proyecto de ley en cuestión, y no podría ser de otra forma.

**27°.-** Por otra parte, en lo referido al derecho a la seguridad social, la normativa constitucional dispone que se asegura a todas los "habitantes" tal derecho, correspondiendo al legislador asegurar

18 PFEFFER, Emilio (2000) "Naturaleza, características y fines del recurso de protección". En Nogueira, Humberto (edit.). Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América Latina. Talca: Editorial Universidad de Talca, pp. 147-158, 153.

19 Corte de Apelaciones de Concepción, 14 de junio de 1988, rol N° 7098, considerando 8°. Confirmada por la C.S., 6 de julio de 1988, rol N° 12.743

el acceso a prestaciones "básicas y uniformes". En ese sentido, el proyecto exige que para quedarse y habitar en Chile el migrante no puede tener estatuto de turista, a lo cual debe agregarse que el ser o no habitante es una cuestión de hecho, entendida como el hecho de habitar, sin que la ley pueda ser tan contrafactual y poderosa de borrar o denegar el hecho de que un ser humano habite un lugar, que en este caso ha de estar dentro del territorio de la República. Desde esa perspectiva, no debe confundirse el hecho de habitar con el estatuto jurídico de regularización de un estatuto migratorio, pues ello implicaría confundir hechos con derecho y además determinar el alcance de la Constitución en función de lo que el legislador quiera al legislar, lo cual es someter la norma constitucional a lo dispuesto por la ley, en una evidente y anómala inversión y perversión del paradigma de supremacía constitucional, cuestión que también debe tenerse presente a propósito del avecindamiento de 5 años para acceder al derecho a sufragio por el extranjero y el conteo de tal plazo.

**28°.-** A su vez, la Constitución no establece la diferencia entre prestaciones contributivas y no contributivas, sino que solo dispone el acceso a prestaciones "uniformes", rasgo significa que debe cubrir a todos aquellos que se encuentren en similar estado de necesidad social.

**29°.-** De igual maneral, en la medida que la seguridad social deriva en gran parte de la protección constitucional del trabajo, no puede sostenerse que el mismo trabajo de dos seres humanos sea diferentemente digno. En efecto, el numeral 16° del artículo 19 de la Constitución habilita al legislador a exigir nacionalidad chilena para ciertos trabajos, pero no permite una degradación de la protección constitucional del mismo trabajo para los extranjeros. No debe olvidarse que es en contextos de condiciones ilegales de trabajo y en informalidad cuando más se vulnera la dignidad y derechos del trabajador.

**30°.-** Es por lo expuesto que para este sentenciador resulta inconstitucional la distinción de trato y acceso entre nacionales y extranjeros para prestaciones de seguridad social.

**31°.-** Por otra parte, cabe tener presente que el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento", estableciendo así un derecho humano diferente de la inviolabilidad del hogar y del derecho de propiedad sobre el suelo en el que se sitúe la vivienda, derechos de primera generación que no deben ser confundidos con el derecho social a la vivienda.

**32°.-** En este sentido, una norma puede ser inconstitucional por entrar en contradicción directa o indirecta con otra de rango constitucional o bien por ser su estándar de densidad normativa y de garantía insuficiente frente a la garantía de un derecho fundamental, en incumplimiento de un imperativo normativo-garantista o de acciones específicas. En este sentido, el reconocimiento amplio de derechos fundamentales y el recogimiento de los derechos humanos derivados de tratados internacionales que se configuran en el artículo 5° de la Constitución vigente obligan al Estado Chileno a dar amparo y garantía legislativa al conjunto de derechos del artículo 11 citado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este sentido, llama la atención que la norma del artículo 18 se limite a garantizar igualdad de acceso solo a la vivienda propia, dejando fuera de tal garantía de igualdad todas las formas de acceso a la vivienda no propia que permiten todas las otras formas de satisfacción del derecho humano a la vivienda digna. En este sentido, la palabra "propia" es lo que determina tal déficit, que al consignarse en una norma específica para extranjeros es además una diferencia de trato que deviene en la arbitrariedad de trato que prohíbe el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución.

# 15. Derechos de niñas, niños y adolescentes.

**SENTENCIA ROL 11.315-2021.** *Publicada el 26 de julio de 2021.*

Requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de parlamentarios que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del . Senado y de la h. Cámara de Diputadas y Diputados respecto de todo o parte de los preceptos comprendidos en las frases que transcriben de los artículos 11, 31 y 41 del proyecto de ley que "establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez", contenido en el boletín N° 10.315-18.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[…]

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quien además de los fundamentos expresados en la disidencia común, estuvo por rechazar el requerimiento deducido en base a las siguientes consideraciones adicionales:**

## I. TITULARIDAD DE DERECHOS POR LOS NNA

**1°.-** Cabe mencionar en primer lugar que la titularidad de derechos fundamentales, así como el ejercicio y disposición de los mismos, se configuran desde la Constitución, para "todas las personas", como expresamente lo determina el propio artículo 19 de la misma, entendido ello como norma de eficacia inmediata y directa a partir de su artículo 6°. Es decir, todas las personas son titulares de derechos fundamentales sin necesidad de mediación legislativa, y sin distinción de edad a partir de las normas constitucionales. A ello se agregan las garantías jurisdiccionales de los mismos, que en sus artículos 20 y 21 tampoco limitan ni segmentan rangos etarios para su uso.

**2°.-** A su vez, los derechos regulados en la Constitución son los "fundamentales", entendidos como los derivados de las necesidades de respeto y preservación de la dignidad humana a partir de su artículo 1° y como derechos subjetivos universales, explicitados y asegurados con garantías específicas, en una posición de superioridad en el sistema de fuentes. De tal manera, la titularidad y capacidad de derechos fundamentales se configura en y desde la constitución y cabe concluir que los derechos fundamentales y la capacidad ius fundamental son diferentes de la configuración que el resto del sistema de fuentes determine para la titularidad y capacidad de derechos de rango legal y no fundamentales. Así, no debe confundirse la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales en una constitución de 1980 y en el derecho internacional de los derechos humanos en pleno siglo XXI con lo que los decimonónicos Códigos Civiles napoleónicos, que incluyen además al derecho de familia en su contenido, llamaron capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

**3°.-** Cabe mencionar que incluso en tal paradigma de legislación civil, el niño es titular de derechos pues es persona, y en ese marco, el derecho de familia del Código Civil concibió desde el siglo XIX, al niño como un titular de capacidad de goce, mas no de capacidad de ejercicio, entendiéndolo como un incapaz, absoluto o relativo según su edad. Civilmente hasta hoy es un incapaz, absoluto si es infante y relativo si es menor adulto.

**4°.-** Cabe decir que incluso en ese paradigma del siglo XIX, sin constituciones justiciables y sin derecho internacional de derechos humanos, el niño siempre ha sido titular de derechos, pues es persona, pero al ser declarado incapaz por la ley, se le priva de la capacidad de ejercicio y sus derechos y obligaciones pasan a ser además un "objeto de protección", debiendo actuar representado por una persona plenamente capaz. Lo novedoso en el siglo XX es que el sistema internacional de derechos humanos y el constitucionalismo de los derechos fundamentales va a ir más allá de la ley civil, superando el paradigma expuesto y reconocerán al niño derechos

fundamentales y derechos humanos, algunos de ellos derechos específicos, y coronarán tal avance con la institucionalización de capacidad de ejercicio a su respecto. Así, aparece la figura del niño en el derecho internacional de los derechos humanos, pasando de ser un incapaz civil a ser titular de ejercicio derechos fundamentales y derechos humanos, algunos de ellos marcadamente específicos, en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño, ratificada por Chile y vigente. En adelante, en razón del título de tal convención, se hablará de "niño" para referir al menor de edad, a pesar de que hoy es más usada para ello la sigla NNA (niños, niñas y adolescentes).

**5°.-** Es por lo expuesto que, como se señala en la disidencia conjunta, se puede sostener una doble titularidad de derechos para los NNA, o bien una titularidad reforzada, arrancando desde la fuente constitucional y adicionalmente con la Convención sobre los derechos del niño como fuente específica.

## II. ACERCA DE LA CUESTIÓN DE LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA PROGRESIVA.

**6°.-** Sin desconocer el rol de los padres, sobre todo sus deberes, pues el niño es una persona humana pero es a la vez un ser en etapa de formación, en situación de dependencia material y afectiva, y por ende no auto valente, es que el ejercicio de tales derechos comienza paulatinamente y se va extendiendo en cuanto a su intensidad, amplitud y objetos a lo largo del tiempo en el cual se va desarrollando el paulatino y gradual proceso de madurez, acompañado de guía y apoyo de los padres, todas cuestiones que son indisociable del proceso de desarrollo de la personalidad y madurez de cada ser humano. Es así que aparece como una necesidad conceptual y metodológica la denominada "autonomía progresiva" del niño, pues sus esferas de ejercicio de sus propios derechos son espacios de autodeterminación iniciales o relativos al inicio, que van creciendo y consolidándose de manera paulatina e irreversible, motivo por el cual se alude su carácter de progresiva. A mayor progresión de tal autonomía será menor la injerencia y poder de decisión de la autoridad parental, pues el proceso se asocia al avance gradual a la madurez, y es por ello que el rol de los padres pasa a ser de orientación y guía.

**7°.-** Cabe señalar que las normas cuestionadas del artículo 11 del Proyecto de Ley no son más que la explicitación de las consecuencias necesarias e ineludibles del proceso de autonomía progresiva. En este sentido cabe señalar que, sin que se le denomine expresamente así, la autonomía progresiva del niño ya está consagrada en diversas normas del sistema de fuentes del derecho chileno, por lo que ningún efecto útil podría tener una declaración de inconstitucionalidad de tales normas en este proceso.

**8°.-** En efecto, la autonomía progresiva es parte de los derechos específicos del niño, de fuente internacional convencional, es una obligación internacional del Estado Chileno y es a la vez una norma de principio, por lo cual los órganos del Estado deben optimizar su aplicación y eficacia, por tanto resulta una conclusión necesaria que sus restricciones y limitaciones se interpretarán de forma estricta y restrictiva, con o sin la parte impugnada del art. 11 que se cuestiona, y si se declara una inconstitucionalidad, sus fuentes de derecho internacional la siguen consagrando y sigue siendo progresiva, y en consecuencia significa menor injerencia parental de manera gradual, con o sin las normas cuestionadas.

**9°.-** Es ineludible en este paradigma el objetivo pleno desarrollo, el rol orientador, el deber de oír y la guía en el ejercicio por sí mismo de sus derechos, teniendo como eje a la evolución de sus facultades, todo lo cual determina estadios y elementos que construyen un camino continuo a la madurez y a la autodeterminación, en tanto el niño es titular de libertades y derechos, todo lo cual es parte ineludible de la autonomía progresiva, sin la cual es imposible el ejercicio de derechos por parte del niño. A su vez, el ejercicio por sí mismo de sus derechos fundamentales de conformidad a la evolución de sus facultades es la consagración de la autonomía progresiva del niño en artículo 222 del Código Civil, también en clave de norma de principio.

**10°.-** Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también tiene pronunciamientos referidos al tema, declarando expresamente *"(...) el derecho de los niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte" (Sentencia del caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, de 25 de noviembre de 2013, párrafo 219), que "los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad."* (Sentencia del Caso de la masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009 Serie C No. 211, párr. 184).

**11°.-** En cuanto a la autonomía progresiva, la misma también ha sido reconocida expresamente en el sistema interamericano de derechos humanos, al señalarse por la Corte que *"(…) Las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos. Téngase presente a este respecto, que la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, por tanto, el artículo 19 'debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial'. En tal orden de ideas, la Convención y la Declaración consagran un trato preferente a las niñas o niños en razón precisamente de su peculiar vulnerabilidad y, de esa forma, procuran proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales"* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014, párrafo 66) y que *"el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso"* (OC-17/2002, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niños", de 28 de agosto de 2002, párrafo 102). Este voto hace suyos tales estándares, con los cuales el Estado Chileno puede ser juzgado en el sistema interamericano de derechos humanos, sin que declaración alguna de inconstitucionalidad del presente proceso obste a ello, y sin que las normas del proyecto de ley o el texto de esta sentencia puedan ser invocado para eludir o dejar sin ejecutar los deberes propios del derecho internacional de los derechos humanos.

**12°.-** No cabe duda entonces que la autonomía progresiva es parte de los derechos humanos específicos del niño, a nivel internacional, a nivel constitucional por la vía del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, y es a la vez un pilar del derecho de familia a nivel legal en el derecho interno, consagrada y entendida como un principio rector, por cuanto resulta particularmente relevante la interpretación en este sentido, entendiendo el sistema jurídico como un conjunto de derechos, obligaciones recíprocas y garantías, en tanto parámetro de control indisoluble de los actos de ejercicio del poder, que se cimenta sobre de la necesidad de respeto de la dignidad humana, que tiene la característica de configurarse como un elemento intrínseco, inalienable e irrenunciable, que tendrá que ser asegurado, garantizado, respetado y promovido por el ordenamiento jurídico, en todas sus dimensiones. En tal entorno es deber del Estado darle la máxima eficacia a tal principio, e interpretar todo lo relacionado con el niño en torno a la titularidad y ejercicio de sus derechos en clave de autonomía progresiva.

## III. EN CUANTO AL DERECHO DE REUNIÓN DE LOS NNA

**13°.-** En cuanto a los derechos de reunión y asociación, el art. 15 de la Convención de derechos del niño los reconoce como derechos específicos del niño, es decir, explicita al niño como titular de su ejercicio, estableciendo en el inc. 2 los motivos de limitación[20] , señalando que no puede haber más que esos, razón por la cual las reglas impugnada que permiten ejercerlos *"… por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se desenvuelven así lo permitieren*", en clave de autonomía progresiva, que más que una opción de política legislativa es así un deber del Estado. Cabe observar que la voluntad de los padres o su derecho preferente de educación en la constitución del 80 no es motivo habilitante de limitación como elemento de veto para el ejercicio de estos derechos (el rol de los padres se reconduce a guía y orientación a partir del artículo 18 de la Convención, mas no a veto de ejercicio), está fuera de las hipótesis del artículo 15 de la Convención y una interpretación como la sostenida en el requerimiento y en el voto de mayoría implica concebir un poder de veto parental en el derecho del propio Estado respecto de un ejercicio de derechos que la norma internacional contempla para el niño, para así dejar sin cumplir las normas de la convención sobre titularidad y ejercicio de estos derechos por el propio niño.

**14°.-** Así, la declaración de inconstitucionalidad de las reglas cuestionadas sobre el derecho de reunión resulta ser derechamente liberticida respecto del niño, pues desaparece todo el espacio de autonomía progresiva que pudiese existir en el área de ejercicio del derecho de reunión y por ende se produce la misma afectación de los otros derechos cuyo ejercicio es consecuencialmente conexo, como libertad de expresión y asociación, pues la única forma de ejercicio que subsiste del derecho de reunión es la del permiso parental, que así se transforma en un veto, volviendo el niño al paradigma de incapacidad civil, debiendo preguntar y recabar permiso -el cual puede ser negado sin expresión de causa. Lo explicado es la consecuencia de eliminar la posibilidad de ejercer estos derechos *"por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se desenvuelven así lo permitieren", pues solo queda la hipótesis de autorización de los padres, eliminándose el ejercicio del derecho "por sí solos"*, y sin que se pueda considerar ni menos ponderar edad ni grado de autonomía para espacios de ejercicio autónomo sin veto parental.

## IV. CONCLUSIÓN

**15°.-** En conclusión, las normas cuestionadas no consagran nada que ya no esté incorporado al derecho chileno por vía de estándares internacionales que es imperativo cumplir, a lo cual se suma que este Tribunal que este Tribunal ha utilizado en diversas oportunidades a la Convención sobre los derechos del niño como estándar de control (ver por ejemplo, sentencias Roles N°s 786, referida a la denominada "indicación Larraín", en materia de responsabilidad adolescente; 2743 2791 y 3119, referidas a normas procedimentales punitivas para adolescentes; 2867 sobre nombramiento de curadores y 3364 en materia de derecho a la identidad).

**16°.-** Desde esta perspectiva, las declaraciones de inconstitucionalidad no modifican los deberes del Estado en la materia, a lo que se agrega que la educación sexista y no respetuosa de la libertad de conciencia es atentatoria en contra de la garantía de esta última y del derecho a no ser objeto de discriminación, por lo que con las normas constitucionales e internacionales preexistentes a este proceso se concluye de todas formas como obligación del Estado lo que se pretende declarar inconstitucional en el proyecto.

20 "No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.".

# 16. Protección del trabajo y libertad sindical.

**SENTENCIA ROL 12.196-2021.** *Publicada el 8 de septiembre de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la frase "y, en consecuencia, no será aplicable el abandono del procedimiento", contenida en el artículo 429, inciso primero, del Código del Trabajo. VTR.COM SPA. En el proceso RIT C-5-2013, RUC 12-4-0038520-1, seguido ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó.

**VOTO MAYORÍA**

[…]

**I. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO CONCRETO.**

**PRIMERO**.- Patricio Zapata Larraín, Juan Ignacio Alarcón Santander, Martín Bernardo Canessa Zamora y Carolina Baeza Parker, todos abogados, en representación de VTR.COM SpA., deducen requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 429 inciso 1º del Código del Trabajo, que dispone "y, en consecuencia, no será aplicable el abandono de procedimiento (…)" sirviendo como gestión pendiente, como consta a foja 124, el juicio de cobranza laboral seguido ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó, bajo el Rol C-5-2013, caratulado "Díaz / Sociedad de Servicios ARB Limitada"; toda vez que la aplicación del precepto impugnado, a su juicio, devendría en la infracción de los artículos 19 Nº 2, 3 y 26 de la Constitución Política.

**SEGUNDO**.- En relación con la gestión pendiente, el requirente destaca que el litigio se origina cuando se inició el procedimiento de cumplimiento de la sentencia laboral de 26 de diciembre del 2010, dictada en autos RIT M-202-2011. Argumenta, que en dicha causala demandante solicitó la nulidad del despido conjuntamente con despido injustificado y el cobro de prestaciones laborales y previsionales en contra de su ex empleadora, Sociedad de Servicios ARB. LTDA., y de forma solidaria, en contra de empresa VTR GLOBAL COM S.A. De tal forma, su presentada habría sido condenada solidariamente junto con el demandado principal.

A reglón seguido, expresa que en el proceso de cobranza de la sentencia de prima instancia, el tribunal practicó una primera liquidación de las obligaciones derivadas de aquella. Así, mediante resolución de 22 de enero de 2013, el Tribunal fijó y ordenó el pago de un monto Taltal ascendente a $3.545.073. Dicha liquidación habría sido objetada, siendo practicada una nueva liquidación, esta vez por un monto de $2.936.130.

Con fecha 27 de junio de 2013, la requirente da cuenta que consignó en el tribunal la suma indicada. Luego, el 02 de julio de 2013, junto con pedir que se girara dicho cheque, la ejecutante solicitó una reliquidación del crédito , por haber transcurrido tres meses desde la anterior. De tal modo, la reliquidación dio como resultado el saldo de $638.296.

El 11 de noviembre del 2013, la requirente da cuenta que consignó dicho monto en el tribunal, solicitando que se tuviera por pagada la deuda. En tal orden, el Juzgado se negó a lo anterior, debido a que, a su juicio, no habría sido pagadas las remuneraciones devengadas con ocasión de la nulidad de despido. Ante ese escenario, se dedujo recurso de reposición, en el entendido que dicha obligación no recañia en ella, dada su calidad de responsable solidario.

Agrega, que la parte ejecutante, solicitó reliquidación del crédito y tasación de las costas procesales y personales, las que quedaron fijadas en $2.264.617. Así, con fecha 11 de febrero del 2014, la

requirente de estos autos habría solicitado dar cuenta del pago íntegro de la deuda, al consignar cheque girado por la suma antes referida. Posteriormente, se confirió traslado a la ejecutante, el que se tuvo por evacuado en su rebeldía. En consecuencia, el 26 de febrero del 2014, el Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó, resolvió tener presente el pago del total de la deuda y alzar el embargo, así como la medida cautelar de retención de devoluciones de impuesto.

La actora precisa que, mediante escrito de fecha 18 de marzo del 2014, la ejecutante solicitó al Tribunal "ordenar la entrega del cheque acompañado por la contraria para hacer efectivo el crédito del pago adeudado". Cuestión que es reportada como la última gestión útil, hasta el año 2021.

El requirente , indica que en agosto del 2021, fue presentado un escrito solicitando el desarchivo de la causa y una nueva liquidación, basándose en que las demandadas, a su juicio, no habrían convalidado el despido adecuadamente. De tal forma, el tribunal laboral ordenó una segunda liquidación, la que fue emitida con fecha 20 de septiembre del 2021 y que asciende a la suma de $77.954.095, siendo 40 veces la sima del monto liquidado y pagado el aó 2014. Finalmente, indica que con fecha 29 de septiembre del 2021, el tribunal decretó el embargo por el monto indicado.

**TERCERO**.- En tal sentido, el requirente arguye que la aplicación del precepto impugnado tiene efectos decisivos en la gestión pendiente, ellos consisten en la exclusión del instituto procesal del abandono del procedimiento, y que la eventual inaplicabilidad del precepto impugnado tendrá efectos decisivos, pues permitirá al juez laboral la aplicación supletoria de las normas procesales civiles sobre abandono de procedimiento.

**CUARTO**.- Con todo, la requirente, a foja 20, explica que la aplicación del precepto impugnado en la gestión pendiente producirá resultados contrarios a la Constitución. Precisa que, por una parte, se producirá la vulneración del derecho al debido proceso, toda vez que acarrea la imposibilidad de dar por concluido el litigio, a pesar de haber procedido siempre de buena fe, y en cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal. Por otra parte, afecta al derecho a la igualdad y no discriminación arbitraria, toda vez que no resulta razonable permitir que la inactividad de la contraparte y la incorrecta liquidación de la deuda por parte del juez laboral termine perjudicando a su representada. A su juicio, existiría desproporción en relación con los montos devengados como resultado de la inactividad de la contraria. Por último, afirma que se transgrede la garantía del núcleo esencial, y la seguridad jurídica, toda vez que exlcuir la institución del abandono del procedimiento tiene como consecuencia mantener a su representada en un estado jurídico de incerteza permanente, impidiéndole dar por cerrado el proceso.

## II. EL ABANDONO DEL PROCEDIMIENTO EN RELACIÓN CON LA LEGISLACIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL.

**QUINTO**.- Que, la institución del abandono del procedimiento se encuentra regulada en el Código de Procedimiento Civil ("CPC"). De acuerdo con esta legislación, *"[e]l procedimiento se entiende abandonado cuando todas las partes que figuran en el juicio han cesado en su prosecución durante seis meses, contados desde la fecha de la última resolución recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos"* (artículo 152 CPC).

**SEXTO**.- Que, la doctrina ha entendido que el abandono del procedimiento consiste en que las partes intervinientes en el proceso omiten realizar diligencias durante cierto tiempo. De esta forma, es una sanción al litigante negligente, porque con su pasividad en el proceso quebranta la certeza jurídica al no ejercer el denominado "impulso procesal", siendo su efecto "(…) extinguir la relación procesal que existió, como si ella no hubiese jamás tenido lugar y, por ende, han de

desaparecer todas las actuaciones producidas (…)" (Domínguez Águila, Ramón "Comentarios de Jurisprudencia: Abandono de procedimiento. Efectos. Embargo" en Revista de Derecho Universidad de Concepción N°193 año LXI [en-jun 1993] p.172) (STC 8168). Es así que se ha señalado que "[e]l abandono del procedimiento se asocia estrechamente al principio del impulso procesal, esto es, la carga que tienen todas las partes litigantes de realizar las actuaciones necesarias para que efectivamente el proceso siga su marcha" (Figueroa Yávar, Juan y Morgado San Martín, Erika, 2013: Procedimientos civiles e incidentes. Santiago: Legal Publishing, p. 255).

**SÉPTIMO**.- De esta forma, la institución del abandono del procedimiento sanciona la inactividad o negligencia de las partes en hacer avanzar el proceso y se encuentra establecida, como regla general, en los procedimientos civiles. Ello se debe, por una parte, a que los procedimientos civiles están informados preponderantemente por el principio dispositivo en la medida que sirven para la discusión de intereses privados y, por la otra, porque presuponen la igualdad formal entre las partes del juicio. Por consiguiente, cuando el impulso procesal está radicado en el tribunal, como sucede, por ejemplo, en los procedimientos civiles cuando se ha citado a las partes para oír sentencia definitiva, no procede alegar el abandono del procedimiento si se ha tardado más de seis meses en dictarse el fallo.

**OCTAVO**.- Que, desde esta perspectiva, la institución del abandono del procedimiento es una opción legislativa frente a la inactividad de las partes, la necesidad de dar seguridad jurídica y el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. Sin embargo, existen también otras opciones igualmente legítimas, como, por ejemplo, el establecimiento del impulso procesal de oficio (Casarino, Mario, 2005: Manual de derecho procesal, Tomo III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 179). En tal sentido, el abandono del procedimiento no es una institución protegida constitucionalmente, sino una de las varias alternativas para proteger principios o derechos constitucionales. Así las cosas, no debe confundirse el derecho con el mecanismo de garantía, que será específico en función del tipo de proceso, los intereses en juego y la naturaleza de los derechos litigiosos. En otras palabras, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no se salvaguarda exclusivamente por el abandono de procedimiento, y dicho incidente especial no puede ser su único y universal medio de garantía. En los procedimientos especiales donde opera el principio del impulso procesal de oficio, la judicatura es la garante de los intereses procesales y sustantivos de las partes.

**NOVENO**.- Por el contrario, el procedimiento adjetivo en materia laboral se organiza al servicio de la dimensión sustantiva del Derecho Laboral y de Seguridad Social. La igualación con sello formalista de los procedimientos civiles se disocia de los principios formativos del proceso laboral por varias razones. Primero, por la ausencia de equivalencia de las partes en un procedimiento de trabajo. Segundo, por la necesidad de obrar con mayor celeridad en los procedimientos, de un modo tal que permita que dicha igualación sustancial sea efectiva en los hechos. Tercero, porque el proceso se construye como una garantía de efectividad de respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, regulado bajo el principio "pro-operario". Y, cuarto, porque no existe una modalidad dispositiva del procedimiento que permita libremente disponer de las acciones y modos de tutela, teniendo en cuenta que los derechos laborales son irrenunciables. Como consecuencia de lo anterior, la posibilidad de permitir el abandono del procedimiento puede constituirse en una forma de abandono de los intereses laborales tutelables, por eso, el procedimiento se torna indisponible para las partes, primando el principio de oficialidad en el obrar del juez.

**DÉCIMO**.- Que, así las cosas, el abandono del procedimiento supondría afectar el principio protector de los trabajadores, tanto porque limita la acción de oficio del juez laboral como por el hecho de que la extensión del principio de protección a los trabajadores abarca el momento de la contratación, su desarrollo contractual y al momento de su término.

## III. LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR COMO UN FIN CONSTITUCIONAL LEGÍTIMO

**UNDÉCIMO**.- Que, la protección del trabajador es un fin constitucionalmente legítimo, puesto que la Ley Fundamental asegura a todas las personas, "la libertad de trabajo y su protección" (artículo 19, numeral 16° de la Constitución).

Así cuando el trabajador está frente a contingencias sociales que le modifican su curso de vida laboral, esa vulnerabilidad se enfrenta con la Constitución como garantía. De este modo "el legislador ha tenido conciencia que el despido de un trabajador es un momento en donde se origina un parteaguas en su consideración normativa. Por una parte, está la vulnerabilidad propia de quién deja de trabajar y, por otra, es que se configura una contingencia social de cesantía que requiere ser resuelta o mitigada (...) La descripción de estas modificaciones legales nos indica la enorme variabilidad de los regímenes de despido, desahucios e indemnizaciones adoptados en diversos períodos históricos. Incluso es posible admitir el pluralismo normativo bajo una misma Constitución. En tal sentido, no es resorte de este Tribunal identificar un modelo constitucional de protección laboral frente al despido, cuestión de mérito contingente del legislador, sino que de especificar los derechos de los trabajadores en esa particular contingencia vulnerable en una lógica de protección del trabajador, sin desestimar el ejercicio del poder de dirección empresarial" (STC 3722, c. 11°);

**DUODÉCIMO**.- Que, en ese mismo sentido, la legislación laboral está orientada por criterios informadores que se deben traducir en el principio "pro-operario" como un eje transversal a todo su ordenamiento procesal y sustantivo. De esta manera, es evidente que un procedimiento célere para satisfacer los créditos a favor del trabajador no vulnera la igualdad ante la ley, sino que la realiza a favor de la parte más débil del contrato. Por tanto, el debido proceso laboral es racional para su natural celeridad en el cobro de un título ejecutivo indubitado y es justo, porque articula un procedimiento que permite igualar las armas jurídicas en el marco de un proceso que no se dilate por un sinnúmero de oposición de excepciones que se abren en los procedimientos civiles comunes (ver STC ROL 8995-20, C. 5º, del voto disidente).

## IV. LA INCIDENCIA DE LAS COTIZACIONES PREVISIONALES COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL.

**DECIMOTERCERO**.- Que, nuestra Magistratura ha definido que las cotizaciones sociales están al servicio de un conjunto de fines constitucionalmente legítimos, habida cuenta del carácter obligatorio con el cual el legislador las puede imponer. Por contrapartida, la cotización previsional es "(…) un acto mediante el cual, de manera imperativa por mandato de la ley, el empleador debe descontar determinadas sumas de dinero, de propiedad del trabajador, para garantizar efectiva y adecuadamente prestaciones de seguridad social vinculadas a estados de necesidad que son consecuencia de la vejez y sobrevivencia, esto es, jubilaciones y montepíos (SCT 519, c. 14°)" (STC 3722, c. 19º).

**DECIMOCUARTO**.- En tal sentido, las cotizaciones inciden en el derecho de seguridad social, tutelado en el artículo 19, Nº18 de la Carta Fundamental, por tanto, corresponde a un derecho fundamental: "(…) conforme al cual se otorga un mandato especial al Estado para garantizar

el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas" (STC Rol 519, c. 13°). Desde esta perspectiva, la dimensión de seguridad social es la que aflora con mayor fuerza, por la naturaleza de determinadas contingencias, en aquellos momentos de mayor vulnerabilidad que tienen las personas. De esta forma, "(…) el derecho a la seguridad social, en la visión que ha sustentado la doctrina más reciente, tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal. (Héctor Humeres Noguer. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 23). Así, el derecho a la seguridad social constituye una directa y estrecha proyección de la dignidad humana a que alude el artículo 1º, inciso primero, de la Carta Fundamental (STC 790, c. 31°)" (STC 3722, c. 22º).

**DECIMOQUINTO.**- En relación a lo anterior, siendo la cotización previsional y su entero una obligación derivada del derecho fundamental a la seguridad social, cobra relevancia lo señalado por esta Magistratura en orden a que los derechos públicos subjetivos de la seguridad social se caracterizan por ser: a) patrimoniales, en tanto forman parte del patrimonio de las personas, destinadas a asistirlas para que puedan llevar una vida digna, cuando se verifique algún estado de necesidad; b) personalísimos, de modo que son inalienables e irrenunciables; c) imprescriptibles, en cuanto las personas siempre podrán requerir al Estado o a los particulares que administran parte del sistema, en virtud del principio de subsidiariedad, los beneficios para la satisfacción de estados de necesidad que les afectan, y d) establecidos en aras del interés general de la sociedad. (STC 519 c. 13; 767 c. 15; 3265 c. 9; 3404 c. 9; 3058 c. 10; 10793, c. 10). Ello desnuda una vez más la impertinencia del abandono de procedimiento en los juicios laborales y de seguridad social, en tanto estos últimos no se refiere a relaciones jurídico-procesales de intereses patrimoniales individuales, de orden totalmente privado y absolutamente disponible, ni se condice con los objetivos e intereses tutelados por el derecho sustantivo del trabajo y la seguridad social.

## V. EL IMPULSO PROCESAL DE OFICIO COMO PRINCIPIO FORMATIVO DE LA JUSTICIA LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

**DECIMOSEXTO.**- Una de las dimensiones naturales de un requerimiento de inaplicabilidad es recurrir al principio de supresión lógica hipotética de la norma. Así las cosas, corresponde situarse en el supuesto contra fáctico de cuál sería el resultado si se declarara inaplicable el precepto legal impugnado. Si ello aconteciera en este caso, no habrá otra norma que aluda a la institución del abandono del procedimiento, por lo que habría que recurrir a las normas supletorias del procedimiento establecido en esa ley.

**DECIMOSÉPTIMO.**- Que, respecto del principio del impulso procesal de oficio, es útil señalar que "(…) es aquel principio que ordena que sea el tribunal quien haga avanzar el procedimiento a través de cada una de sus etapas. Atendida la existencia de un interés público en la tramitación de los procedimientos y la pronta resolución de los conflictos, este principio ordena que sea el tribunal quien haga avanzar el procedimiento, aunque no lo hagan las partes. Las partes son titulares de las pretensiones deducidas en el proceso, pero no son dueñas del procedimiento, razón por la que no existen problemas jurídicos en entregar el impulso procesa al juzgador (…). Las ventajas de este principio de impulso procesal de oficio es que permite una mayor celeridad en la tramitación de los procedimientos, de manera de lograr una pronta resolución de los conflictos y evitar el atochamiento de los tribunales por la desidia de las partes en la tramitación de sus procesos" (Maturana, Cristián, 2018: Procedimiento civil declaratorio ordinario: disposiciones comunes a todo procedimiento. Juicio ordinario de mayor cuantía y la prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 21-22).

**DECIMOCTAVO.**- Que, en el ámbito laboral, Gabriela Lanata sostiene que el principio en análisis y que corresponde al de oficialidad pone "(…) de manifiesto el interés público envuelto en los procedimientos laborales" (Lanata, Gabriela, 2011: Manual de proceso laboral, 2ª ed., Santiago, Legal Publishing, p. 22); agregando que "[s]e dejó expresamente establecida la improcedencia del abandono del procedimiento, más por razones históricas que por la necesidad de su consagración expresa, ya que una institución como ésa no se conlleva con un procedimiento de esta naturaleza (…). Queda claro, entonces, que una vez requerido el tribunal, el juez debe ejercer su acción de oficio y será él quien deberá mantener un rol activo en la dirección del proceso" (Ibíd., p. 23).

**DECIMONOVENO.**- En este contexto, desde la perspectiva de la lógica formal, la impugnación del requirente en lo que atañe a la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto impugnado, no elimina la proscripción de la institución del abandono en los procedimientos para el cobro judicial de cotizaciones previsionales. Ello, porque la disposición objetada no es sino la conclusión de un silogismo. En efecto, en los procedimientos informados por el principio de impulso procesal de oficio el avance del proceso está radicado en el juez y, en consecuencia, no procede la sanción del abandono del procedimiento. Así las cosas, la impugnación planteada en el requerimiento no conduce al resultado pretendido por el requirente, porque al no atacar la premisa menor en que se apoya el silogismo -esto es, que el procedimiento está informado por el principio de impulso procesal de oficio (artículo 429 inciso 1º, del Código del Trabajo)- permite que la conclusión a la que se arriba empleando el razonamiento lógico se mantenga incólume, aun cuando no haya texto legal expreso.

**VIGÉSIMO.**- En otras palabras, habida cuenta de que el procedimiento contenido en el artículo 429 del Código del Trabajo está informado por el principio de impulso procesal de oficio, la institución del abandono del procedimiento no se aviene a ese procedimiento, lo que trae aparejado que no procedería su aplicación aun en el caso de que dicha legislación no dijera nada al respecto.

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- Que, en este sentido se pronunció también la Excma. Corte Suprema, en sentencia del Pleno de fecha 2 de febrero de 2017, en autos Rol N°28.642-2016, que en su voto de mayoría determinó: "Sexto. Que analizado el tenor del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, es pertinente poner de relieve que la frase 'cesación de las partes en la prosecución del juicio' es indicativa de la inactividad de aquéllas, reveladora de un desinterés en obtener una decisión al conflicto sometido al conocimiento jurisdiccional, dice relación con la pasividad imputable a los litigantes en propulsar el avance del proceso. En otras palabras, que las partes, enteradas del estado de la causa y gravitando sobre ellas la carga procesal –entendida como el ejercicio del derecho en el logro del propio interés– de instar por su progresión, nada hace en tal sentido (...). Octavo. Que de esta manera, entonces, la carga que los litigantes han de ejercer, so pena de perder –salvo excepciones legales- el derecho de continuar el procedimiento abandonado y de hacerlo en otro juicio, según dispone el artículo 156 de la Codificación Procesal Civil, únicamente encuentra sentido en tanto sea exigible a aquellos desplegar su diligencia en pos de obtener una decisión jurisdiccional de la controversia que se haya suscitado, circunstancia que indudablemente se encuentra ausente en los casos en que el ordenamiento procesal prescribe el pronunciamiento del tribunal, como sucede cada vez que la ley prevé –valiéndose de formas verbales imperativas- que el juez proceda en un sentido determinado o defina una situación por medio de la resolución que habrá de hacer avanzar el procedimiento".

**VIGÉSIMO SEGUNDO.**- Que, de esta forma, en los procedimientos laborales corresponde al juez llevar el impulso procesal y, en cualquier caso, la requirente siempre puede, voluntariamente, poner término al procedimiento ejecutivo dirigido en su contra, consignando las sumas adeudadas

y efectuando la correspondiente comunicación al trabajador. En este sentido, no corresponde al Tribunal Constitucional resolver quién debe asumir el riesgo de la pasividad de las partes o la inacción del tribunal que conoce en la gestión pendiente, sino que ello es competencia del juez de fondo, el cual debe velar porque los actos procesales se ejecuten de buena fe. Esta es la razón por la cual el artículo 429 inciso 1º del Código del Trabajo, luego de consagrar el principio de oficialidad, en su inciso 2° faculta al juez para que corrija "(…) de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptará las medidas que tiendan a evitar la nulidad del procedimiento (…)".

**VIGÉSIMO TERCERO.**- Que, el requirente aduce que el plazo para ser juzgado no resulta razonable, lo que tendría efectos atentatorios a la seguridad jurídica. Con respecto a dicho argumento, no cabe más que señalar, conforme a lo establecido en la STC 6593, que no puede sufrir un perjuicio el trabajador como consecuencia de la dilación del procedimiento ejecutivo, toda vez que inaplicar la prohibición de alegar el abandono bien podría considerarse una falta de diligencia del demandante, pero que afecta al trabajador que es un tercero en dicha instancia, lo cual no sería ajustado a la Constitución (STC 6593, c.14, y ratificado en STC 9185). En otras palabras, los efectos de un largo proceso y de una inacción no imputable al trabajador no deben terminar en un cercenamiento de sus derechos, puesto que allí dejaría de operar el principio de protección del trabajador que la Carta Fundamental garantiza en su artículo 19 N°16, protección que abarca la percepción de las cotizaciones de seguridad social, así como los demás montos adeudados, conforme a un título ejecutivo perfecto e indubitado y que también están garantizadas en el artículo 19 N° 18 de la CPR. En tal orden, esta Magistratura ha señalado que: "(…) el trabajador, que no es parte del proceso de cobro, es quien sufre el gran perjuicio patrimonial y previsional, al no enterarse dineros de su remuneración en su cuenta de capitalización individual destinada a financiar su jubilación y su posible invalidez, además de la viudez de su cónyuge y la orfandad de sus hijos, perdiendo además la rentabilidad que generarían dichas cotizaciones entre el período que va entre su depósito y su uso en pensiones" (STC 10793 c. 11°). Así las cosas, "[e]l abandono de procedimiento no puede convertirse en una vía indirecta ni en un verdadero "atajo" de elusión del pago de la ineludibles e irrenunciables obligaciones en beneficio del trabajador.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

**SENTENCIA ROL 11.551-2021.** *Publicada el 23 de junio de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 38 transitorio de la Ley N° 21.040, que crea el Sistema de Educación Pública.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA y RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por acoger** el requerimiento, por las siguientes razones:

**I. LIBERTADES SINDICAL Y DE ASOCIACIÓN, EN RELACIÓN A ASOCIACIONES DE FUNCIONARIOS.**

**1°.-** Que, la Constitución asegura a todas las personas, en su artículo 19 N° 15°, el derecho de asociarse sin permiso previo y, en su numeral 19°, el derecho a sindicarse, formar y gestionar sindicatos, constituyendo ambas normas el sustento constitucional para que se dictara la Ley N° 19.296, que establece normas sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado;

**2°.-** Que, en el artículo 1° inciso primero de dicha ley se reconoce a los trabajadores de la Administración del Estado, incluidas las municipalidades y el Congreso Nacional, el derecho de constituir, sin autorización previa, las asociaciones de funcionarios que estimen conveniente, imponiéndoles como condición "*sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas*", lo cual se confirma por lo dispuesto en su artículo 14 inciso primero, al tenor del cual *"[l]a asociación se regirá por esta ley, su reglamento y los estatutos que aprobare";*

**3°.-** Por su parte, el artículo 7° del mismo cuerpo legal contempla, entre las finalidades de dichas asociaciones, hacer presente, ante las autoridades competentes, cualquier incumplimiento de las normas del Estatuto Administrativo y demás que establezcan derechos y obligaciones de los funcionarios y representar a los funcionarios en los organismos y entidades en que la ley les conceda participación para lo cual pueden, a solicitud del interesado, asumir la representación de los asociados para deducir, ante la Contraloría General de la República, el recurso de reclamación establecido en el respectivo Estatuto Administrativo.

**4°.-** A pesar de ello, no puede obviarse que en el sector público chileno, incluido los municipios, existe un verdadero mosaico de estatutos para quienes sirven la función pública: plantas, contratas, Código del Trabajo e incluso honorarios, y que no depende precisamente del funcionario determinar bajo que modalidad o forma jurídica el poder público lo incorpora a prestar servicios. Siendo entonces el funcionario titular de derechos fundamentales, por el hecho de ser humano, no puede interpretarse que depende de la sola voluntad del Estado el desconocerlos al etiquetar al funcionario con algún estatuto que el propio Estado elaboró para que tales derechos no le sean oponibles a él mismo. Si ello se validara, los derechos fundamentales se esfumarían, pues habría que llegar a la exótica y estéril conclusión de que entonces se ha descubierto la fórmula para que no fueran oponibles al poder estatal, ni menos serían un límite a su poder y para que fuera un acto meramente potestativo respetarlos, asignando estatutos que no los contemplen.

**5°.-** Es por ello que si la libertad sindical, la protección constitucional del trabajo, y el derecho de no ser discriminados son derechos fundamentales que se tienen por el solo hecho de ser personas,

el Estado no puede invocar la creación por sí mismo de un estatuto jurídico especial para señalar que tales derechos no aplican o que no cubren ciertos actos del propio poder estatal, pues ello además equivaldría a configurar un verdadero sistema de castas en situación de inferioridad jurídica en una autoexoneración estatal del cumplimiento de su propia sumisión a derecho.

**6°.-** De tal forma, cabe constatar como un hecho que en toda asociación de funcionarios del sector público conviven funcionarios regidos por diferentes estatutos jurídicos, pues así es en todo servicio público, teniendo todos ellos un elemento en común: ser servidores de un ente estatal, y ser tal circunstancia lo que determina su pertenencia a la asociación con la titularidad de los derechos asociados.

**7°.-** Que, conforme consta en los antecedentes legislativos de la Ley N° 19.296, que establece normas sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, se constató que la Ley N° 19.069 sobre Organizaciones Sindicales sólo reconoce el derecho de asociación, bajo la forma de sindicalización, a los trabajadores del sector privado, excluyendo a los del sector público en general, permitiendo la existencia de sindicatos solamente en empresas del sector estatal. Se constató en esa época entonces que existía *"en consecuencia, un amplio sector de trabajadores, los del sector público, cuyo derecho de asociación, reconocido por la propia Constitución aún no ha sido reglamentado por la normativa legal. Esto conlleva una discriminación no fundada, que el proyecto que someto a vuestra consideración, pretende corregir (…)"*, sin señalar que ese déficit de garantía se producía también respecto de la libertad sindical. Así, se señaló en el mensaje que *"El proyecto postula recoger la estructura básica de la Ley Nº 19.069 sobre Organizaciones Sindicales, que rige actualmente a los trabajadores del sector privado, a fin que entre ambos cuerpos normativos no sólo exista una misma orientación conceptual, sino que también una relativa identidad jurídico-formal, una gran concordancia en contenidos",* reconociendo entonces el legislador de manera expresa una similitud de objeto, finalidad y funcionalidad entre las asociaciones y las organizaciones sindicales, para señalar posteriormente que *"No obstante, es preciso señalar que el proyecto considera las especificidades propias de la función pública, particularmente el distinto estatuto laboral de estos trabajadores"* (Mensaje de SE. el Presidente de la República con que dio inicio al proyecto de ley que Establece Normas sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, Boletín N° 696-06, 20 de mayo de 1992), premisa que ya a la época de la dictación de la ley era bastante discutible, al existir en órganos del Estado funcionarios regidos por el Código del Trabajo.

**8°.-** En este sentido, se adelanta que la intensidad, finalidad y contenido de las garantías de la indemnidad y la de no discriminación en el trabajo no son diferentes respecto de los miembros y dirigentes de un sindicato y los de una asociación de funcionarios, siendo a este respecto formales las diferencias de estatutos.

**9°.-** Esta Magistratura ha señalado "que la protección constitucional del trabajo a que se refiere el artículo 19, N°16, de nuestra Carta Fundamental, "no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo" (STC roles Nos. 2086-12, 2110-12, 2114-12, 2182-12, 2197-12); […] Que lo que la Constitución protege es "un trabajo de calidad, con condiciones justas y favorables de trabajo o de la actividad lícita desempeñada" (Daniela Marzi Muñoz: "Derecho al trabajo: Trabajo con contenido y fines", en Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno, Ed. Librotecnia, Santiago, 2012, p.127). El trabajo que debe protegerse es el "trabajo digno" y el "trabajo decente". El trabajo digno, según lo ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

de Naciones Unidas, es aquel que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrecer una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias. Estos derechos fundamentales también incluyen el respeto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo. Por su parte, el trabajo decente es aquel trabajo productivo para hombres y mujeres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana (Daniela Marzi Muñoz: "Derecho al trabajo: Trabajo con contenido y fines", en Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno, Editorial Librotecnia, Santiago, 2012, p.131);" (Prevención de STC 2470, c. 9° y 12°);

**10°.-** Que esta Magistratura ha señalado que "La libertad sindical está asegurada por la Constitución y por los tratados ratificados por Chile. Un elemento esencial de la libertad sindical es la constitución, afiliación y ejercicio libre de la actividad sindical, sin injerencias ni perjuicios provocados por el empleador. En este sentido, el establecimiento de sanciones ante conductas antisindicales no debe mirarse sólo desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador, sino que especialmente como un mecanismo de protección y garantía del ejercicio de la libertad sindical." (STC 2722-14, c. 21);

**11°.-** Así, la libertad sindical está asegurada por la Constitución y por los tratados ratificados por Chile, garantía que no es ajena a los Funcionarios Públicos, por cuanto los **Convenios Nº 87 relativo a la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación y N° 151 sobre Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública,** ambos de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, promulgados mediante los Decretos Nº 227, de 1999, y 1.539, de 2000, del Ministerio de Relaciones Exteriores, respectivamente, consagran el derecho de los funcionarios públicos de constituir asociaciones y su protección, así, el artículo 4 del Convenio N° 151, señala en su artículo 4.1 y 4.2, que los **"(l)os empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo", y que "(d)icha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto: (a) sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella; (b) despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización";**

**12°.-** Que la condición jurídica formal en que se encuentre el funcionario en relación a los entes públicos o Estado no obsta a concluir que en esencia es también una **relación de trabajador a empleador**; siendo los funcionarios **ciudadanos y trabajadores,** no existiendo ninguna razón de orden científico y jurídico para negar a los funcionarios públicos el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales que consagra la Constitución y los mecanismos o vías legales para su ejercicio en sede jurisdiccional, por lo cual no cabe más que inferir, que debe operar con la misma fuerza la protección de tales derechos para ambos trabajadores, sean estos dependientes públicos o privados, motivo por el cual resulta inconcuso, discriminatorio y lesivo preterir la protección de la garantía de la indemnidad y de la libertad sindical por prestar el funcionario servicios a un municipio;

## II. La garantía de Indemnidad laboral en el Ordenamiento Jurídico chileno y su aplicación al caso concreto.

**13°.-** A mayor abundamiento, en el caso sub lite se denuncia que el despido tendría relación con ser el actor dirigente de una asociación de funcionarios, en lo que se denuncia sería una

vulneración de la garantía de indemnidad laboral, lo cual deberá ser ponderado por el tribunal del fondo, al ser parte de los hechos controvertidos y de la materia del proceso que constituye la gestión pendiente.

**14°.-** Aún así, estando invocada la garantía de indemnidad en el caso concreto, y siendo parte de lo ventilado en el tribunal del fondo, debe considerarse que dicha garantía tiene un fundamento eminentemente constitucional, que es sin duda en su esencia parte de la protección constitucional del trabajo y parte de la garantía de no discriminación arbitraria al ser un despido represalia un acto arbitrario en sí mismo. A este respecto, eventual denegatoria declaración de inaplicabilidad, privaría al denunciante de tutela laboral no solamente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino que también de la garantía de indemnidad como parte del derecho a no ser discriminado arbitrariamente por requerir el restablecimiento del derecho en las condiciones de trabajo, lo cual es parte de la protección constitucional del trabajo.

**15°.-** Que, como se ha adelantado la tutela de derechos fundamentales materia de derecho laboral, desde la entrada en vigencia de la Ley Nº 20.087, es una acción que reconoce un procedimiento sustancial, que es la base de un verdadero derecho procesal del trabajo en el Ordenamiento Jurídico chileno (en este sentido ver a GAMONAL, Sergio (2009) El procedimiento de tutela de derechos laborales. Santiago, LegalPublishing Chile, 4a ed. P.1). Así, este procedimiento reconoce la garantía de indemnidad en el Código del Trabajo, cuyo origen constitucional se encuentra en el artículo 19 Nº 3 de la Constitución, en tanto consagra la *"(…) igual protección de la Ley en el ejercicio de los derechos (…)"*.

**16°.-** Que, como se ha revisado la tutela judicial efectiva tiene un lugar preponderante en la construcción de la tesis de este sentenciador, toda vez que permite lograr la reparación efectiva ante la vulneración de un derecho fundamental, despejado la cuestión referida a la supletoriedad, abordada en el capítulo anterior. De esta forma, la acción actúa como un permeante de la nueva órbita o dimensión del trabajo, en la cual "se reconoce la titularidad de derechos esenciales al trabajador" (en este sentido ver a Gutiérrez Pérez, M., Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos, Laborum ed., 2011, pp. 24). Lo anterior, sirve de base para argumentar que la acción del artículo 485 del Código del Trabajo, permite el acceso a la jurisdicción, lo cual representa uno de los elementos del acceso a la justicia y, por tanto, disminuye el riesgo de que dicha protección solo sea un enunciado formal.

**17°.-** Que, en ese sentido, no cabe duda alguna que, tanto en el caso del funcionario público de derecho público, como en las demás relaciones laborales regidas por el Código del ramo, el denunciante tiene la calidad de persona y que por esa vía goza del aseguramiento constitucional de todos los derechos fundamentales, incluido los de no discriminación y el derecho a la tutela judicial efectiva frente a la administración, cuando sus derechos se vean lesionados. En ese entorno, serán los tribunales del fondo los que determinarán las cuestiones de legitimación activa y pasiva, alcance y objeto de las acciones que se interpongan ante ellos, lo que también incluye a las acciones de despido injustificado y de tutela laboral. En ese marco debe entenderse lo que la Corte Suprema ha razonado, en orden a que *"el procedimiento de tutela laboral tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores frente a cuestiones suscitadas en la relación laboral"*, *agregando que los derechos fundamentales están reconocidos por la Constitución Política que es jerárquicamente superior tanto al Código del Trabajo como al Estatuto Administrativo",* por lo que la delimitación del inciso segundo del artículo 1° del Código del Trabajo no surgiría cuando se trata de la protección de derechos fundamentales. En consecuencia *"la posibilidad de que los funcionarios públicos puedan recurrir al procedimiento de tutela laboral en ningún caso importa per se aplicación de las normas sustantivas del Código del Trabajo"*, sino la aplicación de un procedimiento, es decir un recurso judicial, que no es asimilable al control que realiza la Contraloría. (Rol

N°10.972-13, Corte Suprema). En similar sentido, se ha pronunciado en las sentencias roles Nos. 24.388-14, N°36.491-15 y N°52.918-16 de la Corte Suprema. Es decir, en primer lugar la procedencia de acciones de funcionarios en contra de órganos de la administración es en primer lugar una cuestión de tutela judicial efectiva, en segundo lugar serán los tribunales del fondo los que determinarán si se cumplen o no los presupuestos de legitimación, objeto y competencia en cada acción y en referencia a la tutela laboral.

**18°.-** Que, en este contexto la garantía de indemnidad se erige en estrecha relación con los derechos a no ser discriminado y a la tutela judicial efectiva. De esta forma, la garantía de indemnidad debe ser entendida, prima facie, *"(…) en un sentido estricto en cuanto a que su extensión y amplitud ya está definida y limitada por el marco legal de la norma. El artículo 485 inciso 3° entiende que solo serán objeto de protección los derechos fundamentales protegidos por la acción de tutela, y que se entienda como una acción de represalia ejercida en contra de los trabajadores, en razón o a consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales (…)"* (Martínez Merino, Gonzalo. (2012). LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD EN CHILE: ANÁLISIS NORMATIVO Y COMPARATIVO DESDE EL DERECHO COMPARADO Y EL COMMON LAW. Revista de derecho (Coquimbo), 19(2), 333-353. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000200011).

**19°.-** Que, el reconocimiento de la garantía de indemnidad, implícito en la relación laboral, justiciable a través de la judicatura laboral, *"(…) no solo ampara al trabajador para que de manera directa ejerza acciones judiciales contra el empleador o que recurra ante la autoridad administrativa, sino que también protege a los trabajadores que indirectamente son objeto de represalia; por ejemplo, en el caso en que un trabajador atestigüe a favor de otro en contra del mismo empleador o defienda explícitamente los derechos de otros trabajadores involucrados"* (Op. Cit.), lo cual, conceptual y principalmente hablando, también es predicable respecto de todo laborante que manifiesta reclamos y solicitudes a su superioridad y que eventualmente es sancionado por ello de manera encubierta con un despido o una sanción, lo cual además de ser contrario a derecho pasa a ser en sí mismo una represalia, cuestión que, en todos los casos, deberá ser ponderado en concreto por el tribunal del fondo y no por esta Magistratura.

**20°.-** Que, posteriormente y en otros casos, la garantía de indemnidad también ha sido entendida en sentido amplio, por ejemplo el Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena ha sentenciado que *"(…) Cabe señalar que la norma transcrita (Artículo 485 inciso III) es lo suficientemente clara en su redacción de manera que, a juicio de esta sentenciadora, no cabe duda alguna de que es además "lo suficientemente amplia" para que se entienda que esta garantía protege no solo al trabajador que recurre ante la autoridad administrativa o al órgano jurisdiccional en el ejercicio de sus derechos, sino también en el caso de marras, cuando lo hace en calidad de testigo de otro trabajador o en defensa de derechos de otros trabajadores, sea o no representantes de ellos (…)"* (Causa RIT T-13-2009, Sentencia definitiva, Considerando Séptimo, en Martínez Merino, Gonzalo. (2012). LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD EN CHILE: ANÁLISIS NORMATIVO Y COMPARATIVO DESDE EL DERECHO COMPARADO Y EL COMMON LAW. Cabe mencionar que la sentencia quedó firme y ejecutoriada, sin que se presentaran recursos).

**21°.-** En el mismo sentido, el Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique acogió la demanda, en procedimiento de tutela laboral, por vulneración a la garantía de indemnidad, fundando su razonamiento en el hecho que *"(…) la tutela laboral si bien tiene por finalidad proteger una serie de derechos amparados legal y constitucionalmente, por medio del artículo 485 del Código del Trabajo protege, también, un derecho fundamental, no expresamente previsto en la Constitución, aunque fundado en un derecho constitucional, como lo es "la tutela judicial efectiva", prevenido por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y, especialmente, respecto de la indemnidad laboral, reconocida explícitamente en el artículo 5° del Convenio N° 158 de la OIT (sobre terminación del contrato de trabajo). En efecto, el artículo 485 inciso 3° del Código Laboral se limita a exigir que la*

*medida sea consecuencia de la fiscalización o del ejercicio de acciones judiciales, por parte del trabajador o que aquella se adopte en razón de éstas (…)"* (Causa RIT T-124-2017, considerando noveno. Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique. Dicho criterio es confirmado por la Corte de Apelaciones de Iquique, en causa Rol 144-2017 Reforma Laboral, sobre recurso de nulidad al señalar: *"Cuarto: La afirmación precedente encuentra su fundamento en el adecuado análisis que realiza la sra. Juez de primer grado, a partir de las particulares del sustrato fáctico de la causa, en cuanto el artículo 485 del Código del ramo protege un derecho fundamental, que si bien no se describe expresamente en la Carta Fundamental, está basado en un derecho constitucional, la tutela judicial efectiva, contemplada en la Convención Americana de Derechos Humanos y, particularmente, en el Convenio N° 158 de la OIT, derecho que, por su esencia, como lo dice la sentenciadora, debe ser apreciado en forma más extensiva y flexible que restrictiva y rígida, naturalmente si la situación lo amerita, cuyo es el caso.*

*Para finalizar, las reglas interpretativas del Código Civil no son ni pueden ser de aplicación general en materia laboral, porque los principios que informan las acciones, que el estatuto laboral contempla versus aquellas de naturaleza civil comprendidas en el Código Civil, en su mayoría de orden patrimonial, difieren absolutamente").*

**22°.-** Cabe señalar entonces, que una interpretación garantista y amplia de la garantía de indemnidad no es un tema novedoso en los tribunales chilenos, pues por su contenido dicha garantía debe ser interpretada en perspectiva finalista, al cumplir una función de protección contra amenazas y represalias que por la vía de la disuasión consolidan otras vulneraciones a derecho al inhibir su denuncia.

**23°.-** Sin perjuicio de lo anterior, en jurisprudencia comparada, esta garantía ha sido desarrollada latamente. Así es por ejemplo en el caso español se señala que *"(…)se ha configurado sobre la base de tres elementos: el ejercicio previo de acciones por parte del trabajador, la actuación empresarial y la conexión causal entre ambas. Aspectos abordados por el TC, que ha ido extendiendo tanto la acción del trabajador, incluyendo actos previos necesarios para el proceso e, incluso, extrajudiciales encaminados a evitarlo (STC 55/2004, de 19 de abril) y, aunque no tan prístinamente, las denuncias administrativas (SSTC 198/2001, 4 de octubre y 144/2005, 6 de junio). Operando también una ampliación en relación con los titulares admitiendo demandas de conflicto colectivo (STC 16/2006, de 19 de enero, 44/2006, de 13 de febrero y 65/2006, de 27 de febrero en el conocido supuesto de los veterinarios de la Xunta de Galicia). Por su parte, ha incluido en la doctrina toda posible represalia empresarial y, al menos tangencialmente, de un tercero (98-112/2010, 16 de noviembre, Sentencias con notables peculiaridades por la imposibilidad de readmisión y acompañadas de tres votos particulares), al margen de su carácter intencionado o no, comprendiendo cualquier acto que perjudique al trabajador. Por último, el núcleo de atención ha pasado a ser la conexión causal entre ambas actuaciones, de forma que, en esencia, debe quedar demostrado que en modo alguno el ejercicio del derecho fundamental ha condicionado la decisión empresarial (...)"* (Igartua Miró, María (2015) "Los Derechos Fundamentales Inespecíficos: Líneas de Tendencia Recientes en la Doctrina del Tribunal Constitucional". El derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral (Ediciones Laborum, España). Ana María Chocrón Giráldez, Ma Dolores Ramírez Bendala, E. Macarena Sierra Benítez y Ma José Cervilla Garzón (Coordinadoras). P. 201).

**24°.-** Así, queda abierta la invocación de la garantía de indemnidad frente a actos de todo tipo e incluso ejecutados por terceros, que sean una represalia o sanción encubierta no solo por acciones judiciales sino también por actos previos, como podría ser dar a conocer un hecho o denunciarlo administrativa o internamente, o simplemente abogar por los derechos de otros trabajadores o funcionarios, en especial los de la asociación de funcionarios.

**25°.-** Que, en esta misma línea en Ordenamientos Jurídicos comparados se reconoce la garantía de indemnidad, así por ejemplo la Constitución portuguesa, el derecho a la tutela judicial efectiva está previsto en el art. 20, mientras que en la Constitución alemana se puede encontrar una norma similar en el art. 19.4. En la Constitución italiana este derecho se ubica en el art. 24 y el

legislador lo reconoce como un derecho inviolable y universal, atribuyéndole la función de ser el fulcro de todo sistema democrático. (En este sentido ver a Omaggio V., "Individuo, persona e Costituzione", en Rivista trimestrale di diritto pubblico, n.1, 2014, pp. 77-99).

**26°.-** Que, si bien el reconocimiento de la garantía de indemnidad asociada a la tutela de derechos fundamentales en autos, en ningún caso es sinónimo necesario de un resultado favorable al denunciante, en el procedimiento seguido en la gestión pendiente, sí representa la posibilidad de que el Tribunal de fondo pueda conocer los antecedentes que el requirente estima agraviantes, concretando así la posibilidad cierta que este pueda ocurrir ante a un juez competente y predeterminado por ley, que conozca del conflicto, y resuelva con eficacia de cosa juzgada, sin perjuicio de los recursos que se puedan hacer valer por las demás partes del proceso.

## III. CASO CONCRETO.

**27°.-** Que, en primer lugar, de la lectura del precepto cuestionado no se observa la existencia de una suerte de "imperativo de despedir" como se pretende en el caso concreto. A su vez, se pretende justificar el despido invocando el precepto cuestionado, y se ha demandad por el requirente su declaración de lesividad, injustificación y antijuridicidad. Es así como parte de la controversia del caso concreto gira en torno al sentido, alcance, pertinencia y efectos del precepto cuestionado en el caso concreto.

**28°.-** Así, es evidente que el precepto puede recibir aplicación en la gestión, y que de acogerse la tesis de la demandada, podría sentenciarse que tendía el efecto de poder validar el despido de un dirigente de una asociación de funcionarios, lo cual vulneraría la garantía de indemnidad en los términos reseñados, vulnerando entonces los numerales 2°, 16° y 19° del artículo 19 de la Constitución.

**29°.-** A su vez, es claro que la normativa impugnada establece un trato diferenciado, pues la Ley N° 21.040, al crear la Dirección de Educación Pública y disponer la desmunicipalización y el traspaso del servicio educacional municipal a los Servicios Locales de Educación Pública, no determinó el traslado de todos los funcionarios desde un servicio al otro, determinando diferenciaciones que acarrean como consecuencia el aseguramiento del traspaso de solamente algunos profesionales, tales como los docentes y asistentes de la educación, quienes son transferidos a la nueva institucionalidad educacional sin solución de continuidad, en una situación diferente al de otros funcionarios, como son los del Departamento de Administración de Educación Municipal (DAEM), del Dirección de Educación (DEM) o de las corporaciones municipales, quienes en virtud de tales normas deben concursar en los términos que indica el artículo 38 transitorio del cuerpo legal antes referido para poder seguir desempeñando funciones, permitiendo así el término de sus labores.

**30°.-** Si se examina la razonabilidad y necesidad de tal diferencia de trato, la diferencia del carácter docente, profesional o administrativo que pudiesen tener los funcionarios no es relevante ni conducente como para determinar un trato más gravoso a este respecto para algunos, deviniendo en arbitraria entonces la diferencia, que por esta vía vulnera adicionalmente la garantía constitucional de no discriminación del numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política.

**31°.-** Es por ello que el requerimiento debe ser acogido.

# 17. Sobre derecho ambiental.

**SENTENCIA ROL 10.109-2021.** *Publicada el 31 de marzo de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 118 quáter de la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura. MOWI Chile A.A. En el proceso sustanciado ante el Tercer Tribunal Ambiental de Chile, bajo el Rol N° d 5-2020.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señor GONZALO GARCÍA PINO, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y señor RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento de fojas 1**, por las siguientes razones:

## I. CUESTIONES PLANTEADAS

**PRIMERO**.- Que, como se señalara en la parte expositiva de la presente sentencia, en estos autos MOWI CHILE S.A. ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del respecto del artículo 118 quáter de la Ley N° 18.892, de 1989, Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA), cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene el Decreto N° 430, de 1992.

El precepto legal cuestionado dispone:

*"Sin perjuicio de lo señalado en el inciso séptimo del artículo anterior, en caso de escape o pérdida masiva de recursos en sistemas de cultivo intensivo o el desprendimiento o pérdida de recursos hidrobiológicos exóticos en sistemas extensivos, se presumirá que existe daño ambiental de conformidad con la ley Nº 19.300 si el titular del centro no recaptura como mínimo el 10% de los ejemplares en el plazo de 30 días contado desde el evento, prorrogables por una vez en los mismos términos."*

**SEGUNDO**.- En tal orden, la gestión invocada es un proceso seguido ante el Tercer Tribunal Ambiental bajo el Rol N° D 5-2020, referido a acciones de reparación de daño ambiental, por causa de una fuga masiva de salmones desde un centro de cultivo acuícola, alegándose por la requirente que en la aplicación de la norma cuestionada se vulneran los numerales 2° y 3° del artículo 19, en los términos que se señalan en la parte expositiva.

## II. CONSTITUCIÓN, MEDIO AMBIENTE, PRINCIPIOS PRECAUTORIO Y PREVENTIVO.

**TERCERO**.- Como lo señalara esta Magistratura en reciente sentencia Rol N° 9418, de 15 de junio de 2021, (cons. 21 y ss.) los principios precautorio y preventivo son, en materia ambiental, parte del estándar de protección constitucional del medio ambiente fijado en los numerales 8° y 24° del artículo 19 de la Constitución. Ello conlleva que en la presente causa son estándar de juicio, y así serán desarrollados, en base a los cánones fijados en tal sentencia. En efecto, el daño ambiental ha de ser evitado, y es esa la dirección a la que se dirige la normativa ambiental, y en el caso que se produzca, corresponderá la reparación, tanto material como civil, emergiendo adicionalmente como principio la reparación del daño ambiental, lo que requiere previamente su establecimiento y la determinación de responsabilidades.

**CUARTO**.- De igual forma, como se señala en dicha sentencia (cons. 8° y ss.), es un hecho que la protección del medio ambiente está constitucionalizada como un imperativo y deber estatal, consagrada en el numeral 8° del artículo 19, sea bajo la forma del deber del Estado de velar para

que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza, así como también, la conservación del patrimonio ambiental en cuanto función social de la propiedad, según consta en el numeral 24 del mismo artículo antes citado. De suerte que la garantía de vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sólo constituye un derecho fundamental de naturaleza individual y social a la vez, sino, además, un deber de protección, en vistas a la necesidad de hacerlo efectivo, no quedando como un mero enunciado programático. Tal es así, que la Constitución además estableció la acción o recurso de protección especial, en el inciso segundo del artículo 20, a fin de garantizar efectivamente el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación por actos u omisiones ilegales imputables a una autoridad o persona determinada.

**QUINTO**.- Adicionalmente, de manera expresa el numeral 8° del artículo 19 de la Constitución estableció una habilitación expresa al legislador para restringir de maneta específica el ejercicio de otros derechos fundamentales en función de la protección del medio ambiente.

**SEXTO**.- A propósito de la relación entre Constitución y protección ambiental, en nuestro medio se ha señalado que *"la nuestra es una Constitución que, desde el punto de vista de la regulación del ambiente, puede calificarse de integral, pues, tal como se ha señalado, junto con reconocer el derecho a un ambiente adecuado y contemplar un mecanismo excepcional para resguardar su ejercicio legítimo, impone obligaciones y también atribuciones al Estado en orden a proteger ese derecho y establecer ciertas limitaciones sobre el ejercicio de otros derechos fundamentales y establecer ciertas limitaciones sobre el ejercicio de otros derechos fundamentales. En suma, aborda el tema ambiental sustantiva y adjetivamente, y lo coloca en una lógica de relación con otras prerrogativas que, en términos teóricos, deviene en un desarrollo sustentable regulado, todo lo cual lo logra a partir de sólo dos disposiciones (artículo 19 Nºs 8 y 24 y artículo 20.2)"* (Guzmán, Rodrigo, La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile, Aspectos sustantivos y adjetivos, historia, doctrina y jurisprudencia, 2010). A su vez, ello es manifestación del mandato constitucional del artículo 5º, en orden al deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Este mandato no puede entenderse como una simple norma programática o una declaración de buenas intenciones, en cuyas manos el Estado podría dar o no cumplimiento discrecionalmente, según las circunstancias o justificaciones arbitrarias. Al contrario, este mandato es imperativo y viene a configurar una dimensión avanzada del propio Estado de derecho, bajo la expresión que se ha venido acuñando en la doctrina comparada, de Estado mediambiental de derecho (en expresión de Montoro Chiner), lo que *"supone sobre todo importantes consecuencias prácticas. Destacamos dos: La juridificación de los conflictos ambientales y la afirmación del principio de legalidad ambiental"* (Jesús Jordano Fraga, Derecho Ambiental del siglo XXI).

**SÉPTIMO**.- Sin perjuicio de que los derechos fundamentales deben ser respetados por todas las personas y la sociedad en su conjunto, y que la Constitución los asegura de manera genérica como se lee del enunciado del inciso primero del artículo 19, además se establece expresamente, de manera especial, los deberes de protección, preservación y conservación ambientales, haciéndolo recaer directamente en el Estado. Con tal fin, éste ha diseñado e implementado una institucionalidad medioambiental integrada por organismo administrativos reguladores y fiscalizadores, tales como el ministerio del ramo, una superintendencia y un servicio de evaluación, así como por los tribunales especiales, y por un marco normativo legal y reglamentario, al cual deben someterse en igualdad de condiciones y sin excepciones, tanto los agentes privados como los públicos.

**OCTAVO**.- Lo anteriormente expresado tiene como fundamentos constitucionales, en primer lugar, el bien común, como causa final u objetivo esencial del Estado, es decir, según lo

establece el inciso cuarto del artículo 1º de la Constitución, aquel consiste en contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización material y espiritual posible, la satisfacción de sus necesidades y el bienestar en general, causa o fin que ciertamente constituye el principio de legitimación de ejercicio del propio Estado.

**NOVENO**.- Asimismo, el territorio nacional, que es uno de los elementos esenciales o constitutivos del Estado, junto al pueblo, la soberanía y el derecho, no sólo debe ser protegido o cautelado en cuanto a su integridad física ante amenazas externas, sino, también, respecto a los peligros o riesgos de daños, debiendo accionar en pro de la preservación, cautela y conservación de sus componentes y recursos naturales, que constituyen un patrimonio de la comunidad nacional o un auténtico bien común general.

**DÉCIMO**.- En conexión con el reconocimiento en los numerales 8º y 24º del artículo 19, conviene tener presente que el legislador ha desarrollado tal mandato mediante la dictación de la Ley Nº 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, confirmando en su artículo 1º el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental. La misma ley define a los recursos naturales, como los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos, lo que se vincula estrechamente al contenido del bien común. Asimismo, también define tanto a la conservación del patrimonio ambiental, como el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración; como a la *preservación de la naturaleza*, en cuanto conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país; y a la protección del medio ambiente como el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro.

**UNDÉCIMO**.- Como se puede apreciar de lo expuesto precedentemente, el mandato constitucional del artículo 19 Nº 8 al ser desarrollado por el legislador termina configurando más que una simple legalidad ambiental, sino más bien un auténtico orden público ambiental, esto es, un conjunto de principios, reglas e instituciones fundamentales que amparan y regulan el bien jurídico medioambiental y la naturaleza, sobre los cuales existe además un verdadero interés público general (concepto en la línea de autores como Planiol, Rippert o Capitant). Tal naturaleza del mandato constitucional y su desarrollo legislativo, involucra a los órganos ejecutivos, administrativos y jurisdiccionales en la acción de protección. De ello se deduce que el derecho ambiental tiene una raigambre constitucional y administrativa, por lo que algunas de sus normas son de orden público y no podrían ser objeto de transacción o de renuncia en su aplicación, ni por las autoridades ni por los particulares, según se desprende del artículo 6° de la propia Constitución.

**DUODÉCIMO**.- Asimismo, el deber estatal de protección, preservación y conservación deriva, por un lado, del principio de supremacía constitucional y de eficacia directa consagrados en el artículo 6º de la Constitución, en cuanto dispone que los órganos del Estado, sus titulares e integrantes, así como toda persona, institución o grupo, deben someter su acción a ella, a sus preceptos y a las normas dictadas conforme a la misma; por otra parte, deriva también, del principio de legalidad o juridicidad consagrado en el artículo 7º, de modo que tal deber no sólo

emana del artículo 19 Nº 8, sino también, de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente y toda otra legislación o reglamentación complementarias, por cuyo incumplimiento o infracción se originarán las responsabilidades y sanciones correspondientes, inclusive la nulidad de derecho público.

**DECIMOTERCERO**.- Dentro de lo precedentemente razonado, el principio preventivo conlleva la acción o adopción de medidas de protección del medioambiente aún antes de que se produzcan daños o icluso de riesgo o peligro al mismo, constatados científicamente, de suerte que podrán adoptarse medidas de protección anticipadamente. En tal orden, el Mensaje de la Ley Nº 19.300, se señaló expresamente que *"mediante este principio, se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos"*. De consiguiente, reconocido legalmente el primado de este principio como fundamento de la protección ambiental y del propio sistema de evaluación de impacto ambiental, no cabe interpretar la referida ley sino de manera armónica con aquél, es decir, entendiendo que la operación de cualquier proyecto o actividad debe someterse previamente a evaluación a fin de evitar los riesgos o peligros que pueden anticiparse.

Asimismo, se precisa en materia ambiental que *"el principio de prevención involucra que se incorporen en los planes de gestión de riesgos, el modo en que el riesgo de contaminación debe ser prevenido o minimizado; realice estudios o actividades para profundizar el conocimiento sobre la seguridad ambiental de la actividad extractiva y/o transformadora; también comprobar si existen factores de riesgos para desarrollar los efectos adversos; así como la evaluación de las medidas de las actividades de reducción de los riesgos"* (Landa, César, La Constitución y los Principios Ambientales, 2017).

**DECIMOCUARTO**.- Por su parte, el principio precautorio se corresponde con el llamado «*indubio pro ambiente*» o «*indubio pro natura*», es decir, como criterio de orientación para la acción del Estado y los particulares ante la existencia de riesgos, peligros o amenazas de daños graves o inminentes al medioambiente, que puedan ser irreparables o irreversibles, pero que no puedan anticiparse por no existir suficiente certeza científica, esto no deberá utilizarse como justificación para postergar o ejecutar medidas eficaces de protección. Se señala que el contenido de este criterio de protección del medio ambiente por los Estados es el siguiente: *"a) El riego de daño grave e irreversible; b) La incertidumbre científica, y c) la eficacia o proporcionalidad entre la medida que se pretende adoptar y el daño que se pretende evitar"* (Moraga, Pilar, Los principios del Derecho Ambiental según la Jurisprudencia Nacional, 2014). En este caso, el Estado deberá adoptarlas anticipadamente para proteger, preservar o conservar el medioambiente y la naturaleza. Este principio cautelar, tiene una finalidad de reforzamiento del principio preventivo, pues, ayuda a reducir aún más los posibles riesgos de deterioro ambiental o natural, especialmente cuando se trata de peligros poco conocidos o de difícil prevención por falta de certeza científica.

**DECIMOQUINTO**.- De acuerdo a lo expresado, se puede colegir del propio mandato constitucional de protección del medioambiente, de su preservación y de la conservación del patrimonio ambiental, que es la propia Constitución la que tácitamente consagra o se basa en los principios preventivo y precautorio, definidos anteriormente, además del de responsabilidad, pues, tras ese deber lo que se pretende evitar son daños y riesgos al medio ambiente así como a la vida y a la salud. No es necesario que los principios estén formal o expresamente señalados, sino, que ellos se deducen hermenéuticamente del sentido de tal deber de protección. Por lo demás, la propia legislación ambiental, expresión del mandato constitucional de protección ambiental, ha recogido tales principios, como consta en los fundamentos del proyecto que dio origen a la Ley Nº 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en los que se señaló expresamente que uno de ellos era el principio preventivo, para cuyo efecto se establecen cuatro instrumentos:

educación ambiental, sistema de evaluación de impacto ambiental, planes preventivos de contaminación y responsabilidad por daño ambiental. Por su parte, la ley de protección de la biodiversidad ha consagrado expresamente el principio precautorio.

## III. ACUICULTURA Y SUSTENTABILIDAD AMBIENTAL.

**DECIMOSEXTO.**- Es necesario recordar que siendo la pesca y acuicultura actividades económicas amparadas por el ejercicio de la libertad del numeral 21° del artículo 19 de la Constitución Política, para que su ejercicio pueda ser calificado como legítimo debe ser respetuoso de las normas legales que regulen tal actividad. Además de ello, no puede omitirse que el numeral 8° del mismo artículo 19 alude al medio ambiente como objeto de protección constitucional, no solamente respecto del fenómeno de la contaminación, sino también al establecer como *"deber del Estado"* el de *"tutelar la preservación de la naturaleza"*, agregando una reserva específica y habilitante, en orden a que *"La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente"*, que se ve complementada en la propia constitución, en el numeral 24° del mismo artículo, al limitar el derecho de propiedad con la función social que se le asigna, la cual incluye "la conservación del patrimonio ambiental", lo cual exige respetar los delicados equilibrios de los ecosistemas del mar bajo su jurisdicción, cuestión que en materia de pesca y acuicultura conlleva necesariamente una extracción sustentable de recursos, que va en estrecha relación con la conservación de los necesarios ecosistemas para ello, que se ven alterados de forma grave por la fuga de salmones depredadores desde los centros de cultivo.

**DECIMOSÉPTIMO.**- A su vez, dicha extracción racional, controlada y sustentable de los recursos pesqueros es, además, un deber del Estado Chileno en función del derecho internacional público, con diversas fuentes convencionales y no convencionales de obligaciones generales y específicas en orden al resguardo de la sustentabilidad, la recuperación de las pesquerías, los métodos de pesca, cultivo y reproducción de peces y mariscos, la protección de especies y otras materias. A este respecto, es necesario mencionar, entre otras, las siguientes fuentes: Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (suscrita por Chile el 10 de Diciembre de 1982, ratificada el 28 de Agosto de 1997 y publicada el 18 de noviembre de 1997), Código Internacional de Conducta para la Pesca Responsable (norma voluntaria) (Aprobada en 1995 por la FAO), Acuerdo para Promover el Cumplimiento de las Medidas Internacionales de Conservación y Ordenación por los Buques Pesqueros que pescan en Alta Mar (Aprobado mediante Resolución 15/93, de la FAO, el cual entró en vigor el 24 de abril de 2003, fecha en que el Director General recibió el 25º instrumento de aceptación), Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (10 de Diciembre de 1982, relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y Altamente Migratorias o Acuerdo de Nueva York; ratificado mediante Decreto Nº 31, promulgado el 08 de marzo del 2016 y publicado el 21 de septiembre del 2016), Comisión de Pesca Continental para América Latina (COPESCAL, creada en Roma en 1976 por la resolución 4/70 de la Septuagésima Sesión del Consejo de la FAO), Convención sobre la Diversidad Biológica (CBD, suscrita en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 y ratificada por Chile en 1994. Chile ratificó el Convenio sobre la Diversidad Biológica el 9 de septiembre de 1994, mediante Decreto Supremo Nº 1.963 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el que fue publicado en el Diario Oficial con fecha 6 de mayo de 1995.), Convención de Wellington sobre Prohibición de Pesca con Redes de Enmalle y Deriva de Gran Escala en el Pacifico Sur (Suscrita en Wellington el 20 de octubre de 1990 y ratificada por Chile el 1° de noviembre de 1991), El Protocolo II de la Convención sobre Prohibición de la Pesca con Redes de deriva y de gran escala en el Pacifico Sur (promulgado el 09 de diciembre de 1993 y publicado el 03 de marzo del año 1994), Convenio para la Protección del Medio Marino y la

Zona Costera del Pacífico Sudeste, de 1981 (ratificado mediante Decreto Nº 296, promulgado el 07 de abril de 1986 y publicado el 14 de junio de 1986). Todos esos deberes de protección de los recursos hidrobiológicos nativos determinan un conjunto de obligaciones, que no pueden ser eludidas ni burladas con la excusa de no tomar las medidas para evitar la fuga y diseminación de especies exógenas y depredadoras salidas de jaulas de cultivo, cuestión que es conocida y asumida con anterioridad a cualquier fuga o incidente similar, sobre todo si es perfectamente previsible y ponderable el daño que a la conservación y control de las otras especies pueden generar estas fugas .

**DECIMOCTAVO.**- A su vez, debe tenerse como elemento de juicio el denominado principio preventivo en materia ambiental, el cuál puede sustentarse en los numerales 8° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política, en la medida que en ellos se reconoce el medio ambiente como un objeto de conservación constitucional relevante y en el primero de ellos se habilita expresamente a establecer limitaciones específicas a otros derechos en función de la preservación del medio ambiente, para lo cual es ineludible tener presente que debe evitarse la afectación del conjunto de factores llamado medio ambiente, de otras especies particulares y del equilibrio del ecosistema particular por causa del cultivo y cosecha de peces y mariscos, que en el caso de la salmonicultura reconoce como uno de sus grandes riesgos la fuga de ejemplares del cultivo.

**DECIMONOVENO.**- De tal modo, resulta una información relevante y de utilidad pública la relativa al estado, seguridad, mantención y accidentes de las jaulas de cultivo, incluyendo la relativa a ejemplares de salmones que salgan de ellas, por el motivo que sea, con la finalidad de contribuir al cumplimiento efectivo del deber de protección de los recursos hidrobiológicos y su medio ambiente, mediante un control social y orgánico del comportamiento sectorial. Ello en una actividad sujeta a regulación y fiscalización especial, debe operar además en estricta coherencia con el rol de la publicidad en relación con el control social -ciudadano- respecto de los actos de la Administración (y de todo órgano estatal), doble control que permitirá la interacción del Estado, los privados y grupos intermedios para fines virtuosos, como podría ser la detección, control, monitoreo y erradicación de prácticas de cultivo y cosecha contrarias al ordenamiento jurídico, de aquellas que no resguarden lo que la ley denomina bienestar animal y procedimientos que eviten su sufrimiento innecesario (artículo 13 F), contribución en programas sanitarios e, incluso, el consumo responsable y con conocimiento de los alimentos y, en fin, ello redundará en la participación de los diferentes actores en cuestiones propias del interés público, sin contravenir los bienes jurídicos privados protegidos por el mismo ordenamiento jurídico.

**VIGÉSIMO.**- Adicionalmente, si los riesgos se concretan y aparecen indicios de daño ambiental, el principio de responsabilidad de todo ordenamiento jurídico conllevará que el conflicto generado sea resuelto mediante la actividad jurisdiccional, estableciendo así los hechos y si existieron o no responsabilidades, determinando además las sanciones y reparaciones que pudiesen ser procedentes. Es en ese marco que se desarrolla la gestión pendiente, y en él la requirente de inaplicabilidad goza de todas las garantías del debido proceso.

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- A propósito del dicho preventivo, con base en la Declaración de Río, se dispone la prevención como un principio en materia ambiental, este principio lo anuncia como proceso de efectuar una evaluación de impacto ambiental, como instrumento nacional respecto a toda actividad que posiblemente produzca un impacto desfavorable, dañino e irreparable en el medio ambiente y la cual esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente (Declaración de Río, Principio 17, en este sentido ver a Silva Hernández, Francisca, 2019, Principio de prevención y precautorio en materia ambiental. Revista Jurídica Derecho, 8(11), 92-106. Recuperado en 06 de octubre de 2020, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413281020190002000006&lng=es&tlng=es).

**VIGÉSIMO SEGUNDO.**- A su vez, en materia de medio ambiente no puede ser omitida en el análisis de esta materia la magnitud y posible irreversibilidad del daño al medio ambiente ocasionables por hechos acaecidos en actividades de cultivo y cosecha de recursos hidrobiológicos, en particular respecto a la industria del salmón, lo cual lleva a que la regulación deba tender a evitar, en primer término, el daño y solamente en segundo a reparar, pues la idea es que el medio ambiente, en tanto fuente de recursos, sea protegido, lo que significa normar en orden a impedir el daño y la alteración de sus equilibrios, lo que lleva a que dentro de la funcionalidad del principio aludido esté que << permite anticiparse en las causas a la producción del daño ambiental.>> (en este sentido ver a OLIVARES GALLARDO, ALBERTO. (2016). LOS PRINCIPIOS AMBIENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA ROL N° 2684-2014). Estudios constitucionales, 14(2), 435-460. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200014). Tampoco puede preterirse que este principio se encuentra presente como una de las finalidades de la institucionalidad ambiental chilena, al ser aludido específicamente en el Mensaje de la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente.

**VIGÉSIMO TERCERO.**- Al día de hoy, es posible verificar que el legislador ha sentado especial énfasis en el ámbito de la sustentabilidad de los recursos hidrobiológicos, regulando para ello el acceso a la actividad de cultivo y extracción de peces y mariscos, en el marco de objetivos constitucionalmente legítimos, así como también fomentando la investigación y verificando fiscalización. En virtud de aquello, la Ley Nº 18.892 sobre Pesca y Acuicultura, y su reglamento, incorpora en su texto diversas regulaciones y prohibiciones, tendientes a la preservación y resguardo de las condiciones ambientales y sanitarias, por lo que es legítimo que los actores conozcan aquellas materias que inciden en el bien jurídico que se intenta proteger.

**VIGÉSIMO CUARTO.**- En efecto, causas de estas materias no deben ser vistas exclusivamente en la perspectiva de libertad de empresa ni de debido proceso, sino que también en perspectiva ambiental, en clave de sustentabilidad, explotación racional y cumplimiento de obligaciones de derecho internacional del mar, al amparo de la protección constitucional del medio ambiente, por la vía de regular la extracción sustentable de recursos. De tal forma, la normativa cuestionada no puede ser considerada arbitraria ni menos carente de razonabilidad legislativa ni menos carente de sustento en la Carta Fundamental, sobre todo teniendo presente el impacto de la industria salmonera respecto a los demás recursos hidrobiológicos y, en consecuencia, la importancia de la fiscalización de sus actos por parte del Estado, así como el rol de los distintos actores en ella. Adicionalmente, debe tenerse presente que los salmones de cultivo son una especie exógena, altamente depredadora respecto de las nativas, por lo que es clave en el respeto del patrimonio ambiental el tomar las medidas de seguridad para evitar fugas y quiebres de las jaulas donde son mantenidos.

**VIGÉSIMO QUINTO.**- Es en tal situación que el acuicultor tiene posición de garante respecto de que los salmones no destruirán el entorno ni depredarán a las especies del ecosistema donde son cultivados, además de vincularse ello con la utilización pacífica, diversa, armónica y plural de ese bien nacional de uso público llamado genéricamente "aguas", y que comprende fiordos, canales, mares, lagos, bahías, etc. Es por ello que frente a un incidente de fuga de salmones, la ley busca que el concesionario de acuicultura los recapture en el tiempo más pronto posible, pues ella es la forma más idónea de evitar que la afectación grave e irreversible del entorno se consume. En ese orden la ley da un plazo de 30 días, prorrogable por igual plazo, lo cual no es calificable como breve, en atención a todo el impacto en los equilibrios ambientales que puede producir una fuga "masiva" de especies exógenas manifiestamente depredadoras como son los salmones, sin que la ley además gradúe el plazo posible en función de la proyección de tal impacto

## IV. CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR EN CHILE ¿TERREMOTOS Y MAREJADAS?

**VIGÉSIMO SEXTO.**- Es menester señalar que en el proceso en cuestión de alega que el escape de salmones se habría producido por un caso fortuito o fuerza mayor, consistente en una marejada de gran fuerza. Debe tenerse presente que la construcción de la noción de caso fortuito, entendida como causa de exoneración de la responsabilidad por el incumplimiento, conforme al artículo 1547 Código Civil, se ha realizado tradicionalmente a partir de sus tres requisitos: la exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho constitutivo del mismo (BRANTT, María Graciela. La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2009, n.33 [citado 2022-01-12], pp.39-102. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200001&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200001). En tal sentido, cabe señalar que los requisitos de exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad han de ser copulativos, y si ello no se verifica, no concurre la causal de exoneración de cumplimiento de obligaciones. En tal sentido, en su napoleónico y decimonónico lenguaje, el caso fortuito o fuerza mayor es definido en el Código Civil, en su artículo 45, como "el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.". Tal definición, que surge en el orden contractual, termina extrapolada como un principio general de derecho, que va más allá del derecho civil, pudiendo abarcar el cumplimiento de obligaciones de diversa naturaleza jurídica.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.**- Es evidente que desde la década 1850, -época de redacción del Código Civil- hasta la fecha el concepto y determinación de lo que es o no "imprevisto" tiene un significado o contenido diferente al actual: el pronóstico meteorológico y el estudio de dicha disciplina muestran que las marejadas en Chile son anunciadas y que se conoce su intensidad aun cuando tengan un aumento. En el mismo orden, es un dato científico que, "debido a su ubicación, las costas chilenas son propensas a recibir oleaje. En algunas ocasiones este alcanza alturas significativas extremas y se transforma en un fenómeno conocido popularmente en Chile como marejadas, que altera las actividades que se desarrollan en la costa" (IGUALT, Felipe; BREUER, Wolfgang Alejandro; CONTRERAS-LOPEZ, Manuel y MARTINEZ, Carolina. Efectos del cambio climático en la zona urbana turística y costera de Viña del Mar: levantamiento de daños para una inundación por marejadas y percepción de seguridad. Revista 180 [online]. 2019, n.44 [citado 2022-01-12], pp.120-133. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-669X2019000200120&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-2309. http://dx.doi.org/10.32995/rev180.num-44.(2019).art-626). En ese orden, la marejada se define como "un levantamiento inusual del agua debido a la acción de una tormenta sobre la marea astronómica normal" (Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada de Chile, SHOA, 1992. Glosario de mareas y corrientes. Publicación N°3013, Valparaíso)

Debe tenerse presente que en Chile es común, durante la temporada otoño invierno, ver en algo tan cotidiano y accesible como el pronóstico del tiempo, anuncios de marejadas, emanados de la Dirección Meteorológica de Chile y del Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada, existiendo incluso registro histórico de las mismas.

Adicionalmente, la ciencia incluso ha identificado las causas que darían lugar al fenómeno de las marejadas, señalando los siguientes:

» Núcleos de bajas presiones en las latitudes medias del hemisferio sur responsables del oleaje reinante. Núcleos de bajas presiones en latitudes medias del hemisferio norte responsables del mar de fondo del Noroeste.

» Núcleos de bajas presiones que generan mal tiempo y marejadas de mar de viento en Chile continental durante el invierno.

» Anticiclones que generan buen tiempo, viento y mar de viento del Sur-Suroeste.

» Tormentas tropicales en el Pacífico. Lo que se resume en oleaje proveniente principalmente del hemisferio sur en invierno, y del hemisferio norte en verano (Beyá, J., Álvarez, M., Gallardo, A., Hidalgo, H., Aguirre, C., Valdivia, J., y Molina, M. (2016). Atlas de oleaje de Chile. Primera edición. Valparaíso: Escuela de Ingeniería Civil Oceánica, Universidad de Valparaíso, citado por Igualt, Felipe, et all, op. cit).

A su vez, se constata un aumento en la frecuencia y fuerza de las mismas en los últimos años, no obstante lo cual la temprana de marejadas, su fuerza y dañosidad estimada y su misma ocurrencia son pronosticables, existiendo incluso alertas periódicas al respecto.

**VIGÉSIMO OCTAVO**.- Frente a tales constataciones, aparece una constatación necesaria y evidente: las marejadas en Chile no son un evento imprevisto ni menos impredecible, al igual que el monzón en el sudeste asiático o los tornados en el caribe, motivo por el cual uno de los elementos del caso fortuito – lo imprevisible- no podrá invocarse in abstracto ni menos de manera general respecto de ellas si se entiende el caso fortuito como la simple ocurrencia de la marejada, ya que se sabe que todos los años hay marejadas, y además que cada temporada son más y más intensas. Es en ese sentido que la marejada es en sí misma un riesgo previsto en la costa chilena, y desde ahí, tanto quien desarrolla actividades económicas como las autoridades costeras tienen posición de previsión y garantía frente a las consecuencias potencialmente dañosas las marejadas, motivo por el cual suele existir normativa urbanística local, planes de evacuación, vías de escape, etc.

**VIGÉSIMO NOVENO**.- En tal sentido, el concesionario de acuicultura tiene cargas y obligaciones, en especial las ambientales y entre ellas la de velar por el no escape de especies exógenas depredadoras que son objeto de cultivo en jaulas, y es por eso que la jaula, su construcción, ubicación y resistencia debe contemplar como riesgo posible una verdadera temporada de marejadas, de la misma forma que en materia constructiva son previstas las consecuencias de los sismos, siendo pertinente la comparación, pues en el caso de terremotos a pesar de haber certeza de ser frecuentes, no se puede pronosticar su ocurrencia con días de antelación, cosa que sí se hace con las marejadas. Aún así, si la marejada efectivamente hubo un caso fortuito, debe tenerse presente que el mismo puede ser probado en el marco del proceso por daño ambiental, de acuerdo a las garantías de racional y justo procedimiento

## V. DEBIDO PROCESO, DERECHO A LA PRUEBA Y DERECHO A DEFENSA

**TRIGÉSIMO**.- Debe señalarse que, entendiendo que la garantía del racional y justo procedimiento e investigación del inciso 6° del numeral 3° de la Constitución es la consagración constitucional de los elementos del debido proceso, este tribunal ha declarado reiterada y uniformemente que el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores. (STC 478 c. 14. En el mismo sentido, STC 576 cc. 41 a 43, STC 699 c. 9, STC 1307 cc. 20 a 22, STC 1448 c. 40, STC 1557 c. 25, STC 1718 c. 7, STC 1812 c. 46, STC 1838 c. 11, STC 1876 c. 20, STC 1968 c. 42, STC 2111 c. 22, STC 2133 c. 17, STC 2354 c. 23, STC 2381 c. 12, STC 2657 c. 11, STC 2697 c. 17, STC 2687 c. 14, STC 2799 c. 14, STC 2853 c. 16, STC 2757 c. 41, STC 2743 c. 24, STC 2791 c.

24, STC 2983 c. 4, STC 3107 c. 7, STC 3309 c. 28, STC 3119 c. 19, STC 3649 c. 7, STC 5219 c. 10, STC 5418 c. 17, STC 5419 c. 17, STC 6411 c. 11, STC 6962 c. 11, STC 4222 c. 48, STC 5121 c. 13, STC 4379 c. 5, STC 4533 c. 5, STC 4972 c. 5, STC 4988 c. 5, STC 5104 c. 5, STC 5778 c. 5, STC 5993 c. 5, STC 5613 c. 5, STC 5751 c. 5, STC 5979 c. 5, STC 5999 c. 5, STC 6108 c. 5, STC 6163 c. 5, STC 6473 c. 5, STC 6349 c. 5, STC 6353 c. 5, STC 6381 c. 5, STC 6508 c. 5, STC 6750 c. 5, STC 6941 c. 5, STC 7076 c. 5, STC 7228 c. 5, STC 7232 c. 5, STC 7233 c. 5, STC 7311 c. 5, STC 7398 c. 5, STC 7430 c. 5, STC 7606 c. 5, STC 3969 c. 8, STC 4434 c. 55, STC 7641 c. 30, STC 6611 c. 4, STC 7060 cc. 11 y 15, STC 7061 cc. 11 y 15, STC 3625 c. 30, STC 3938 c. 16, STC 3770 c. 35, STC 7203 c. 31).

**TRIGÉSIMO PRIMERO.**- En particular, respecto del derecho a la prueba, la garantía de un justo y racional procedimiento contemplada por la Constitución incluye el derecho de las partes a presentar pruebas, el cual sólo se verifica cuando ella es pertinente o necesaria para el concreto tipo o especie de juicio que se verifica en un caso determinado. Para poder declarar inaplicable un precepto legal, por impedir éste la producción de la prueba en un caso determinado, es necesario que al Tribunal Constitucional se le den argumentos suficientes de que, en el proceso respectivo, la prueba resulta pertinente; esto es, que había hechos controvertidos y sustanciales para la resolución del asunto. (STC 596 c. 16. En el mismo sentido, STC 699 c. 9, STC 2546 c. 8, STC 2628 c. 11, STC 2748 c. 15, STC 2687 c. 18, STC 2757 c. 41, STC 2805 c. 39, STC 478 c. 22, STC 806 c. 22, STC 3197 c. 19)

## VI. LA PRESUNCIÓN DEL CASO

**TRIGÉSIMO SEGUNDO.**- Como primera cuestión, cabe señalar que entre las garantías del racional y justo procedimiento se encuentra una regla general en materia de prueba, cual es que la carga de la prueba corresponde a quien alega un hecho o un derecho o una obligación, así como a quien alega la extinción de una de estas últimas. Dicho principio general admite límites y excepciones, como los hechos públicos y notorios, los de la naturaleza y aquellos que la ley presuma. A su vez, la atribución del legislador para determinar presunciones tiene límites: no puede presumir de derecho la responsabilidad penal, y en la misma área del derecho se proclama la presunción de inocencia como principio general y derecho fundamental a la vez. A fortiori, la prohibición de presunciones de derecho en materia penal ha llevado a esta Magistratura a sostener que no son inconstitucionales las presunciones legales, es decir, las presunciones que admiten prueba en contrario, pues la Constitución sólo prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. (STC 993 c. 15. En el mismo sentido, STC 2535 c. 28, STC 2896 c. 8, STC 6885 c. 17, STC 3252 c. 48, STC 3253 c. 48, STC 3255 c. 48, STC 3264 c. 48, STC 3293 cc. 12, 13). De igual forma, el derecho a la fundamentación dela sentencia, en cuanto a los hechos y al derecho, combinada con el derecho a la presunción de inocencia, hacen que no sea posible condenar teniendo como único elemento de cargo a una presunción, cuestión que descarta que la presunción sea una inversión de la carga de la prueba.

## VII. PRESUNCIÓN PARA EXONERAR Y NO PARA PERJUDICAR

**TRIGÉSIMO TERCERO.**- Lo anteriormente expuesto lleva necesariamente a razonar acerca de la naturaleza, funcionalidad y caracteres de la presunción que se contiene en el precepto cuestionado.

Extrapolando la normativa sobre presunciones al derecho administrativo sancionador se ha señalado por doctrina autorizada que *"Para el Tribunal Constitucional, el principio de presunción de inocencia tiene varias consecuencias:*

> *iv. La ley no puede establecer presunciones de responsabilidad. En efecto, el Tribunal ha considerado enteramente inadmisible que la ley dé por establecida la existencia del hecho como*

*constitutivo de infracción o el grado de participación que el sujeto tenga en él, impidiéndole a éste demostrar su inocencia por todos los medios de prueba que le franquea la ley (rol N° 519, considerandos 40° y 41°). Además, este derecho no sólo puede verse vulnerado cuando una ley estructura en forma nominal alguna presunción de culpabilidad. Si del contexto de la ley aparece que diversas disposiciones, relacionadas entre sí, conducen al mismo resultado, también debe ser declarada inconstitucional aquella norma que genere como consecuencia práctica una suposición irreversible de responsabilidad, cuando se desvirtúa el derecho del afectado para presentar reclamos y pruebas en contrario de manera eficaz (rol Nº 1.518, considerando 35º)*

*iv. El derecho a la defensa es inherente a un trato inocente. La jurisprudencia del Tribunal ha señalado que se trata de un principio referido al trato inocente, que importa la obligación de considerar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en su derecho a defensa al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso (roles N°s. 1.351, considerando 45°, y 1.584, considerando 6°).*

*iv. El trato inocente se debe dar durante todo el procedimiento y hasta que una decisión ejecutoriada establezca fehacientemente la responsabilidad. En este caso la presunción de inocencia implica una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario ("nulla poena sine iudicio") (rol Nº 1.518, considerando 34º). (CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2014, n.42 [citado 2020-08-03], pp.399-439. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-6851. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012.).*

Debe constatarse, en ese sentido, que lo señalado es plenamente extrapolable en el caso concreto, agregándose que la presunción establecida por el precepto impugnado no es de carácter "irreversible", sino que es una presunción simplemente legal que, por una parte admite prueba en contrario, en el marco del ejercicio del derecho a la acción, dentro de un proceso de daño ambiental, con todo el derecho probatorio contemplado en la legislación del ramo, y, por otra parte, permite eludir sus efectos mediante la ejecución de una conducta de recaptura de una mínima parte de las especies fugadas en un plazo razonable (solo un 10% en el plazo de 30 días, prorrogable por 30 más). Así, el estándar de "una decisión ejecutoriada establezca fehacientemente la responsabilidad" se refiere indudablemente a la motivación de la sentencia que dé por establecido el daño ambiental, extrapolada desde los estándares que el derecho procesal establece para el acreditamiento de hechos y su calificación en la sentencia, en especial lo referido al análisis de la prueba rendida y al mérito específico de lo que se ventile como denuncia, cuestión que remite a la revisión en sede judicial y las atribuciones del juez del fondo para revisar lo obrado, además no debe olvidarse que en Chile la acuicultura se somete a regulación especial y a declaración y control de qué y cuanto es lo que se encuentra en los centros de cultivo, además de cómo entra y sale de dichos lugares. Por otra parte, la proscripción de las presunciones no es entonces automática ni universal ni menos genérica, sino que está determinada porque la norma que la establece genere un verdadero estado de indefensión para el afectado impidiéndole rendir prueba para defenderse, cuestión que en la especie no ocurre.

**TRIGÉSIMO TERCERO.**- A su vez, el estándar de proscripción de presunciones en la jurisprudencia de este Tribunal no puede dejar de ser analizado sin alguna referencia a alguna de las presunciones más relevantes del sistema punitivo que han sido conocidas por esta Magistratura. En este sentido, en referencia a la operatividad de la presunción del artículo 4° de la Ley N° 20.000, referida al delito de tráfico de drogas, en la sentencia Rol N° 993, de 13 de mayo de 2008, esta Magistratura razonó:

*"QUINTO: Que, dentro del criterio de interpretación conforme a la Constitución, el respeto hacia las labores que desarrollan tanto el legislador al elaborar las normas de rango legislativo como la judicatura al aplicarlas, obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental, y sólo en el evento de no ser ello posible, declarar su inconstitucionalidad, criterio que ha sido seguido en las sentencias roles 29, 38, 304, 368, 420, 460 y 681, entre otras.*

*En sede de inaplicabilidad, también, en el caso concreto, "deber de esta Magistratura evitar que el precepto legal impugnado se interprete y aplique de un modo en que efectivamente produzca un efecto contrario a la Constitución" (Sentencia Rol Nº 806);*

*SEXTO: Que, unido a ello, todo precepto legal que se impugne no constituye generalmente una norma aislada, sino que es un enunciado que, puesto en aplicación, guarda relaciones de interdependencia y operatividad con otros, a la luz de los cuales cabe ser interpretado y aplicado;".*

A este respecto, en la misma sentencia Rol N° 993, de 13 de mayo de 2008, en referencia a la relación de las presunciones con una posible inversión del onus probandi y el estándar de convicción suficiente para emitir una condena, esta Magistratura razonó:

*"DECIMOTERCERO: Que, en el mismo contexto, hemos de entender por delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley, de conformidad al artículo 1º del Código Penal, debiendo acreditarse entonces, a la luz de la legislación vigente, la ocurrencia del hecho punible, la participación del imputado y su culpabilidad;*

*DECIMOCUARTO: Que de lo anterior se colige que, en virtud de lo expuesto, resulta, por una parte, posible entender y aplicar el precepto antes transcrito de conformidad a la Carta Fundamental, y por otra, no resulta dable concluir que exista una inversión de la carga de la prueba ni un atropello al debido proceso, pues, de todas formas y no habiendo norma en contrario, debe probarse, más allá de toda duda razonable, la comisión del hecho punible y la participación culpable del requirente, sin lo cual no puede ser condenado;*

*DECIMOQUINTO: Que, finalmente, debe descartarse la argumentación del recurrente referida a que la norma objetada contendría una presunción legal de responsabilidad penal que, en su aplicación al caso, pugnaría con la presunción de inocencia ya comentada.*

Basta para ello recordar que tales presunciones admiten prueba en contrario y que la Constitución, en su artículo 19 Nº 3, inciso sexto, sólo prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal;".

Debe señalarse que entonces, si para la jurisprudencia de este tribunal en materia penal es admisible una presunción simplemente legal incluso en un delito sancionado con pena aflictiva, no resulta entonces coherente ni acertado sostener que en materia de daño ambiental las mismas normas garantistas de la Constitución signifiquen que las haya proscrito. Adicionalmente, es dable concluir que el estándar precedentemente expuesto se encuentra cumplido en el caso concreto.

**TRIGÉSIMO CUARTO**.- Adicionalmente, tras una lectura detenida y específica se constata que a pesar de lo que parece la norma tiene dos presunciones y no una:

» Una primera como regla general, que llamaremos primaria, en términos que presume daño ambiental por escape o fuga de salmones en el caso concreto, por la vía de la multa por escape o fuga masiva contemplada en el artículo anterior, lo cual es del todo razonable y justificado, pues la ciencia plantea que tendrían impacto en la difusión de enfermedades como la difilobotriasis (CABELLO, Felipe C. Acuicultura y salud pública: La expansión de la difilobotriasis en Chile y el mundo. Rev. méd. Chile [online]. 2007, vol.135, n.8 [citado 2022-01-12], pp.1064-1071. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_

arttext&pid=S0034-98872007000800016&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0034-9887. http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872007000800016), competencia por el alimento con especies nativas, alteración de equilibrios, riesgos de hibridación y depredación de otras especies de peces, algas y crustáceos, entre otros (véase, el estudio de Asesoría Técnica Parlamentaria de Mayo 2019 titulado " Salmones escapados al medio ambiente Nivel de impacto medio ambiental y estadísticas en Chile" de la Biblioteca del Congreso Nacional, el cual da cuenta y contiene citas de abundantes estudios científicos al respecto, disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27341/2/Salmones_escapados_al_medio_ambiente_2019_final.pdf). La evidencia científica del impacto medioambiental y de alteración de los equilibrios hidrobiológicos del entorno hace que sea imposible calificar de arbitraria o carente de fundamento esta presunción, por lo que no puede entenderse que afecte la garantía de igualdad ante la ley y no discriminación del numeral 2º del artículo 19 de la Constitución política.

» Una presunción negativa o secundaria, en sentido contrario al establecimiento del daño ambiental, en lo que es más bien una excepción a la presunción anterior, y cuya operatividad depende de la conducta del propio afectado por la anterior: dicho al revés en el precepto, no se presume que hay daño ambiental si se recaptura la bajísima porción del 10% de los ejemplares fugados en un plazo de 30 días y que podrían ser 60. Es decir depende de un hecho del propio imputado de daño ambiental el realizar una conducta que lo deja fuera de la presunción de daño ambiental para así descartarla.

Este punto es particularmente relevante, pues así la norma cuestionada no es entonces una presunción in peius respecto del recurrente, sino que es una norma que le beneficia: en una fuga de una especie predatoria y dañosa del entorno, el capturar solo la décima parte de los fugados presume su salida como no dañina.

**TRIGÉSIMO QUINTO.**- Es por ello que siendo una norma de beneficio y no de perjuicio respecto del sujeto destinatario de la imputación de daño ambiental, la preceptiva cuestionada no tiene la aptitud de producir el efecto contrario a la constitución que la requirente pretende.

## VIII. LA PRUEBA DEL DAÑO AMBIENTAL Y LOS OTROS MEDIOS DE PRUEBA.

**TRIGÉSIMO SEXTO.**- En esta materia no puede prescindirse de lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley N° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente:

*"Artículo 51.- Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley.*

*No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley.*

*Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.".*

Tales normas son especialmente relevantes, establecen un marco general y establecen un principio de especialidad acerca de normas de otras leyes, cuyo es el caso del precepto impugnado. Ello significa que debe observarse, prima facie, el precepto impugnado.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO.**- A su vez, no puede preterirse que el precepto cuestionado, al ser una norma de beneficio para evitar la presunción de daño si se recaptura el 10% de la fuga en 30 días, permite eludir la responsabilidad establecida en el artículo que le antecede en caso de fugas masivas. Así, cabe ahora observar el artículo 52 de la ya aludida Ley N°19.300:

"Artículo 52.- Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido.".

El precepto cuestionado es inconfundiblemente una regulación especial referida a un caso de protección del entorno ambiental frente a fugas masivas, tanto así que regula una presunción de daño ambiental. Es decir, es una norma distinta a la del inciso primero del artículo 52, y prima sobre ella por principio de especialidad, observándose que la recaptura no exonera de la presunción en tal inciso, por lo que además la norma cuestionada es más benigna que ella para el requirente.

**TRIGÉSIMO OCTAVO**.- A su vez, el artículo 35 de la Ley N° 20.600, que creó los tribunales ambientales, dispone que:

"El Tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; al hacerlo deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o la 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.

Serán admisibles todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos y que sean aptos para producir fe. El Tribunal podrá reducir el número de pruebas de cada parte si estima que son manifiestamente reiteradas y podrá decretar, en cualquier estado de la causa, cuando resulte indispensable para aclarar hechos que aún parezcan obscuros y dudosos, la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes. No habrá testigos ni peritos inhábiles, lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe.

En ningún caso se podrá rendir pruebas ante un tribunal distinto que el Tribunal Ambiental.".

**TRIGÉSIMO NOVENO**.- Al tenor de la norma transcrita, la sana crítica es el sistema de apreciación en el caso sub lite, pudiendo dar así un amplio valor a la prueba que recoja saber científico, agregando que las pruebas para dar por establecido un hecho han de ser varias, diversas y concordantes, por lo que el daño ambiental y la responsabilidad no podrán ser establecidos solamente por la presunción, existiendo una intensa carga de la prueba y un alto estándar de apreciación de la prueba.

**CUADRAGÉSIMO**.- Se agrega que el transcrito artículo 35 establece lo que podríamos denominar amplitud de medios de prueba, al admitirlos de todos los tipos, en la medida que sean lícitos y aptos para producir fe, permitiendo la actividad probatoria de todas las partes y mencionándose expresamente los peritajes en diversas normas la misma ley. No debe olvidarse tampoco el carácter técnico y científico de la prueba pericial en materias de este tipo, a lo cual se agrega que estos tribunales ambientales están integrados por un ministro que ha de ser licenciado en ciencias con especialización medioambiental, de acuerdo a lo dispuesto por la propia Ley N° 20.600, lo que conecta justamente con el necesario estándar de fundamentación y razonamiento en materias científicas.

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO**.- A su vez, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, que en una norma de general aplicación dispone:

"Artículo 25.- Contenido de las sentencias. La sentencia de los Tribunales Ambientales se dictará con arreglo a lo establecido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, debiendo, además, en su caso, enunciar los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia.".

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO**.- Es decir, toda sentencia de tribunales ambientales ha de ponderar prueba de conformidad a lo dispuesto por la general norma del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, y además ha de expresar especialmente sus fundamentos técnico-ambientales. Ello significa que es una norma general que la sentencia contenga razonamientos y ponderación de las cuestiones técnico-ambientales, de lo cual deriva que la presunción no puede ser la única prueba que motive sanciones

**CUADRAGÉSIMO TERCERO**.- Así, dentro de la amplitud de medios y actividad probatoria que este tipo de procedimientos contemplan, la presunción simplemente legal de daño por no recaptura es solo uno de ellos y no puede ser el único que dé mérito para concluir daño ambiental. A su vez, la usualmente denominada prueba científica, por vía pericial, es también clave en este tipo de procesos, pudiendo ser ofrecida y rendida por todas las partes del proceso.

## IX. CONCLUSIONES

**CUADRAGÉSIMO CUARTO**.- Que, de lo expuesto, se descartan las alegadas vulneraciones de los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución, debiendo rechazarse el requerimiento deducido.

**SENTENCIA ROL 10.382-2021.** *Publicada el 18 de noviembre de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 5°, inciso primero, en la frase "los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo esencial" e inciso segundo, y artículo 10, inciso segundo, en la frase "así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga", de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública. Invermar S.A. En el proceso seobre reclamo de ilegalidad, seguido ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, bajo el Rol N° 19-2020 (Contencioso Administrativo).

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que** concurre a la presente disidencia, sin compartir sus considerandos 5º, 6º y 20º, teniendo además presente las siguientes consideraciones:

**1°.-** Es necesario recordar que siendo la pesca y acuicultura una actividad económica amparada por el ejercicio de la libertad del numeral 21° del artículo 19 de la Constitución Política, para que el ejercicio de actividades económicas pueda ser calificado como legítimo debe ser respetuoso de las normas legales que regulen tal actividad. Además de ello, no puede omitirse que el numeral 8° del mismo artículo 19 alude al medio ambiente como objeto de protección constitucional, no solamente respecto del fenómeno de la contaminación, sino también al establecer como *"deber del Estado"* el de *"tutelar la preservación de la naturaleza"*, agregando una reserva específica y habilitante, en orden a que *"La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente"*, que se ve complementada en la propia constitución, en el numeral 24° del mismo artículo, al limitar el derecho de propiedad con la función social que se le asigna, la cual incluye "la conservación del patrimonio ambiental", lo cual exige respetar los delicados equilibrios de los ecosistemas del mar bajo su jurisdicción, cuestión que en materia de pesca y acuicultura conlleva necesariamente una extracción sustentable de recursos .

**2°.-** A su vez, dicha extracción racional, controlada y sustentable de los recursos pesqueros es, además, un deber del Estado Chileno en función del derecho internacional público, con diversas fuentes convencionales y no convencionales de obligaciones generales y específicas en orden al resguardo de la sustentabilidad, la recuperación de las pesquerías, los métodos de pesca, cultivo y reproducción de peces y mariscos, la protección de especies y otras materias. A este respecto, es necesario mencionar, entre otras, las siguientes fuentes: Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (suscrita por Chile el 10 de Diciembre de 1982, ratificada el 28 de Agosto de 1997 y publicada el 18 de noviembre de 1997), Código Internacional de Conducta para la Pesca Responsable (norma voluntaria) (Aprobada en 1995 por la FAO), Acuerdo para Promover el Cumplimiento de las Medidas Internacionales de Conservación y Ordenación por los Buques Pesqueros que pescan en Alta Mar (Aprobado mediante Resolución 15/93, de la FAO, el cual entró en vigor el 24 de abril de 2003, fecha en que el Director General recibió el 25º instrumento de aceptación), Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (10 de Diciembre de 1982, relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y Altamente Migratorias o Acuerdo de Nueva York; ratificado mediante Decreto Nº 31, promulgado el 08 de marzo del 2016 y publicado el 21 de septiembre del 2016), Comisión de Pesca

Continental para América Latina (COPESCAL, creada en Roma en 1976 por la resolución 4/70 de la Septuagésima Sesión del Consejo de la FAO), Convención sobre la Diversidad Biológica (CBD, suscrita en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 y ratificada por Chile en 1994. Chile ratificó el Convenio sobre la Diversidad Biológica el 9 de septiembre de 1994, mediante Decreto Supremo Nº 1.963 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el que fue publicado en el Diario Oficial con fecha 6 de mayo de 1995.), Convención de Wellington sobre Prohibición de Pesca con Redes de Enmalle y Deriva de Gran Escala en el Pacifico Sur (Suscrita en Wellington el 20 de octubre de 1990 y ratificada por Chile el 1° de noviembre de 1991), El Protocolo II de la Convención sobre Prohibición de la Pesca con Redes de deriva y de gran escala en el Pacifico Sur (promulgado el 09 de diciembre de 1993 y publicado el 03 de marzo del año 1994), Convenio para la Protección del Medio Marino y la Zona Costera del Pacífico Sudeste, de 1981 (ratificado mediante Decreto Nº 296, promulgado el 07 de abril de 1986 y publicado el 14 de junio de 1986).

**3°.-** A su vez, debe tenerse como elemento de juicio el denominado principio preventivo en materia ambiental, el cuál puede sustentarse en los numerales 8° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política, en la medida que en ellos se reconoce el medio ambiente como un objeto de conservación constitucional relevante y en el primero de ellos se habilita expresamente a establecer limitaciones específicas a otros derechos en función de la preservación del medio ambiente, para lo cual es ineludible tener presente la afectación de otras especies y del equilibrio del ecosistema particular por el cultivo y cosecha de peces y mariscos. De tal modo, resulta una información relevante la cantidad y clase de antibióticos utilizados, así como la biomasa final del ciclo productivo, con la finalidad de contribuir a la protección de los recursos hidrobiológicos y su medio ambiente, mediante un control social y orgánico del comportamiento sectorial. Ello en estricta coherencia con el rol de la publicidad en relación con el control social -ciudadano- respecto de los actos de la Administración (y de todo órgano estatal), doble control que permitirá la interacción del Estado, los privados y grupos intermedios para fines virtuosos, como podría ser la detección, control, monitoreo y erradicación de prácticas de cultivo y cosecha contrarias al ordenamiento jurídico, de aquellas que no resguarden lo que la ley denomina bienestar animal y procedimientos que eviten su sufrimiento innecesario (artículo 13 F), contribución en programas sanitarios e, incluso, el consumo responsable y con conocimiento de los alimentos y, en fin, ello redundará en la participación de los diferentes actores en cuestiones propias del interés público, sin contravenir los bienes jurídicos privados protegidos por el mismo ordenamiento jurídico.

**4°.-** A propósito del dicho preventivo, con base en la Declaración de Río, se dispone la prevención como un principio en materia ambiental, este principio lo anuncia como proceso de efectuar una evaluación de impacto ambiental, como instrumento nacional respecto a toda actividad que posiblemente produzca un impacto desfavorable, dañino e irreparable en el medio ambiente y la cual esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente (Declaración de Río, Principio 17, en este sentido ver a Silva Hernández, Francisca, 2019, Principio de prevención y precautorio en materia ambiental. Revista Jurídica Derecho, 8(11), 92-106. Recuperado en 06 de octubre de 2020, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413281020190002000006&lng=es&tlng=es).

**5°.-** A su vez, en materia de medio ambiente no puede ser omitida en el análisis de esta materia la magnitud y posible irreversibilidad del daño al medio ambiente ocasionables por el cultivo y cosecha de recursos hidrobiológicos, en particular respecto a la industria del salmón, lo cual lleva a que la regulación deba tender a evitar, en primer término, el daño y solamente en segundo a reparar, pues la idea es que el medio ambiente, en tanto fuente de recursos, sea protegido, lo que significa normar en orden a impedir el daño y la alteración de sus equilibrios, lo que lleva

a que dentro de la funcionalidad del principio aludido esté que << permite anticiparse en las causas a la producción del daño ambiental.>> (en este sentido ver a OLIVARES GALLARDO, ALBERTO. (2016). LOS PRINCIPIOS AMBIENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA ROL N° 2684-2014). Estudios constitucionales, 14(2), 435-460. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200014). Tampoco puede preterirse que este principio se encuentra presente como una de las finalidades de la institucionalidad ambiental chilena, al ser aludido específicamente en el Mensaje de la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente.

**6°.-** Al día de hoy, es posible verificar que el legislador ha sentado especial énfasis en el ámbito de la sustentabilidad de los recursos hidrobiológicos, regulando para ello el acceso a la actividad de cultivo y extracción de peces y mariscos, en el marco de objetivos constitucionalmente legítimos, así como también fomentando la investigación y verificando fiscalización. En virtud de aquello, la Ley Nº 18.892 sobre Pesca y Acuicultura, y su reglamento, incorpora en su texto diversas regulaciones y prohibiciones, tendientes a la preservación y resguardo de las condiciones ambientales y sanitarias, por lo que es legítimo que los actores conozcan aquellas materias que inciden en el bien jurídico que se intenta proteger.

**7°.-** En efecto, causas de estas materias no deben ser vistas exclusivamente en la perspectiva de libertad de empresa, sino que también en perspectiva ambiental, en clave de sustentabilidad, explotación racional y cumplimiento de obligaciones de derecho internacional del mar, al amparo de la protección constitucional del medio ambiente, por la vía de regular la extracción sustentable de recursos. De tal forma, la normativa cuestionada no puede ser considerada arbitraria ni menos carente de razonabilidad legislativa ni menos carente de sustento en la Carta Fundamental, sobre todo teniendo presente el impacto de la industria salmonera respecto a los demás recursos hidrobiológicos y, en consecuencia, la importancia de la fiscalización de sus actos por parte del Estado, así como el rol de los distintos actores en ella.

**8°.-** Que, finalmente, este disidente reitera que el acceso a información en poder de órganos del Estado no puede estar sujeto a una identificación previa de un interés público que justifique la solicitud, ni menos a una calificación de ese tipo por parte del propio órgano estatal que tenga que entregar los antecedentes requeridos.

**9°.-** Que, todo lo expuesto, en especial las consideraciones propias de las cuestiones ambientales, y de la incidencia de las cuestiones ventiladas en la calidad de las aguas, bien nacional de uso público en el que se ubican las concesiones de acuicultura, llevan a este disidente a variar el criterio que sostuvo en la sentencia Rol N° 9972, de fecha 5 de mayo de 2021.

# 18. Derecho al agua

**SENTENCIA ROL 10.762-2021.** *Publicada el 27 de mayo de 2021.*

Control de constitucionalidad del proyecto de ley que faculta al Presidente de la República a reservar el uso prioritario del agua al consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia, durante la vigencia de un estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, correspondiente al boletín N° 13.404-33.

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que concurre a la presente sentencia, estando por la declaración de constitucionalidad de todo el texto del proyecto de ley en base a las siguientes consideraciones:**

**1°.-** Que el artículo 43 de la Constitución Política dispone, en lo pertinente, que *"Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada",* habilitando a establecer medidas administrativas particulares de afectación del derecho de propiedad en el marco de los poderes de excepción, agregándose adicionalmente, y como una potestad diferente, el *"adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad"*, entendiendo por "extraordinarias" lo que se caracteriza como extra ordinem, es decir aquello que este fuera del ordenamiento.

**2°.-** Debe tenerse presente que el derecho de aprovechamiento de aguas a que se refiere el proyecto en examen es una materia cubierta por la garantía constitucional del derecho de propiedad al señalar el numeral 24° del artículo 19 de la Constitución que *"Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos".* Adicionalmente debe recordarse que el mismo numeral del artículo 19 incluye en la garantía constitucional del derecho de propiedad, a partir de sus incisos primero y tercero, no solo los atributos del dominio sino también el bien objeto del mismo. Siendo ello así, es evidente que con las solas potestades de excepción del artículo 43 de la Constitución el uso y destino de las aguas puede ser afectado por la autoridad administrativa durante estado de catástrofe, al estar englobado dentro de la garantía del derecho de propiedad que se declara expresamente afectable. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que entonces, si los derechos constituidos sobre las aguas están amparados por la garantía constitucional del derecho de propiedad, los límites de la misma también se predican respecto de ellos.

**3°.-** Así, examinadas las atribuciones constitucionales de estado de excepción y su objeto, se colige que el proyecto sometido a control lo que viene a hacer es básicamente regular a nivel de ley y concretizar aún más una atribución pre existente y englobada dentro del estatuto constitucional de estados de excepción, de afectación del derecho de propiedad.

**4°.-** Es así que, entonces, las normas establecidas en el proyecto de ley sometido a examen serían parte de la materia reservada a una ley orgánica constitucional por el artículo 44 de la Constitución, norma que en su inciso primero dispone que *"Una ley orgánica constitucional regulará los estados de excepción, así como su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas que procediera adoptar bajo aquéllos. Dicha ley contemplará lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento*

*de la normalidad constitucional y no podrá afectar las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares".*

**5°.-** Así, el proyecto no hace más que regular *"la aplicación de las medidas legales y administrativas que procediera adoptar"* bajo aquéllos un estado de excepción, respecto de un derecho expresamente afectable como es el de propiedad sobre derechos de aguas, en lo relativo al uso. Adicionalmente, tales normas referidas a atribuciones de excepción no deben ser confundidas con las atribuciones de carácter permanente que se contienen para la autoridad administrativa en los artículos 129 bis y ss. y 299 y ss. del Código de Aguas en materia de conservación y calidad de las aguas.

**6°.-** A mayor abundamiento, cabe mencionar que, en perspectiva de derecho internacional de los derechos humanos, la gran reforma constitucional de la Ley N° 20.050 vino a adecuar las normas de estados de excepción a los estándares internacionales, recogidos en los llamados PRINCIPIOS DE SIRACUSA SOBRE LAS DISPOSICIONES DE LIMITACIÓN Y DEROGACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DEDERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en su 41º Período de sesiones, en el marco de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que se refieren a los estándares internacionalmente tolerables en materia de limitaciones a derechos por estados de excepción. Ello no puede ser preterido, pues en su texto actual la Constitución garantiza, en normas autoejecutables, la temporalidad de las medidas de estados de excepción, la reclamación judicial de las mismas cuando afecten derechos fundamentales y el principio de indemnización de requisiciones y afectaciones del derecho de propiedad, todo ello en los artículos 44 y 45 del texto constitucional actualmente vigente.

**7°.-** En tal sentido, el proyecto se refiere explícitamente al estado de excepción constitucional de catástrofe, por lo cual es un error conceptual y un argumento contra constitutionem el sostener que da pie a afectaciones de derechos permanentes.

**8°.-** Que, en cuanto a la relevancia del acceso al agua como vector de ejercicio de las potestades a que se refiere el proyecto de ley, como se señalara en la disidencia de la sentencia Rol N° 8484 de esta Magistratura, el agua potable y alcantarillado son indispensables para la vida y la salud de las personas y, en consecuencia, fundamentales para preservar la dignidad de todos los sujetos pertenecientes al género humano. En tal sentido, aun cuando el derecho al agua no es reconocido como un derecho humano independiente y expreso en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario señalar sí comprende obligaciones específicas del Estado que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, así como el acceso a servicios de saneamiento adecuados, en el marco de la satisfacción de derechos como los de la vida y la protección de la salud, para lo cual resulta esencial que se asegure un suministro y servicio que satisfaga estándares de calidad y continuidad que serán precisados por la Ley. No es posible asegurar el derecho a la vida ni menos un conjunto de condiciones mínimas para la protección de la salud si las personas no tienen asegurado de manera universal el acceso al agua necesaria para consumo e higiene personal, lo cual además implica que dicha agua sea potable y vaya además asociada al acceso a alcantarillado.

**9°.-** Cabe hacer presente, que el concepto de "cantidad básica de agua requerida para satisfacer las necesidades humanas fundamentales" fue un asunto que se discutió originalmente en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el agua, celebrada en Mar del Plata, en 1977. Oportunidad en la cual se afirmó que todos los pueblos, cualesquiera sea su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho a agua potable en cantidad y calidad acorde con sus necesidades básicas. De este modo, en adelante, diversos planes de acción han reconocido el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano, de lo cual

deriva que el Estado tiene un rol que a lo menos es de garante primario en el acceso a los servicios y también en sus condiciones mínimas de continuidad y calidad. Así, por ejemplo, en noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó su Observación general Nº 15, sobre el derecho al agua, definido como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. A su vez, el Comité destacó que el derecho al agua se encuentra asociado con otros bienes jurídicos, como son el derecho a la salud, a una vivienda y a una alimentación adecuada. (En este sentido ver Observación general Nº 15 (2002) sobre el derecho al agua, párr. 3).

**10°.-** Que, en este mismo orden, el reconocimiento del derecho al agua y del acceso a servicios de alcantarillado, como bienes jurídicos con características de "fundamentales" para la sociedad, ha sido reconocido en múltiples tratados que versan sobre Derechos Humanos, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y del derecho a la salud. A modo de ejemplo, en el artículo 14 Nº 2, letra h), de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (vigente en Chile desde el año 1989), se reconoce el derecho a *"Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los* ***servicios sanitarios****, la electricidad y el* ***abastecimiento de agua*** *(…)"* (lo destacado es nuestro). Lo mismo ocurre en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (vigente en Chile desde el año 2008), pues en su artículo 28 obliga al Estado a *"Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a* ***servicios de agua potable*** *(…)".* En tal orden, el abastecimiento de agua potable deja de ser una obra de beneficencia para el Estado o un mero acto potestativo de libertad de empresa para los prestadores, y pasa a convertirse en un derecho, que, más allá de su regulación específica y sectorial en la ley, tiene un claro sustento constitucional y de derecho internacional de derechos humanos, niveles en los cuales la protección del ser humano es el elemento central.

**11°.-** A nivel global, la Asamblea General de la ONU que, en su Resolución A/RES/68/157 del 18 de diciembre de 2013, se expresó *"profundamente preocupada por el hecho de que aproximadamente 768 millones de personas sigan sin tener acceso a mejores fuentes de agua y de que más de 2.500 millones de personas no tengan acceso a mejores servicios de saneamiento", señalando expresamente "la responsabilidad de los Estados de garantizar la promoción y protección de todos los derechos humanos, que son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí, y que deben tratarse de forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y con la misma atención", explicitando que "el derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana", concluyendo que tal derecho "es un componente esencial para el pleno disfrute de la vida y de la realización de todos los derechos humanos".*

**12°.-** Asimismo, cabe hacer presente que en reciente sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado expresamente *"El derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua. Al respecto, baste señalar que entre aquellos se encuentran el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la alimentación adecuada, cuya inclusión en el citado artículo 26 ya ha quedado establecida en esta Sentencia, como asimismo el derecho a la salud, del que también este Tribunal ya ha indicado que está incluido en la norma.*

**13°.-** *El derecho al agua puede vincularse con otros derechos, inclusive el derecho a participar en la vida cultural (…)"* (caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Ihaka honhat (nuestra tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrs. 222, 231 a 242).

**14°.-** Que, en este sentido, y dentro de las dimensiones del uso del agua que son relevantes para la presente sentencia, es posible reconocer que, el derecho al agua y alcantarillado, se incluyen de forma implícita, o como elementos asociados, en otros derechos y libertades -lo que

significa, entre otras consecuencias, la existencia de políticas de acceso y promoción, además de la protección contra cortes arbitrarios o ilegales de los recursos hídricos, en el marco de la garantía de prestaciones mínimas– que comprendan el acceso a una cantidad mínima de agua potable para mantener la vida y salud de las personas.

**15°.-** Así, el derecho al agua y alcantarillado, al tratarse de derechos de tal amplitud y significancia por sí mismo y con efecto en otros derechos de igual relevancia, resulta imposible admitir que su goce y ejercicio sea interrumpido, salvo por motivos de real fuerza mayor que además la propia ley reconozca como imposibles de resistir o mitigar; de lo que se sigue que el suministro de agua y el acceso a alcantarillado deben ser continuos y suficientes, en los términos indicados precedentemente. De tal forma, si los servicios son prestados por privados, tanto su relación con el Estado como la prestación del servicio mismo deben ser moldeadas y configuradas en términos de acceso a un derecho con los caracteres expuestos, tendiendo a asegurar la continuidad del servicio y los estándares de calidad del mismo.

**16°.-** Es en tal contexto que el derecho de acceso al agua ha sido recientemente reconocido por la Tercera Sala de la Corte Suprema, en sentencias Roles N°s. 72.198-2020 y 131.140-2021, dictadas en sede de protección, fijando como estándar que la misma sea potable y determinando 100 litros por persona diarios como en mínimo necesario, fundamentando la sentencia en diversas fuentes de derecho internacional y señalando expresamente que "*Toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación; derecho que posee, como correlato, el deber del Estado de garantizar el acceso en las mencionadas condiciones*", el cual se ve reforzado respecto de personas y comunidades en situación de vulnerabilidad y agravado por las circunstancias de la pandemia que actualmente vivimos, agregando que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, mediante su Observación General 15, ha señalado que los Estados tienen el deber de satisfacer la obligación de protección, de establecer garantías destinadas a impedir que terceros menoscaben o pongan en peligro el disfrute del derecho al agua, definido como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico, sin considerar su destinación para la agricultura y el pastoreo, que se comprende en el derecho a una alimentación adecuada. Se tiene presente además que la Organización Mundial de la Salud ha entregado como directrices para proteger el derecho al agua su disponibilidad, calidad, accesibilidad y derecho a obtener información cabal y completa sobre el uso del agua en la comunidad, concluyendo que toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable en condiciones de igualdad y no discriminación, derecho subjetivo que reconoce como correlato que es el Estado quien tiene el deber de garantizarlo.

**17°.-** No debe preterirse tampoco que en Chile, durante la segunda mitad del siglo XX seguía siendo un grave problema estructural la falta de acceso al agua potable y al saneamiento por un relevante porcentaje de la población, lo que significaba una "contribución a la morbilidad y desnutrición de la población" (Hantke-Domas, M., Jouravlev A., "Lineamientos de política pública para el sector de agua potable y saneamiento", Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2011. Documento extraído de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3863/S2011000_es.pdf)), lo cual repercutía en el surgimiento de enfermedades como el tifus, paratifus, hepatitis, cólera, entre otras, que se traducían en mayores costos de cuidados médicos, pérdidas de días laborales e incluso muertes prematuras (Op., Cit). De esta forma, el bien jurídico "agua", que ha de ser "potable", se torna esencial para la vida de las personas, pues con su acceso se logra un estándar sanitario superior, mejorando las condiciones de vida de los sujetos y, en concordancia con el Estatuto Constitucional, se resguarda la integridad física de aquellos que habitan en el territorio chileno.

**18°.-** Tales consideraciones hacen recordar el rol del Estado respecto de los derechos fundamentales: respeto y promoción, el cual se ha visto acentuado en el marco de la pandemia de Covid 19, marco en el cual el acceso a condiciones de autocuidado basadas en la higiene continua pasa a ser esencial, debiendo por tanto el Estado asumir de manera ineludible y reforzada el preexistente rol de garante de acceso al agua potable para las personas, en tanto exigencia de la dignidad intrínseca del ser humano y de la satisfacción de derechos explicitados por la Constitución.

**19°.-** Cabe concluir entonces que el proyecto se ajusta plenamente a la Constitución y se constata que mediante el mismo el Estado Chileno se refiere a sus obligaciones relacionadas con el uso preferente del agua para consumo del ser humano, mas solamente bajo una situación tan extraordinaria y grave como lo es un estado de excepción constitucional.

[…]

**SENTENCIA ROL 11.097-2021.** *Publicada el 9 de marzo de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 32, última frase, de la Ley N° 18.902. Inmobiliaria e Enversiones J T. Diego Limitada, y Andrés Eduardo Gutiérrez Gutiérrez. En el proceso Rol N° 256-2021 (Contencioso Administrativo), sobre recurso de reclamación, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

Se previene que el Ministro, señor RODRIGO PICA FLORES, estuvo por concurrir a la decisión de acoger el requerimiento adhiriendo a sus fundamentos y, teniendo además presente lo que sigue:

## I. ALGUNOS ALCANCES SOBRE EL DERECHO HUMANO AL AGUA Y A LOS SERVICIOS SANITARIOS BÁSICOS.

### Suministro continuo de agua potable y alcantarillado como cuestión de interés público.

**1°.-** Que, el agua potable y alcantarillado son indispensables para la vida y la salud de las personas y, en consecuencia, fundamentales para preservar la dignidad de todos los sujetos. En tal sentido, aun cuando el derecho al agua no es reconocido como un derecho humano independiente y expresamente en nuestro Ordenamiento Jurídico, si comprende obligaciones específicas del Estado que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, así como el acceso a servicios de saneamiento adecuados, para lo cual resulta esencial que se asegure un suministro y servicio que satisfaga estándares de calidad y continuidad que serán precisados por la Ley.

**2°.-** Cabe hacer presente que, en referencia al contenido del derecho, es indispensable el concepto de "cantidad básica de agua requerida para satisfacer las necesidades humanas fundamentales", el cual fue un asunto que se discutió originalmente en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el agua, celebrada en Mar del Plata, en 1977. Oportunidad en la cual se afirmó que todos los pueblos, cualesquiera sea su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho a agua potable en cantidad y calidad acorde con sus necesidades básicas. De

este modo, en adelante, diversos planes de acción han reconocido el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano, de lo cual deriva que el Estado tiene un rol que a lo menos es de garante primario en el acceso a los servicios y también en sus condiciones mínimas de continuidad y calidad. Así, por ejemplo, en noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó su Observación general Nº 15, sobre el derecho al agua, definido como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. A su vez, el Comité destacó que el derecho al agua se encuentra asociado con otros bienes jurídicos, como son el derecho a la salud, a una vivienda y a una alimentación adecuada. (En este sentido ver Observación general Nº 15 (2002) sobre el derecho al agua, párr. 3)

**3°.-** Que, en este mismo orden, el reconocimiento del derecho al agua y del acceso a servicios de alcantarillado, y el acceso a los servicios sanitarios en general, deben ser entendidos como bienes jurídicos con características de "fundamentales" para la sociedad, lo cual ha sido reconocido en múltiples tratados que versan sobre Derechos Humanos, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y del derecho a la salud. A modo de ejemplo, en el artículo 14 Nº 2, letra h), de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (vigente en Chile desde el año 1989), se reconoce el derecho a *"Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los* ***servicios sanitarios****, la electricidad y el* ***abastecimiento de agua*** *(…)"* (lo destacado es nuestro). Lo mismo ocurre en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (vigente en Chile desde el año 2008), pues en su artículo 28 obliga al Estado a *"Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a* ***servicios de agua potable*** *(…)"*. En tal orden, el abastecimiento de agua potable deja de ser una obra de beneficencia para el Estado o un mero acto potestativo de libertad de empresa para los prestadores, y pasa a convertirse en un derecho, que, más allá de su regulación específica y sectorial en la ley, tiene un claro sustento constitucional y de derecho internacional de derechos humanos, niveles en los cuales la protección del ser humano es el elemento central.

**4°.-** Asimismo, cabe hacer presente que, en reciente sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado expresamente *"El derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua. Al respecto, baste señalar que entre aquellos se encuentran el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la alimentación adecuada, cuya inclusión en el citado artículo 26 ya ha quedado establecida en esta Sentencia, como asimismo el derecho a la salud, del que también este Tribunal ya ha indicado que está incluido en la norma.*

*El derecho al agua puede vincularse con otros derechos, inclusive el derecho a participar en la vida cultural (…)"* (caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Ihaka honhat (nuestra tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrs. 222, 231 a 242)

Concordante con lo anterior, resulta ejemplificador lo señalado por el Comité europeo de Derecho Sociales, el cual consideró entre otras cosas que "*el derecho a una vivienda adecuada, reconocido en el artículo 31 de la Carta Social Europea Revisada, comprendía obligaciones específicas en relación con el acceso a agua potable y servicios de saneamiento:*

*En el artículo 31, 1) se garantiza el acceso a una vivienda adecuada, lo que significa una vivienda segura desde los puntos de vista estructural, higiénico y sanitario, es decir, una vivienda dotada de todas las instalaciones básicas, como agua, calefacción, evacuación de desechos, servicios de saneamiento y electricidad, exenta de hacinamiento y con una tenencia segura protegida por la ley*" (Reclamación No 27/2004, European Roma Rights Centre v. Italy, decisión sobre el fondo, 7 de diciembre de 2005).

**5°.-** Que, en este sentido, y dentro de las dimensiones del uso del agua que son relevantes en este caso, es posible reconocer que, el derecho al agua y alcantarillado, se incluyen de forma implícita en otros derechos y libertades -lo que significa, al menos, asegurar su acceso y continuidad- y además prestaciones mínimas– que comprendan el acceso a una cantidad mínima de agua potable para mantener la vida y salud de las personas-. Así, el derecho al agua y alcantarillado, al tratarse de derechos de tal amplitud y significancia por sí mismo y con efecto en otros derechos de igual relevancia, resulta imposible admitir que su goce y ejercicio sea impedido o interrumpido, salvo por motivos de real fuerza mayor que además la propia ley reconozca como imposibles de resistir o mitigar; de lo que se sigue que el suministro de agua y el acceso a alcantarillado deben ser continuos y suficientes, en los términos indicados precedentemente. De tal forma, si los servicios son prestados por privados, tanto su relación con el Estado como la prestación del servicio mismo deben ser moldeadas y configuradas en términos de acceso a un derecho con los caracteres expuestos, tendiendo a asegurar el acceso, la continuidad del servicio y los estándares de calidad del mismo.

**6°.-** De tal forma, no resulta "facultativo", ni menos un acto de buena voluntad, el que la empresa de agua potable y servicios sanitaria conteste o no una solicitud de acceso al servicio, más teniendo presente que aún en Chile subsisten muchas comunidades que se abastecen de aguas de norias y pozos, no potables ni tratadas, zonas en las cuales solamente hay fosas sépticas y quizás alcantarillado domiciliario, con el consecuente y cierto riesgo de rebalse y drenaje que conlleva la contaminación de napas y acuíferos, lo cual se ve acentuado con el aumento de la densidad poblacional en tales zonas. Desde esa perspectiva no puede ser una explicación constitucionalmente admisible ni menos razonable para negar el servicio la argumentación consistente en que el solicitante construyó antes de que la empresa llegara a la zona, pues tanto el derecho de propiedad sobre el suelo como el derecho de erigir una vivienda para poder vivir bajo un techo con baño no están condicionados ni pueden estar sujetos a la voluntad ni al capricho de una empresa sanitaria privada. Al contrario, no puede preterirse que las empresas sanitarias prestan un servicio de utilidad y relevancia pública, en satisfacción de un derecho humano, lo que además es conducente a garantizar condiciones higiénicas y sanitarias mínimas, respecto de todo lo cual es Estado es además garante a través de legislación y de un órgano administrativo especializado, cual es la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

**7°.-** Así, siendo la legislación de servicios sanitarios y el actuar de la superintendencia del ramo actividad de garantía y satisfacción de un derecho humano, en tales materias ha de cumplirse a lo menos el mínimo estándar de tutela judicial efectiva, de forma tal que no solo se pueda reclamar de la negativa de acceso al servicio ante los tribunales, sino que también exista una revisión de lo obrado por un tribunal superior, de la forma que se establecen los artículo 8° y 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos. En un sentido totalmente contrario, el precepto cuestionado impide la revisión y ello es especialmente grave en el caso de autos, pues se denuncia que la solicitud de acceso a servicios básicos fue ignorada, tanto por la empresa respectiva como por la superintendencia del ramo, órgano que en este proceso además no contestó el traslado de fondo sobre el conflicto formulado, según se señala en la parte expositiva de esta sentencia.

**8°.-** En este sentido, la inaplicabilidad de la norma cuestionada reconduce el régimen recursivo de la gestión pendiente al estatuto general del derecho procesal chileno.

## La afectación de la vida privada y la protección del hogar.

**9°.-** Que, la restricción procesal que se discute en el caso de marras, irradia no solo a los bienes jurídicos expuestos precedentemente, sino también a otros, como es el caso de la vida privada

y la protección del hogar, en el sentido de sancionar una afectación contraria a derecho de esos bienes y derechos individuales, pues las familias y hogares afectados por la limitación de acceso a servicios sanitarios referidos, son sujetos diferentes e individualizables, que sufren afectación particular, concreta y específica de sus derechos y de degradación de condiciones sanitarias y de acceso al agua y alcantarillado, lo cual incide por cierto en las condiciones y elementos de la esfera privada e íntima de su hogar.

## Las condiciones de higiene y la protección al medio ambiente sano.

**10°.-** Que, igualmente se advierte que en el caso concreto los bienes jurídicos cautelados son relevantes en la salud pública (más aún en el contexto actual, en el cual las medidas sanitarias, a propósito de la contención de la propagación del virus -COVID-19- implica que los sujetos deban extremar el cuidado personal, por cuanto la labor del Estado debe radicar en promover y satisfacer estándares mínimos para el cumplimiento de dicho estándar sanitario exigido), el desarrollo social, la equidad social y la sustentabilidad ambiental.

**11°.-** Cabe tener presente que, en Chile, durante la segunda mitad del siglo XX seguía siendo un grave problema estructural la falta de acceso al agua potable y al saneamiento por un relevante porcentaje de la población, lo que significaba una "contribución a la morbilidad y desnutrición de la población" (Hantke-Domas, M., Jouravlev A., "Lineamientos de política pública para el sector de agua potable y saneamiento", Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2011. Documento extraído de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3863/S2011000_es.pdf)) lo cual repercutía en el surgimiento de enfermedades como el tifus, paratifus, hepatitis, cólera, entre otras, que se traducían en mayores costos de cuidados médicos, pérdidas de días laborales e incluso muertes prematuras (Op., Cit). De esta forma, el bien jurídico "agua potable" se torna esencial para la vida de las personas, pues con su acceso se logra un estándar sanitario superior, mejorando las condiciones de vida de los sujetos y, en concordancia con el Estatuto Constitucional, se resguarda la integridad física de aquellos que habitan en el territorio chileno. En consecuencia, si se impide el acceso, interrumpe o suspende dicho servicio, por causales no previstas en la ley, eventualmente se afectará la integridad de los usuarios, asunto que es previsto por el Ordenamiento Jurídico.

**12°.-** En dicho orden, es menester destacar que la evolución histórica del sector de agua potable y alcantarillado, en Chile, habiendo aún zonas y asentamientos humanos sin acceso, puede ser dividida en cuatro grandes fases (En este sentido ver: Valenzuela, s., Jouravlev, A., Servicios urbanos de agua potable y alcantarillado en Chile: factores determinantes del desempeño, CEPAL, año 2007) que conducen al Estado a generar una institucionalidad respecto a la prestación de dichos servicio, en el contexto de un mercado regulado, que se estructura sobre la base de los principios de legalidad, interdicción de la arbitrariedad, subsidiariedad y servicialidad "(…) que sirven como pautas de interpretación y reglas de aplicación directa (…)" (Cordero Quinzacara, Eduardo. (2013). Sanciones administrativas y mercados regulados. Revista de derecho (Valdivia), 26(1), 119-144. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100006). En esa evolución irán estableciéndose progresivamente parámetros de cumplimiento de las obligaciones de los prestadores, que ante una infracción vinculada al abastecimiento del agua potable, el tratamiento de aguas o el servicio de alcantarillado, respectivamente, justifican medidas de ordenación, dado que con su vulneración se afectan bienes esenciales para el desarrollo actual de la vida en sociedad, generando una regresión en el estándar asegurado de mantenerse dicho acto u omisión, verificándose, por tanto, motivos de interés público en su protección y en el rol que ha asumido el Estado, siendo absolutamente legítimo que los interesados puedan recurrir respecto de las condiciones impuestas para permitir el acceso a la prestación requerida, atendida la naturaleza de procedimiento, así como por las características propias del bien jurídico que se cautela.

# 19. Derecho de propiedad.

**SENTENCIA ROL 8800-2020.** *Publicada el 8 de octubre de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 1.891 del Código Civil. Sociedad Valor de Marcas y Patentes Limitada. En el proceso sobre acción de rescisión por lesión enorme caratulado "Valor de Marcas y Patentes Limitada con Inmobiliaria Sumey Limitada", seguido ante el Decimoséptimo Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, bajo el Rol C-6212-2020, y en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por apelación de incidente, bajo el Rol N° Civil-6212-2020.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por acoger el requerimiento deducido en base a las siguientes consideraciones:**

**1°.-** Que la Constitución Política establece que se asegura a todas las personas "el derecho de propiedad en sus diversas especies". Por otra parte, la misma norma, en su inciso siguiente, señala que "Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social". Cabe señalar que el embargo y la posterior subasta pueden encuadrarse dentro de la facultad de disposición del bien, en la medida que estamos en frente de una enajenación, la que, no obstante, en este caso es forzada, producto del incumplimiento por el deudor de un crédito.

**2°.-** Que el estatuto constitucional de la propiedad, en la normativa atingente a esta causa, contenida en el numeral 24° de su artículo 19, regula la relación entre el Estado y los particulares titulares del dominio, este último en tanto derecho subjetivo público, determinando que el Estado, para privar del dominio a una persona, requiere ley habilitante expresa que lo faculte y además se asegura que toda actividad estatal que signifique privar a una persona de su derecho de propiedad o del bien sobre el que recae debe implicar el previo pago del valor real del mismo, entendido como el de mercado, con el objeto de velar por el resguardo de la equivalencia, evitando una desproporción grave en las prestaciones.

**3°.-** Que, a su vez la venta de un inmueble es ejercicio de la facultad de disposición, entendida como uno de los atributos esenciales del derecho de propiedad, que también se encuentra protegido constitucionalmente en lo relativo a la no interferencia y no privación del mismo por parte del Estado. En este sentido, las ventas forzadas por orden de tribunales son una limitación al dominio y en especial a la facultad de disposición, en el marco de las atribuciones conferidas por la ley a los tribunales para hacer ejecutar lo juzgado en causas de tipo civil, al amparo del artículo 76 de la misma Constitución Política, lo cual, sin embargo, ha de ajustarse en su regulación al estatuto constitucional, teniendo presente que el numeral 24° del artículo 19 señala que solo corresponde al legislador determinar los modos de adquirir y de extinguir el dominio. Es en este orden que las ventas forzadas son una forma de extinguir forzosamente el derecho de dominio, pudiendo ser contempladas por el legislador solamente si obedecen a un fin constitucionalmente legítimo, que en este caso sería la ejecución de lo juzgado en materia de deudas civiles.

**4°.-** Que la venta forzosa no puede ser vista como una carga o una simple limitación al derecho de propiedad, pues lo extingue para su titular, de tal manera que para él no sobre vive el derecho, de tal manera que es una forma de extinguirlo para él y una forma de adquirirlo para quien

compre en el respectivo remate judicial, con el agregado que se purgan todas las hipotecas y gravámenes anteriores, extinguiendo todo derecho para quien era el propietario subastado, además de los gravámenes existentes. No es efectivo que, como lo semana la mayoría, en la venta forzada exista un supuesto *"consentimiento prestado en una forma especial, porque se estima que un deudor, en el momento de contraer una obligación y entregar en prenda general su patrimonio, conforme al sistema que establece nuestro Código Civil, desde ya está consintiendo en que si no paga su obligación, la propiedad será vendida y el precio aplicado al cumplimiento de su obligación, con lo cual no se produce privación del derecho"*, pues no hay consentimiento en la decisión de vender ni tampoco en el precio, que son los elementos de esencia de un contrato de compraventa consensuado y ningún ciudadano requiere manifestar su aquiescencia para ser sujeto pasivo de la ley procesal ejecutiva, por lo que su consentimiento frente a la misma no está contemplado como requisito ni como validador de ejecución alguna. Por otra parte, la tasación no es necesariamente una garantía de los derechos del ejecutado, sino que es una cuestión que en primer término obedece al derecho de persecución de pago del ejecutante, ya que la obligación a ejecutar ha de ser líquida, y el pago se determina sobre el monto del crédito más reajustes e intereses, de forma tal que la tasación obedece también a que los bienes subastados y los montos resultantes sean "suficientes" para el pago del crédito, frente a lo cual no debe perderse de vista que subastar a menor precio implica mayor celeridad y mayor seguridad de obtener compradores y dinero, por obvias razones de mercado en función de las leyes de oferta y demanda, a lo que se agrega que las bases del remate son presentadas por el mismo ejecutante, que bajo ciertas hipótesis puede incluso adjudicarse el bien a un valor menor del contemplado por las bases que él mismo formula.

**5°.-** Por otra parte, como se logra verificar ya de la historia constitucional chilena, la propiedad *"aparece como un derecho subjetivo, liberado de toda atadura y estrechamente vinculado a la libertad personal"*, siendo reconocido como un instituto jurídico y como un derecho subjetivo (En este sentido ver a Cordero Quinzacara, Eduardo. (2006). LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO CHILENO. Revista de derecho (Valdivia), 19(1), 125-148. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000100006). Así, en relación a su alcance y sentido, la carta del 80 contempló la expropiación por causa de utilidad pública como la gran hipótesis de actividad estatal de privación de dominio, pero la verdad es que no es la única. Más allá de ello es claro que los atributos esenciales del dominio y el valor de mercado del bien son parte del contenido esencial del derecho de propiedad constitucionalmente asegurado, en lo relativo a la relación entre el particular y la actividad estatal referida a la propiedad.

**6°.-** Sin perjuicio de dotar al legislador de capacidad regulatoria respecto del derecho de propiedad (en este sentido ver STC 146, c. 17), es claro que la actividad estatal referida a la propiedad privada tiene límites: se requiere de ley expresa para imponer cargas o para poder extinguir el derecho o su titularidad y además se debe respetar el valor real del bien como elemento constitucionalmente relevante, garantía constitucional esta última que emerge solamente en la Carta de 1980, no estando presente en la normativa constitucional anterior, al amparo de la cual el Estado pudo realizar el proceso de reforma agraria bajo valores de avalúo fiscal y con pagos diferidos, sin que el valor real del bien fuera parte de la garantía del derecho. De este modo, la limitación de la propiedad debe ser proporcional, es decir, imponiendo al dueño una obligación indispensable para la satisfacción de una finalidad de interés público (en este sentido ver STC 1141 c. 27; STC 1215 c. 28, STC 1863 c. 35, STC 2643 c. 78, STC 2644 c. 78), a la vez que la privación del dominio por parte del Estado no es gratuita y debe ser compensada a partir del valor real del bien.

**7°.-** Ahora bien, como esta Magistratura ya lo ha resuelto en casos anteriores *"la magnitud de la regulación no resulta indiferente. Por una parte porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que*

*tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos del Tribunal Constitucional que han tolerado, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad. Por el contrario, legitimar cualquiera regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de este derecho fundamental ("la limitación tiene sus límites", para usar una expresión ya clásica del derecho anglosajón)"* (ver en este sentido STC 505, c. 23; STC 506, c. 23; STC 1141, c. 18; STC 1863, C. 35; STC 5353, c. 14; STC 5776, c. 14). Así, aparece del todo desproporcionado privilegiar la celeridad de la recuperación del crédito, en desmedro de la equivalencia necesaria al valor del bien subastado, excluyendo así como elemento de garantía del derecho el valor del bien que se intenta ejecutar.

**8°.-** En este sentido ha de reconocerse que el valor de mercado del bien inmueble es hoy un factor constitucionalmente reconocido como elemento relevante acerca de la garantía constitucional del derecho de propiedad, en materia de expropiación por ejemplo la determinación del monto de la indemnización conforme al DL Nº 2186, es un elemento relevante para el cumplimiento del principio de integridad patrimonial, y en su dimensión de derecho subjetivo público significa que es un límite a las potestades estatales en materia de normativa legal que extinga el derecho de propiedad.

**9°.-** No puede obviarse, el precepto cuestionado data de la década de 1850, siendo parte del texto original del Código Civil, en su redacción por el insigne Andrés Bello, en una época en la cual el valor real del bien en el mercado no era parte de la limitación constitucional de la actividad del Estado en relación al derecho de propiedad.

**10°.-** A su vez, la legislación procesal que regula la ejecución en un bien inmueble, incluyendo la determinación del precio en la venta forzada, se contiene en el Código de Procedimiento Civil, dictado en el año 1906, sin que haya sido concebido para resguardar los estándares actuales del derecho de propiedad en la Constitución, en específico, sin estar pensada para resguardar la garantía constitucional del "justo precio" o valor efectivo del bien inmueble, al punto que en el caso sub lite la actividad estatal de extinción del dominio del requirente admitió finalmente un precio de 2/3 del avalúo fiscal, es decir, un estándar de precio aún más bajo que el de las expropiaciones de la reforma agraria, que es justamente el que la carta de 1980 quiso superar. Es en ese marco, que en el caso concreto se ejerce una acción de lesión enorme al ser la subasta una compraventa (en este sentido ver a López Díaz, Patricia. (2017). LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN REDHIBITORIA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO: ¿NULIDAD RELATIVA, RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO O RESCISIÓN PROPIAMENTE TAL?. Revista chilena de derecho, 44(2), 423-459. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372017000200423), y al referirse a la propiedad de un inmueble, constatándose que lo alegado es justamente la falta de equivalencia y la consecuente rescisión por vía de acción en la gestión invocada, chocando con la preceptiva cuya constitucionalidad se cuestiona. En este sentido, por forzosa que sea la subasta, se constata la existencia de un contrato de compraventa forzado por actividad estatal que extingue el derecho del ejecutado sobre el inmueble. En este sentido, se entrecruzan dos cuestiones: la actividad estatal tendiente a extinguir o privar derecho de propiedad ha de tener presente el valor del mismo como elemento relevante y si bien el valor del bien en una compraventa puede variar, ello tiene límites que el legislador traduce en el instituto de la lesión enorme, que determina un marco para la determinación del precio.

**11°.-** Debe tenerse presente que a la fecha de dictación del Código Civil la legislación procesal que se aplicaba en Chile para las ejecuciones de inmuebles seguía siendo la hispana heredada de

la época colonial, y es en función de ella que a nivel de ley se consideró en el Código Civil, en la década de 1850, que ese procedimiento entregaba las garantías de determinación, publicidad y control para asegurar un justo precio, en un contexto muy distinto al actual. En ese sentido, no es plenamente extrapolable a nuestros días lo razonado en esa época. En efecto, la normativa indiana que precedió al Código de Procedimiento Civil contemplaba ciertos resguardos, que para su época podían ser considerados suficientes, en un procedimiento que incluía relevantes elementos de lo que hoy llamaríamos oralidad y publicidad (Ver, en este sentido DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio. Los principios clásicos del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano el estilo de Chile. Rev. estud. hist. juríd. [online]. 2006, n.28 [citado 2020-09-02], pp.425-490. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100013&lng=es&nrm=iso. ISSN 0716-5455. http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552006000100013, en el título "Juicio Ejecutivo").

**12°.-** En la praxis de las ejecuciones civiles en nuestra época, en lo relativo al valor de los inmuebles en subastas de procesos ejecutivos, no deja de sorprender que en un mercado inmobiliario dinámico, de alta demanda y rentabilidad como el existente hoy, sea más que frecuente constatar subastas sin postores, o bien que unos pocos postores que se repiten en diversos tribunales y remates, además de que a veces coincidentemente deciden no hacer ofertas, en el marco de prácticas habituales que han hecho naufragar el objetivo y espíritu de garantía de las normas de ejecución el Código de Procedimiento Civil, a lo cual se suma, en caso de tal falta de postores o posturas, exista la posibilidad de enajenar por un valor inferior incluso al avalúo fiscal, y que no guarda relación con alguna cifra cercana al precio real de los inmuebles.

**13°.-** A su vez, la doctrina clásica chilena trata de sostener la razonabilidad del precepto cuestionado, no sin vacilaciones, para lo cual, como se señala a fojas 13 del requerimiento, en el primer tomo "De la compraventa i de la promesa de venta" (Soc. Imprenta- Litografía Barcelona, Santiago, 1918, p. 1097) el profesor y ex decano Arturo Alessandri Rodríguez, cita a Baudry-Lacantinerie, Guilloard, Pothier, Faure, Laurent, Portalis y Ricci, señalando que *"suponiendo que la venta se rescindiera, sería necesario proceder a una nueva enajenación; i como ésta debería hacerse necesariamente en la misma forma que la primera no ofrecería mayores garantías para el vendedor, que estaría expuesto a sufrir una lesión cada vez mayor", que la norma cuestionada tendría justificación porque "la publicidad que precede y rodea a las ventas judiciales garantiza que el inmueble se venderá en el único precio en que hubiera podido venderse", de modo que una venta hecha en esta forma entregaría más "facilidades" para la fijación de aquel que una venta privada, agregando que "el fundamento de esta excepción es que cuando la justicia interviene entre los hombres hace desaparecer toda sospecha de sorpresas i de fraudes, pues les da las mayores seguridades"*, cuestión propia de una época en la cual el error judicial y la necesidad de control de la actividad jurisdiccional no era pre supuestos de su configuración como lo son hoy. El profesor Alessandri concluirá que *"Cualquiera que sea el motivo que tuvo presente el lejislador para establecer esta disposición, el hecho es que existe i que debemos atacarla, tanto más cuanto que precisar ese motivo es una cuestión teórica que a nada conduce"*, precisando adicionalmente que el cuestionado artículo 1891 "se refiere a todas las ventas que se hagan por el ministerio de la justicia, sin distinguir entre las forzadas y las voluntarias", lo cual, a juicio de estos disidentes, desvirtuaría todo lo señalado para justificarla.

**14°.-** Es en ese sentido, que todo lo expuesto lleva a concluir que el denegar por ley expresa la acción para someter a conocimiento de los tribunales un conflicto civil sobre el valor de un inmueble en una hipótesis de posible lesión es una vulneración de la garantía constitucional del derecho de propiedad y del derecho a la acción, que constituye además una diferencia de trato hacia el deudor ejecutado, carente de fundamento razonable, ya que la libre circulación de los bienes y la satisfacción de créditos adeudados no es una causa constitucionalmente admisible como excepción al reconocimiento del valor real del bien como parte del contenido del derecho

de propiedad en su dimensión subjetiva-pública, es decir, de la persona frente al Estado, a propósito de la regulación de la lesión enorme en una venta forzosa por actividad estatal.

**15°.-** Cabe agregar que, conceptualmente, el reconocimiento de la lesión enorme es milenario, explicitándose desde la época del Derecho Romano (Guzmán Brito, Alejandro. "Derecho Privado Romano", Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001. Pág. 137) como un vicio de rescisión, configurado por la venta de un inmueble a un precio inferior a la mitad de su "justo precio", en similares términos a los vigentes al día de hoy. Examinando la doctrina clásica del Derecho Civil chileno, Arturo Alessandri Rodríguez sostiene que el fundamento de su consagración no estuvo sino en *"el deseo de proteger a los contratantes de buena fe; en una palabra, en procurar la equivalencia entre las partes"* (Alessandri Rodríguez, Arturo. "De la Compraventa y de la Promesa de Venta". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003. Pág. 737).

**16°.-** Debe tenerse presente que la lesión enorme, a diferencia del dolo y del error, no es un vicio de tipo subjetivo, pues no es relevante en ella la subjetividad, sino que vicia la compraventa por irregularidades en el objeto, consistentes en una desproporción manifiesta y altamente elevada respecto de las prestaciones recíprocas, que se traducen en que hay una diferencia abismal entre el valor señalado en el contrato y el valor real del bien, en los términos recogidos por el Código Civil, en el entendido que la compraventa es siempre un contrato bilateral de tipo oneroso y además conmutativo, en el que por definición una hipótesis de lesión enorme rompe ese equilibrio de prestaciones, lo cual era repudiado por el legislador a la época de Bello, que reguló la lesión específicamente en el título del contrato de compraventa y no en las normas generales del acto jurídico ni de los contratos.

**17°.-** Ello lleva a una inequívoca conclusión: la lesión es un vicio autónomo y objetivo, pues no se requiere probar error, dolo ni engaño para llegar a configurarlo, al ser una representación especial de lo que las costumbres y el idioma castellano han denominado históricamente como precios de usura o usurarios. Así, la lesión enorme es una cuestión de hecho, que se constará con actividad probatoria en el marco de un proceso con bilateralidad de la audiencia. Es así que el Código de Bello termina estatuyendo la acción de lesión enorme, pues su regulación no podía conducir a otras coordenadas.

**18°.-** A su vez, el propio Código de Bello presupone o asume que en una venta forzada puede existir lesión enorme, al punto que incluso lo asume expresamente en el precepto impugnado, al señalar que "*No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia*" constatando la lesión enorme como un hecho que puede ocurrir, regulándolo de tal forma de cercenar e impedir el ejercicio de la acción para reclamarla, sin que abra la posibilidad de rescindir. En ese sentido, no puede sostener en el siglo XXI que no exista lesión enorme en las ventas forzadas por el ministerio de los tribunales, sino que solo se puede constatar que la norma que lo alude priva al afectado del derecho a la acción, además de lo cual resulta necesario recordar que debe distinguirse la acción (el derecho de ocurrir ante el tribunal competente para la apertura de un proceso en el cual se resuelva un conflicto de relevancia jurídica) y el derecho subjetivo que se reclama en juicio (en este caso la rescisión de una compraventa por lesión enorme), cuestión que es propia del estudio de los conceptos básicos de Derecho Procesal.

**19°.-** En este sentido, la acción está consagrada como un derecho fundamental en el inciso primero del numeral 3° el artículo 19 de la Constitución Política, en términos que todo derecho tiene acción para ser reclamado jurisdiccionalmente en virtud de dicha norma constitucional, aun cuando la ley no lo señale expresamente. Esta innovación de la Carta del 80 choca frontalmente con el precepto impugnado, y lo hace a partir de otro principio iusfundamental del

mismo artículo 19: cuando existe actividad estatal tendiente a privar o extinguir el derecho de propiedad a un particular, debe pagarse el valor real del bien, y si ello se incumple se choca con un verdadero muro, constituido por un centenario precepto preconstitucional cuestionado en estos autos cercena el derecho a esa acción.

**20°.-** En este sentido, las compraventas forzadas por el ministerio de la justicia son una excepción a la voluntariedad de los contratos, planteada como un dogma del derecho civil napoleónico-ilustrado de la era de Bello, principio que además el siglo XX verá decaer al ver surgir los contratos forzosos, los contratos dirigidos, los contratos de adhesión, y los contratos con derechos irrenunciables. En este sentido, las particularidades que diferencian a un contrato de compraventa de inmueble celebrado por el ministerio de la justicia son:

» Es un contrato forzoso, en el cual el juez ostenta una representación legal del vendedor, aún en contra de su voluntad.

» El procedimiento de celebración del mismo, en el marco de una ejecución, está en legislación procesal.

» A diferencia de un contrato voluntario entre particulares, permite transferir la propiedad en mejores términos que aquellos que gozaba el ejecutado, pues permite extinguir forzosamente gravámenes y entregar el bien sin ellos.

En lo demás, es un contrato de compraventa regido por las normas comunes: es oneroso y conmutativo, tiene un bien y un precio por objeto determinado, sigue siendo solemne, al punto que los actos procesales deben reducirse a escritura pública y también debe ser inscrito en el registro conservatorio de bienes raíces.

**21°.-** En este sentido, es cierto que el precio no puede quedar al arbitrio del ejecutado, pues se abriría la puerta para frustrar la venta forzada, mas ello no es el caso de estos autos, en los cuales el remate ya se verificó y el precio se pagó. En este sentido, el carácter forzoso de la ejecución no significa que el ejecutado no tenga derechos ni menos que las potestades del ejecutante y del tribunal subastante sean omnímodas. En este sentido, el estatuto de los juicios ejecutivos ha sufrido importantes modificaciones a lo largo de los siglos, todas las cuales constituyen avances civilizatorios, en orden a que sus efectos dejen de recaer en el cuerpo del ejecutado y dejen de significar la pérdida de su libertad personal y de trabajo. Abolida la prisión y los trabajos forzosos por deudas civiles, el avance siguiente es que la ejecución solo recae en bienes, y si el valor de los mismos es parte de la garantía constitucional del derecho de propiedad, sin duda es claro que los bienes deberán entonces ser subastados a un precio que sea coherente en relación a su valor real, materia en la cuál cabe recordar que la ejecución de un inmueble es una compraventa forzada y que el contrato de compraventa por definición es oneroso y conmutativo, lo que presupone equivalencia de prestaciones, que en este caso son entre el bien y el precio de compra, equilibrio que es garantido justamente por el instituto de la lesión enorme.

**22°.-** Que la inaplicabilidad formulada en estos autos se plantea en el marco de un juicio declarativo civil, por lo que no es dable sostener que debían impugnarse las normas de la subasta contenidas en el Código de Procedimiento Civil al tratar el juicio ejecutivo, ya que no son parte de la regulación procedimental de la gestión invocada, en la cual se ejerce una acción de lesión enorme y se contesta al amparo del precepto cuestionado en esta sede.

**23°.-** Que tampoco resulta sensato proclamar el rechazo de la acción de inaplicabilidad sosteniendo que la compraventa forzosa ya se celebró, en la medida que toda alegación de lesión respecto de cualquier compraventa se realiza con posterioridad a la celebración del contrato, pues presupone que el mismo se perfeccionó, sin lo cual el vicio no existe y no hay nada que rescindir al no haber contrato. Es decir, la lesión siempre se refiere a una compraventa que se celebró y se

perfeccionó, y es por ello que la acción de lesión enorme cuenta su plazo de prescripción desde la celebración de la compraventa, al disponer el artículo 1896 del mismo Código que "La acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años contados desde la fecha del contrato". Al mismo tiempo, dicha acción es de naturaleza declarativa, motivo por el cual, si no tiene procedimiento especialmente señalado en la ley, la vía contemplada por la ley será el procedimiento declarativo ordinario del artículo 3° del Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual tampoco resulta sensato sostener el rechazo del requerimiento por ser la gestión pendiente un juicio declarativo diferente del proceso de ejecución.

**24°.-** Que tampoco resulta sensato sostener el rechazo de la acción de inaplicabilidad señalando que persigue dejar sin efecto una compraventa y alterar el régimen de inscripciones conservatorias. En efecto, todo proceso sobre la validez de la compraventa de un inmueble -y deben ser miles al año- podrá traer como consecuencia la cancelación de inscripciones o que se generen inscripciones nuevas, lo cual es de ordinaria ocurrencia y es parte del imperio de las atribuciones de los tribunales en materia de ejecución de resoluciones judiciales y de medidas cautelares. No debe olvidarse a este respeto otro de los cardinales y básicos principios del derecho civil chileno: La inscripción conservatoria es requisito, garantía y prueba de la posesión de los bienes inmuebles, lo cual es relevante: solamente de la posesión y no por sí sola de la propiedad, no debiendo confundirse ambos institutos (conclusión a la que arriba la doctrina desde hace más de 100 años y con la cual todos los abogados chilenos hemos sido formados, a partir de los artículos 696, 724, 726, 728, 729, 730, 924 y 2505 del Código Civil, todas normas que desarrollan y concretan lo ya anunciado el párrafo XXI del mensaje del Código: *"La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee; es un mero tenedor. Como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable, que la inscripción. En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no sólo de la posesión, sino de la propiedad; más para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración. No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la competente prescripción"),* debiendo tenerse presente que el derecho de propiedad se adquiere finalmente, en realidad, por prescripción, contada desde la fecha de la competente inscripción, que se encuentra reguladas también a propósito de la tradición. La aludida prescripción, se refiere justamente a las acciones que pudiesen derivar del acto jurídico que sirve de título para poseer y que se inscribe en el registro conservatorio.

**25°.-** Que, por otro lado, no puede sostenerse que esta sentencia de inaplicabilidad está creando una acción nueva, pues solo está inaplicando en el caso concreto una norma que contiene un impedimento específico de ejercicio de una acción preexistente desde la dictación del Código Civil (hace más de un siglo y medio), produciendo así un efecto similar al de todas las sentencias dictadas por este mismo Tribunal al acoger total o parcialmente requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de normas impeditivas o limitativas del derecho al ejercicio de una acción pre existentes, como lo es respecto de todas las solicitudes de inaplicabilidad del artículo 2331 del mismo Código Civil, formuladas en el marco de procesos civiles de acciones indemnizatorias.

**26°.-** Que el debate de inconstitucionalidad acerca del cercenamiento de la acción de lesión enorme en subastas de juicios ejecutivos no es nuevo ni menos exclusivo del requerimiento formulado en estos autos. Como elemento adicional, cabe señalar que recientemente, el 27 de mayo de 2020, se ha presentado un proyecto de ley que busca permitir el ejercicio de la acción de lesión enorme en las ventas hechas por el ministerio de la ley y se establezca un

mínimo en el precio de venta, Boletín Nº 13552-07, que modifica el precepto cuestionado. En los fundamentos de este proyecto se expresa que *"Quizás a la luz de la legislación vigente en el año 1855 se puede comprender que existiera esta diferencia en la ley entre los deudores morosos y quienes no lo son, ya que la Constitución vigente en esa época, la Constitución de 1833, en el artículo 12 Nº1, al consagrar la igualdad ante la ley señalaba: "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 1° "La igualdad ante la lei, en Chile no hai clase privilegiada;", es decir, la consagración de la igualdad ante la ley se limitaba solo a establecer que no hay clase privilegiada, pero esta limitación no alcanza al legislador, como si lo hace hoy la actual Constitución en el artículo 19 N° 2, inciso segundo, al disponer: "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"" y que "El legislador siempre debe procurar que los perjuicios ocasionados al acreedor frente al no pago del deudor deben ser indemnizados y al mismo tiempo, al resolver aquello, debe cautelar los derechos constitucionales, evitando también un perjuicio totalmente desproporcionado para el deudor, ya que de la aplicación del artículo 1891, puede y suele ocurrir que aun habiendo sido vendido un inmueble por el ministerio de la justicia, sufriendo lesión enorme, el monto de la venta no es suficiente para pagar una parte relevante de la misma, ni menos para satisfacer totalmente el crédito".*

**27°.-** Que, en el mismo sentido de lo expuesto precedentemente, se constata la presentación y tramitación de un propósito del proyecto de Ley que modifica la Ley General de Bancos y el Código de Procedimiento Civil para establecer el avalúo comercial de los bienes raíces como mínimo de las subastas y proteger la vivienda única de los deudores que indica por medio de la prenda pretoria (Boletín 12.917-03). En dicho proyecto, la Excelentísima Corte Suprema mediante Oficio Nº 122-2020, de fecha 26 de junio del 2020, remitió informe, destacando para estos efectos las observaciones efectuadas por el presidente señor Silva G., y los ministros señores Muñoz, Künsemüller, Brito y Dham, señora Vivanco y señor Llanos, quienes expuesieron, entre otras cosas que *"(…) Si bien parecen favorables las modificaciones de las reglan que fijan las posturas mínimas actuales en en las públicas subastas, pues, en principio, hacen pensar que aumentarán el precio al cual los bienes podrán ser adjudicados – lo que beneficia tanto al deudor como al acreedor–, se debiese analizar con precaución los efectos que podría traer en la efectividad de los remanentes, pues existirían menos incentivos que hoy en día para que concurran los oferentes. Esto es especialmente cierto si se tienen en consideración que las ventas forzosas de bienes raíces trae asociado una serie de elevados costos de transacción para los compradores – poca o nula información acerca del bien ofrecido, imposibilidad de pagar con financiamiento hipotecario, la contratación de un abogado patrocinante que inste por él en la ejecución, costos de redacción de escritura e inscripción, costos de obtención material del inmueble, costos de reparación del bien raíz, etc.–, ausentes en las ventas voluntarias, lo que los encarece".* En virtud de lo anterior, proponen, en relación a la modificación del artículo 501 del Código de Procedimiento Civil, que ante la solicitud del acreedor de que se le entregue el bien inmueble en prenda pretoria, el remate que el deudor puede provocar tenga como precio mínimo la tasación del inmueble reducida en hasta un 15%, en lugar de no contar con un mínimo, salvando igualmente que el valor que se pague por el inmueble no genere una falta de equivalencia en relación al precio de mercado.

De igual forma, estiman positivo, a propósito de la modificación del artículo 104 de la Ley General de Bancos *"que se suprima como mínimo para la primera subasta el valor de lo adeudado, pues hace recaer en el propietario deudor el costo de dar celeridad a la recuperación del crédito hipotecario, y que se introduzcan reglas que prefijen el mínimo para la segunda y tercera subasta pública".*

Se constata así, que no extravagante, ni peligrosa no menos imposible la discusión acerca del valor de un bien en una subasta forzosa, y que la garantía del precio es uno de los temas necesarios de abordar a la luz del estándar constitucional del derecho de propiedad. Por otra parte, en la presente causa no se cuestiona no el derecho general de prenda de los acreedores ni la existencia de acciones ejecutivas ni las potestades de subasta, motivo por el cual toda argumentación que se sustente en ellas para justificar la tolerancia a la lesión enorme está fuera de la órbita de la litis a resolver. En este sentido, no se desconoce el cuestionamiento a la eficacia del juicio ejecutivo en

Chile, diseñado y practicado en base a un Código de más de un siglo de edad, mas en nuestro tiempo hay cuestiones mínimas y básicas: la ejecución es un proceso judicial, y ha de cumplir entonces con estándares mínimos: ha de ser eficaz, justa y oportuna, para ambas partes: debe ser apta para lograr el pago del crédito y también debe ser respetuosa de los derechos fundamentales del ejecutado, que no pueden ser sacrificados in íntegrum ni desproporcionadamente en nombre de la celeridad y el pago por cualquier vía, lo cuál reconoce como gráficos e históricos ejemplos que la era de la manus injectio y la época de la prisión por deudas de fuente civil-convencional en mazmorras privadas fueron felizmente superadas, garantías forzosas que también eran conocidas en su época por todo deudor, lo que no significa que hayan consentido en aceptarlas voluntaria y espontáneamente por el solo hecho de endeudarse.

**28°.-** Debe tenerse presente que la diferencia de trato en el acceso a la acción de lesión enorme, como garantía de protección del valor real del inmueble, se produce entre las compraventas voluntarias y las forzadas, por lo cuál el "tertium comparationis", o trato ordinario y ajustado a derecho con el cuál se contrasta la norma cuestionada, es el estatuto general de la lesión enorme, es decir, conferir acción si el inmueble fue vendido a menos de la mitad de su valor real, lo cuál sí es concordante con la garantía constitucional del valor del bien. Es en ese sentido es que se desvirtúa lo resuelto por el voto de mayoría de este Tribunal en la sentencia Rol N° 1204, de 28 de mayo de 2009, en orden a que señaló que *"no existe violación a la garantía de la igualdad ante la ley, pues el legislador establece la diferencia de trato en función del derecho de los acreedores y en función de la ejecución forzada, lo que no resulta arbitrario y está amparado por motivos de orden público, seguridad jurídica y tutela de intereses patrimoniales surgidos de la libertad contractual. Cabe resaltar que estamos en presencia de una norma de carácter general, que cumple con los estándares de idoneidad, necesariedad y proporcionalidad respecto de la finalidad buscada, además de permitir al deudor ser oído y aportar antecedentes"*. Dicho razonamiento pre supone que el ejecutado no tiene garantía constitucional alguna respecto del valor del bien y que por aplicarse la norma a toda ejecución no sería discriminatoria, en condiciones que lo alegado es otra cosa, pues se alega como contrario a la Constitución que la norma de garantía frente a la lesión enorme no rija para todos los que se encuentran en similar situación de remate. A su vez, ni la existencia de subastas judiciales, ni el derecho legal de prenda general de los acreedores ni tampoco la posibilidad de ejercer la acción ejecutiva y ejecutar están en cuestión en la presenta causa, por lo que no es acertado ni menos pertinente señalar su salvaguarda para justificar la aceptación de la lesión enorme, además de lo cual dicha argumentación sería algo así como el equivalente a señalar que la libre circulación de los bienes y la autonomía de voluntad podrían justificarla en una compraventa consensuada, desconociendo que dichos principios tienen límites. Además, ninguna sentencia de inaplicabilidad ordenará la nulidad procesal de un remate, menos una que acoja la presente solicitud de inaplicabilidad, cuyo único efecto será habilitar al juez del fondo a conocer y resolver acerca de si hubo o no lesión enorme en una compraventa forzosa realizada en un juicio ejecutivo, en nombre del estatuto constitucional del derecho de propiedad, y determinar si acoge o rechaza las pretensiones planteadas al respecto.

**29°.-** En la misma sentencia se señala que *"el embargo y la posterior subasta pueden encuadrarse dentro de la regulación legislativa de la facultad de disposición del bien y de la pérdida de su propiedad, en la medida que estamos en frente de una enajenación, la que, no obstante, en este caso es forzada, producto del incumplimiento por el deudor de un crédito que voluntariamente garantizó con dicho bien"* (cons.3), pero se omite que parte de la garantía constitucional de dicha propiedad es el valor real del bien, lo cual también debe ser resguardado por el legislador, cuyo no es el caso al impedir la rescisión por lesión enorme.

**30°.-** Como lo señalara el ex Ministro de este Tribunal sr. Mario Fernández Baeza, en la disidencia de la misma sentencia Rol N° 1204, *"La arbitrariedad de esta ley, artículo 1891 del Código Civil,*

*fluye de la situación desmedrada en que ella deja a un tipo de personas, aquellos deudores morosos sujetos a la ejecución de los bienes inmuebles objeto de garantías que son vendidos por el ministerio de la justicia, respecto de aquéllos que no lo son, en cuanto a la posibilidad de acudir a la acción rescisoria por lesión enorme, esto es, según el artículo 1889 del Código Civil, aquella que ocurre cuando el precio que recibe el vendedor es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que se vende, como sucede en la especie".*

**31°.-** Que, por todo lo expuesto, el requerimiento debió ser acogido.

**SENTENCIA ROL 11.708-2021.** *Publicada el 27 de abril de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 499 Nº 2 y 500 Nº 2, del Código de Procedimiento Civil, y del artículo 1.891 del Código Civil. Inversiones Saturno S.A. En el proceso Rol C-27.371-2019, seguido ante el Undécimo Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol N° 7606-2020-Civil.

**VOTO POR ACOGER ÍNTEGRAMENTE EL REQUERIMIENTO**

[…]

**Los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y RODRIGO PICA FLORES, estuvieron por acoger íntegramente** el requerimiento deducido, por las siguientes razones:

**I. LA PROPIEDAD Y LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN EN MATERIA CIVIL.**

**1°.-** Que la Constitución Política establece que se asegura a todas las personas "el derecho de propiedad en sus diversas especies". Por otra parte, la misma norma, en su inciso siguiente, señala que "Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social". Cabe señalar que el embargo y la posterior subasta pueden encuadrarse dentro de la facultad de disposición del bien, en la medida que estamos en frente de una enajenación, la que, no obstante, en este caso es forzada, producto del incumplimiento por el deudor de un crédito.

**2°.-** Que el estatuto constitucional de la propiedad, en la normativa atingente a esta causa, contenida en el numeral 24° de su artículo 19, regula la relación entre el Estado y los particulares titulares del dominio, este último en tanto derecho subjetivo público, determinando que el Estado, para privar del dominio a una persona, requiere ley habilitante expresa que lo faculte y además se asegura que toda actividad estatal que signifique privar a una persona de su derecho de propiedad o del bien sobre el que recae debe implicar el previo pago del valor real del mismo, entendido como el de mercado, con el objeto de velar por el resguardo de la equivalencia, evitando una desproporción grave en las prestaciones.

**3°.-** Que, a su vez la venta de un inmueble es ejercicio de la facultad de disposición, entendida como uno de los atributos esenciales del derecho de propiedad, que también se encuentra protegido constitucionalmente en lo relativo a la no interferencia y no privación del mismo por parte del Estado. En este sentido, las ventas forzadas por orden de tribunales son una limitación al dominio y en especial a la facultad de disposición, en el marco de las atribuciones conferidas por la ley a los tribunales para hacer ejecutar lo juzgado en causas de tipo civil, al amparo del artículo 76 de la misma Constitución Política, lo cual, sin embargo, ha de ajustarse en su regulación al estatuto constitucional, teniendo presente que el numeral 24° del artículo 19 señala que solo

corresponde al legislador determinar los modos de adquirir y de extinguir el dominio. Es en este orden que las ventas forzadas son una forma de extinguir forzosamente el derecho de dominio, pudiendo ser contempladas por el legislador solamente si obedecen a un fin constitucionalmente legítimo, que en este caso sería la ejecución de lo juzgado en materia de deudas civiles.

**4°.-** Que la venta forzosa no puede ser vista como una carga o una simple limitación al derecho de propiedad, pues lo extingue para su titular, de tal manera que para él no sobre vive el derecho, y en consecuencia es una forma de extinguirlo para él y una forma de adquirirlo para quien compre en el respectivo remate judicial, con el agregado que se purgan todas las hipotecas y gravámenes anteriores, extinguiendo todo derecho para quien era el propietario subastado, además de los gravámenes existentes.

**5°.-** Como se logra verificar ya de la historia constitucional chilena, la propiedad *"aparece como un derecho subjetivo, liberado de toda atadura y estrechamente vinculado a la libertad personal"*, siendo reconocido como un instituto jurídico y como un derecho subjetivo (En este sentido ver a Cordero Quinzacara, Eduardo. (2006). LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO CHILENO. Revista de derecho (Valdivia), 19(1), 125-148. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000100006). Así, en relación a su alcance y sentido, la carta del 80 contempló la expropiación por causa de utilidad pública como la gran hipótesis de actividad estatal de privación de dominio, pero la verdad es que no es la única. Más allá de ello es claro que los atributos esenciales del dominio y el valor de mercado del bien son parte del contenido esencial del derecho de propiedad constitucionalmente asegurado, en lo relativo a la relación entre el particular y la actividad estatal referida a la propiedad.

**6°.-** Sin perjuicio de dotar al legislador de capacidad regulatoria respecto del derecho de propiedad (en este sentido ver STC 146, c. 17), es claro que la actividad estatal referida a la propiedad privada tiene límites: se requiere de ley expresa para imponer cargas o para poder extinguir el derecho o su titularidad y además se debe respetar el valor real del bien como elemento constitucionalmente relevante, garantía constitucional esta última que emerge solamente en la Carta de 1980, no estando presente en la normativa constitucional anterior, al amparo de la cual el Estado pudo realizar el proceso de reforma agraria bajo valores de avalúo fiscal y con pagos diferidos, sin que el valor real del bien fuera parte de la garantía del derecho. De este modo, la limitación de la propiedad debe ser proporcional, es decir, imponiendo al dueño una obligación indispensable para la satisfacción de una finalidad de interés público (en este sentido ver STC 1141 c. 27; STC 1215 c. 28, STC 1863 c. 35, STC 2643 c. 78, STC 2644 c. 78), a la vez que la privación del dominio por parte del Estado no es gratuita y debe ser compensada a partir del valor real del bien.

**7°.-** Ahora bien, como esta Magistratura ya lo ha resuelto en casos anteriores *"la magnitud de la regulación no resulta indiferente. Por una parte porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos del Tribunal Constitucional que han tolerado, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad. Por el contrario, legitimar cualquiera regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de este derecho fundamental ("la limitación tiene sus límites", para usar una expresión ya clásica del derecho anglosajón)"* (ver en este sentido STC 505, c. 23; STC 506, c. 23; STC 1141, c. 18; STC 1863, C. 35; STC 5353, c. 14; STC 5776, c. 14). Así, aparece del todo desproporcionado privilegiar la celeridad de la recuperación del crédito, en desmedro de la equivalencia necesaria al valor del bien subastado, excluyendo así como elemento de garantía del derecho el valor del bien que se intenta ejecutar.

**8°.-** En este sentido ha de reconocerse que el valor de mercado del bien inmueble es hoy un factor constitucionalmente reconocido como elemento relevante acerca de la garantía constitucional del derecho de propiedad, en materia de expropiación por ejemplo la determinación del monto de la indemnización conforme al DL Nº 2186, es un elemento relevante para el cumplimiento del principio de integridad patrimonial, y en su dimensión de derecho subjetivo público significa que es un límite a las potestades estatales en materia de normativa legal que extinga el derecho de propiedad.

**9°.-** No puede obviarse, el precepto cuestionado data de la década de 1850, siendo parte del texto original del Código Civil, en su redacción por el insigne Andrés Bello, en una época en la cuál el valor real del bien en el mercado no era parte de la limitación constitucional de la actividad del Estado, en relación al derecho de propiedad.

**10°.-** A su vez, la legislación procesal que regula la ejecución en un bien inmueble, incluyendo la determinación del precio en la venta forzada, se contiene en el Código de Procedimiento Civil, dictado en el año 1906, sin que haya sido concebido para resguardar los estándares actuales del derecho de propiedad en la Constitución, en específico, sin estar pensada para resguardar la garantía constitucional del "justo precio" o valor efectivo del bien inmueble, al punto que, como consta a foja 119, en el caso sub lite la el Tribunal fijó finalmente, conforme al artículo 499 Nº 2, un precio de 2/3 del avalúo comercial (fijando el precio en 148.644.087) y en tanto la tasación fiscal ascendía a 193.879.861 (reduciendo el valor en un 23,3%). Es en ese marco, que en el caso concreto la requirente plantea la acción que es sometida al conocimiento de este Excelentísimo Tribunal Constitucional (en este sentido ver a López Díaz, Patricia. (2017). LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN REDHIBITORIA EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO: ¿NULIDAD RELATIVA, RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO O RESCISIÓN PROPIAMENTE TAL?. Revista chilena de derecho, 44(2), 423-459. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372017000200423), y al referirse a la propiedad de un inmueble, constatándose que lo alegado es justamente la falta de equivalencia y la consecuente rescisión por vía de acción en la gestión invocada, chocando con la preceptiva cuya constitucionalidad se cuestiona. En este sentido, por forzosa que sea la subasta, se constata la existencia de un contrato de compraventa forzado por actividad estatal que extingue el derecho del ejecutado sobre el inmueble. En este sentido, se entrecruzan dos cuestiones: la actividad estatal tendiente a extinguir o privar derecho de propiedad ha de tener presente el valor del mismo como elemento relevante y si bien el valor del bien en una compraventa puede variar, ello tiene límites que el legislador traduce en el instituto de la lesión enorme, que determina un marco para la determinación del precio.

**11°.-** Debe tenerse presente que a la fecha de dictación del Código Civil la legislación procesal que se aplicaba en Chile para las ejecuciones de inmuebles seguía siendo la hispana heredada de la época colonial, y es en función de ella que a nivel de ley se consideró en el Código Civil, en la década de 1850, que ese procedimiento entregaba las garantías de determinación, publicidad y control para asegurar un justo precio, en un contexto muy distinto al actual. En ese sentido, no es plenamente extrapolable a nuestros días lo razonado en esa época. En efecto, la normativa indiana que precedió al Código de Procedimiento Civil contemplaba ciertos resguardos, que para su época podían ser considerados suficientes, en un procedimiento que incluía relevantes elementos de lo que hoy llamaríamos oralidad y publicidad (Ver, en este sentido DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio. Los principios clásicos del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano el estilo de Chile. Rev. estud. hist. juríd. [online]. 2006, n.28 [citado 2020-09-02], pp.425-490. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100013&lng=es&nrm=iso. ISSN 0716-5455. http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552006000100013, en el título "Juicio Ejecutivo").

**12°.-** En la praxis de las ejecuciones civiles en nuestra época, en lo relativo al valor de los inmuebles en subastas de procesos ejecutivos, no deja de sorprender que en un mercado inmobiliario dinámico, de alta demanda y rentabilidad como el existente hoy, sea más que frecuente constatar subastas sin postores, o bien que solo concurren unos pocos postores se repiten en diversos tribunales y remates, además de que a veces coincidentemente deciden no hacer ofertas, en el marco de prácticas habituales que han hecho naufragar el objetivo y espíritu de garantía de las normas de ejecución el Código de Procedimiento Civil, a lo cual se suma, en caso de tal falta de postores o posturas, exista la posibilidad de enajenar por un valor inferior incluso al avalúo fiscal, y que no guarda relación con alguna cifra cercana al precio real de los inmuebles.

**13°.-** A su vez, la doctrina clásica chilena trata de sostener la razonabilidad del precepto cuestionado, no sin vacilaciones, para lo cual, como se señala a fojas 13 del requerimiento, en el primer tomo "De la compraventa i de la promesa de venta" (Soc. Imprenta- Litografía Barcelona, Santiago, 1918, p. 1097) el profesor y ex decano Arturo Alessandri Rodríguez, cita a Baudry-Lacantinerie, Guilloard, Pothier, Faure, Laurent, Portalis y Ricci, señalando que *"suponiendo que la venta se rescindiera, sería necesario proceder a una nueva enajenación; i como ésta debería hacerse necesariamente en la misma forma que la primera no ofrecería mayores garantías para el vendedor, que estaría expuesto a sufrir una lesión cada vez mayor", que la norma cuestionada tendría justificación porque "la publicidad que precede y rodea a las ventas judiciales garantiza que el inmueble se venderá en el único precio en que hubiera podido venderse", de modo que una venta hecha en esta forma entregaría más "facilidades" para la fijación de aquel que una venta privada, agregando que "el fundamento de esta excepción es que cuando la justicia interviene entre los hombres hace desaparecer toda sospecha de sorpresas i de fraudes, pues les da las mayores seguridades"*, cuestión propia de una época en la cuál el error judicial y la necesidad de control de la actividad jurisdiccional no era pre supuestos de su configuración como lo son hoy. El profesor Alessandri concluirá que *"Cualquiera que sea el motivo que tuvo presente el lejislador para establecer esta disposición, el hecho es que existe i que debemos atacarla, tanto más cuanto que precisar ese motivo es una cuestión teórica que a nada conduce"*, precisando adicionalmente que el cuestionado artículo 1891 "se refiere a todas las ventas que se hagan por el ministerio de la justicia, sin distinguir entre las forzadas y las voluntarias", lo cual, a juicio de estos disidentes, desvirtuaría todo lo señalado para justificarla.

**14°.-** Es en ese sentido, que todo lo expuesto lleva a concluir que el denegar por ley expresa la acción para someter a conocimiento de los tribunales un conflicto civil sobre el valor de un inmueble en una hipótesis de posible lesión es una vulneración de la garantía constitucional del derecho de propiedad y del derecho a la acción, que constituye además una diferencia de trato hacia el deudor ejecutado, carente de fundamento razonable, ya que la libre circulación de los bienes y la satisfacción de créditos adeudados no es una causa constitucionalmente admisible como excepción al reconocimiento del valor real del bien como parte del contenido del derecho de propiedad en su dimensión subjetiva-pública, es decir, de la persona frente al Estado, a propósito de la regulación de la lesión enorme en una venta forzosa por actividad estatal.

## II. SOBRE LA ALEGACIÓN DE FONDO DEL REQUIRENTE.

### De la impugnación del artículo 1891 del Código Civil. La lesión enorme en los procesos de ejecución civil.

**15°.-** Conceptualmente, el reconocimiento de la lesión enorme es milenario, explicitándose desde la época del Derecho Romano (Guzmán Brito, Alejandro. "Derecho Privado Romano", Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2001. Pág. 137) como un vicio de rescisión, configurado por la venta de un inmueble a un precio inferior a la mitad de su "justo precio", en similares términos a los vigentes al día de hoy. Examinando la doctrina clásica del Derecho Civil chileno,

Arturo Alessandri Rodríguez sostiene que el fundamento de su consagración no estuvo sino en *"el deseo de proteger a los contratantes de buena fe; en una palabra, en procurar la equivalencia entre las partes"* (Alessandri Rodríguez, Arturo. "De la Compraventa y de la Promesa de Venta". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003. Pág. 737).

**16°.-** Debe tenerse presente que la lesión enorme, a diferencia del dolo y del error, no es un vicio de tipo subjetivo, pues no es relevante en ella la subjetividad, sino que vicia la compraventa por irregularidades en el objeto, consistentes en una desproporción manifiesta y altamente elevada respecto de las prestaciones recíprocas, que se traducen en que hay una diferencia abismal entre el valor señalado en el contrato y el valor real del bien, en los términos recogidos por el Código Civil, en el entendido que la compraventa es siempre un contrato bilateral de tipo oneroso y además conmutativo, en el que por definición una hipótesis de lesión enorme rompe ese equilibrio de prestaciones, lo cual era repudiado por el legislador a la época de Bello, que reguló la lesión específicamente en el título del contrato de compraventa y no en las normas generales del acto jurídico, ni de los contratos.

**17°.-** Ello lleva a una inequívoca conclusión: la lesión es un vicio autónomo y objetivo, pues no se requiere probar error, dolo ni engaño para llegar a configurarlo, al ser una representación especial de lo que las costumbres y el idioma castellano han denominado históricamente como precios de usura o usurarios. Así, la lesión enorme es una cuestión de hecho, que se constatará con actividad probatoria en el marco de un proceso con bilateralidad de la audiencia. Es así que el Código de Bello termina estatuyendo la acción de lesión enorme, pues su regulación no podía conducir a otras coordenadas.

**18°.-** A su vez, el propio Código de Bello presupone o asume que en una venta forzada puede existir lesión enorme, al punto que incluso lo asume expresamente en el precepto impugnado, al señalar que "No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia" constatando la lesión enorme como un hecho que puede ocurrir, regulándolo de tal forma de cercenar e impedir el ejercicio de la acción para reclamarla, sin que abra la posibilidad de rescindir. En ese sentido, no puede sostenerse en el siglo XXI que no exista lesión enorme en las ventas forzadas por el ministerio de los tribunales, sino que solo se puede constatar que la norma que lo alude priva al afectado del derecho a la acción, además de lo cual resulta necesario recordar que debe distinguirse la acción (el derecho de ocurrir ante el tribunal competente para la apertura de un proceso en el cuál se resuelva un conflicto de relevancia jurídica) y el derecho subjetivo que se reclama en juicio (en este caso la rescisión de una compraventa por lesión enorme), cuestión que es propia del estudio de los conceptos básicos de Derecho Procesal.

**19°.-** En este sentido, la acción está consagrada como un derecho fundamental en el inciso primero del numeral 3° el artículo 19 de la Constitución Política, en términos que todo derecho tiene acción para ser reclamado jurisdiccionalmente en virtud de dicha norma constitucional, aun cuando la ley no lo señale expresamente. Esta innovación de la Carta del 80 choca frontalmente con el precepto impugnado, y lo hace a partir de otro principio iusfundamental del mismo artículo 19: cuando existe actividad estatal tendiente a privar o extinguir el derecho de propiedad a un particular, debe pagarse el valor real del bien, y si ello se incumple se choca con un verdadero muro, constituido por un centenario precepto preconstitucional cuestionado en estos autos, que cercena el derecho a esa acción.

**20°.-** En este sentido, las compraventas forzadas por el ministerio de la justicia son una excepción a la voluntariedad de los contratos, planteada como un dogma del derecho civil napoleónico-ilustrado de la era de Bello, principio que además el siglo XX verá decaer al ver surgir los contratos forzosos, los contratos dirigidos, los contratos de adhesión, y los contratos con derechos irrenunciables. En este sentido, las particularidades que diferencian a un contrato

de compraventa de inmueble celebrado por el ministerio de la justicia son:

» Es un contrato forzoso, en el cual el juez ostenta una representación legal del vendedor, aún en contra de su voluntad.

» El procedimiento de celebración del mismo, en el marco de una ejecución, está en legislación procesal.

» A diferencia de un contrato voluntario entre particulares, permite transferir la propiedad en mejores términos que aquellos que gozaba el ejecutado, pues permite extinguir forzosamente gravámenes y entregar el bien sin ellos.

En lo demás, es un contrato de compraventa regido por las normas comunes: es oneroso y conmutativo, tiene un bien y un precio por objeto determinado, sigue siendo solemne, al punto que los actos procesales deben reducirse a escritura pública y también debe ser inscrito en el registro conservatorio de bienes raíces.

**21°.-** En este sentido, es cierto que el precio no puede quedar al arbitrio del ejecutado, pues se abriría la puerta para frustrar la venta forzada, mas ello no es el caso de estos autos, dado que en ningún caso será el ejecutado quien lo determine, sino que se trata de fijar un parámetro proporcional y no lesivo, pues se entiende que ya la venta forzada es una sanción al deudor, por cuanto agregar que el precio podrá ser inferior incluso a la mitad de justo valor del inmueble, sin tener acceso si quiera a una acción para corregir dicha situación, será consititutivo de una nueva sanción para el requirente. En este sentido, el carácter forzoso de la ejecución no significa que el ejecutado no tenga derechos ni menos que las potestades del ejecutante y del tribunal subastante sean omnímodas. Así, el estatuto de los juicios ejecutivos ha sufrido importantes modificaciones a lo largo de los siglos, todas las cuales constituyen avances civilizatorios, en orden a que sus efectos dejen de recaer en el cuerpo del ejecutado y dejen de significar la pérdida de su libertad personal y de trabajo. Abolida la prisión y los trabajos forzosos por deudas civiles, el avance siguiente es que la ejecución solo recae en bienes, y si el valor de los mismos es parte de la garantía constitucional del derecho de propiedad, sin duda es claro que los bienes deberán entonces ser subastados a un precio que sea coherente en relación a su valor real, materia en la cuál cabe recordar que la ejecución de un inmueble es una compraventa forzada y que el contrato de compraventa por definición es oneroso y conmutativo, lo que presupone equivalencia de prestaciones, que en este caso son entre el bien y el precio de compra, equilibrio que es garantizado justamente por el instituto de la lesión enorme.

**22°.-** Que el debate de inconstitucionalidad acerca del cercenamiento de la acción de lesión enorme en subastas de juicios ejecutivos no es nuevo ni menos exclusivo del requerimiento formulado en estos autos. Como elemento adicional, cabe señalar que el 27 de mayo de 2020, se ha presentado un proyecto de ley -actualmente en primer trámite constitucional- que busca permitir el ejercicio de la acción de lesión enorme en las ventas hechas por el ministerio de la ley y se establezca un mínimo en el precio de venta, Boletín Nº 13552-07, que modifica el precepto cuestionado. En los fundamentos de este proyecto se expresa que *"Quizás a la luz de la legislación vigente en el año 1855 se puede comprender que existiera esta diferencia en la ley entre los deudores morosos y quienes no lo son, ya que la Constitución vigente en esa época, la Constitución de 1833, en el artículo 12 Nº1, al consagrar la igualdad ante la ley señalaba: "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 1° "La igualdad ante la lei, en Chile no hai clase privilegiada;", es decir, la consagración de la igualdad ante la ley se limitaba solo a establecer que no hay clase privilegiada, pero esta limitación no alcanza al legislador, como si lo hace hoy la actual Constitución en el artículo 19 Nº 2, inciso segundo, al disponer: "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"" y que "El legislador siempre debe procurar que los perjuicios ocasionados al acreedor frente al no pago del deudor deben ser indemnizados y al mismo tiempo, al resolver aquello, debe cautelar los derechos constitucionales, evitando también un perjuicio totalmente desproporcionado para el deudor, ya que de*

*la aplicación del artículo 1891, puede y suele ocurrir que aun habiendo sido vendido un inmueble por el ministerio de la justicia, sufriendo lesión enorme, el monto de la venta no es suficiente para pagar una parte relevante de la misma, ni menos para satisfacer totalmente el crédito".*

**23°.-** Que, en el mismo sentido de lo expuesto precedentemente, se constata la presentación y tramitación del proyecto de Ley que modifica la Ley General de Bancos y el Código de Procedimiento Civil para establecer el avalúo comercial de los bienes raíces como mínimo de las subastas y proteger la vivienda única de los deudores que indica por medio de la prenda pretoria (Boletín 12.917-03). En dicho proyecto, la Excelentísima Corte Suprema mediante Oficio Nº 122-2020, de fecha 26 de junio del 2020, remitió informe, destacando para estos efectos las observaciones efectuadas por el presidente señor Silva G., y los ministros señores Muñoz, Künsemüller, Brito y Dham, señora Vivanco y señor Llanos, quienes expusieron, entre otras cosas que *"(…) Si bien parecen favorables las modificaciones de las reglas que fijan las posturas mínimas actuales en las públicas subastas, pues, en principio, hacen pensar que aumentarán el precio al cual los bienes podrán ser adjudicados – lo que beneficia tanto al deudor como al acreedor–, se debiese analizar con precaución los efectos que podría traer en la efectividad de los remanentes, pues existirían menos incentivos que hoy en día para que concurran los oferentes. Esto es especialmente cierto si se tienen en consideración que las ventas forzosas de bienes raíces trae asociado una serie de elevados costos de transacción para los compradores – poca o nula información acerca del bien ofrecido, imposibilidad de pagar con financiamiento hipotecario, la contratación de un abogado patrocinante que inste por él en la ejecución, costos de redacción de escritura e inscripción, costos de obtención material del inmueble, costos de reparación del bien raíz, etc.–, ausentes en las ventas voluntarias, lo que los encarece".* En virtud de lo anterior, proponen, en relación a la modificación del artículo 501 del Código de Procedimiento Civil, que ante la solicitud del acreedor de que se le enctregue el bien inmueble en prenda pretoria, el remate que el deudor puede provocar tenga como precio mínimo la tasación del inmueble reducida en hasta un 15%, en lugar de no contar con un mínimo, salvando igualmente que el valor que se pague por el inmueble no genere una falta de equivalencia en relación al precio de mercado.

De igual forma, estiman positivo, a propósito de la modificación del artículo 104 de la Ley General de Bancos "que se suprima como mínimo para la primera subasta el valor de lo adeudado, pues hace recaer en el propietario deudor el costo de dar celeridad a la recuperación del crédito hipotecario, y que se introduzcan reglas que prefijen el mínimo para la segunda y tercera subasta pública".

Se constata así, que no es extravagante, ni peligrosa ni menos imposible la discusión acerca del valor de un bien en una subasta forzosa, y que la garantía del precio es uno de los temas necesarios de abordar a la luz del estándar constitucional del derecho de propiedad.

**24°.-** Debe tenerse presente que la diferencia de trato en el acceso a la acción de lesión enorme, como garantía de protección del valor real del inmueble, se produce entre las compraventas voluntarias y las forzadas, por lo cual el "tertium comparationis", o trato ordinario y ajustado a derecho con el cuál se contrasta la norma cuestionada, es el estatuto general de la lesión enorme, es decir, conferir acción si el inmueble fue vendido a menos de la mitad de su valor real, lo que sí es concordante con la garantía constitucional del valor del bien. En ese sentido se desvirtúa lo resuelto por el voto de mayoría de este Tribunal en la sentencia Rol N° 1204, de 28 de mayo de 2009, en orden a que señaló que *"no existe violación a la garantía de la igualdad ante la ley, pues el legislador establece la diferencia de trato en función del derecho de los acreedores y en función de la ejecución forzada, lo que no resulta arbitrario y está amparado por motivos de orden público, seguridad jurídica y tutela de intereses patrimoniales surgidos de la libertad contractual. Cabe resaltar que estamos en presencia de una norma de carácter general, que cumple con los estándares de idoneidad, necesariedad y proporcionalidad respecto de la finalidad buscada, además de permitir al deudor ser*

*oído y aportar antecedentes*". Dicho razonamiento presupone que el ejecutado no tiene garantía constitucional alguna respecto del valor del bien y que por aplicarse la norma a toda ejecución no sería discriminatoria, en condiciones que lo alegado es otra cosa, pues se alega como contrario a la Constitución que la norma de garantía frente a la lesión enorme no rija para todos los que se encuentran en similar situación de remate. A su vez, ni el derecho legal de prenda general ni tampoco la posibilidad de ejercer la acción ejecutiva y ejecutar están en cuestión, por lo que no es acertado ni menos pertinentes señalar su salvaguarda para justificar una venta forzosa a sabiendas de que produjo lesión enorme.

**25°.-** En la misma sentencia se señala que *"el embargo y la posterior subasta pueden encuadrarse dentro de la regulación legislativa de la facultad de disposición del bien y de la pérdida de su propiedad, en la medida que estamos en frente de una enajenación, la que, no obstante, en este caso es forzada, producto del incumplimiento por el deudor de un crédito que voluntariamente garantizó con dicho bien*" (cons.3), pero se omite que parte de la garantía constitucional de dicha propiedad es el valor real del bien, lo cuál también debe ser resguardado por el legislador, cuyo no es el caso al impedir la rescisión por lesión enorme.

**26°.-** Como lo señalara el ex Ministro de este Tribunal sr. Mario Fernández Baeza, en la disidencia de la misma sentencia Rol N° 1204, *"La arbitrariedad de esta ley, artículo 1891 del Código Civil, fluye de la situación desmedrada en que ella deja a un tipo de personas, aquellos deudores morosos sujetos a la ejecución de los bienes inmuebles objeto de garantías que son vendidos por el ministerio de la justicia, respecto de aquéllos que no lo son, en cuanto a la posibilidad de acudir a la acción rescisoria por lesión enorme, esto es, según el artículo 1889 del Código Civil, aquella que ocurre cuando el precio que recibe el vendedor es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que se vende, como sucede en la especie*".

## III. DE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 499 Nº 2 Y 500 Nº 2 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, EN EL CASO CONCRETO.

**27°.-** Que, el requirente sostiene, a foja 11, que *"el juez a quo, por resolución de 23 de julio del 2021, conforme a lo preceptuado en el artículo 499 Nº 2 del Código de Procedimiento Civil, redujo prudencialmente el mínimo para la subasta en la suma de $148.644.087 (…) Es decir, redujo el máximo de lo permitido por la norma del artículo 499 Nº 2 del Código de Procedimiento Civil, en un tercio de la tasación realizada por la perito, sin mediar ningún tipo de parámetro ni criterio, en una reabaja desproporcionada (…)"*. Así, para entender el conflicto, se debe analizar desde diferentes perspectivas (a) primeramente, efectuado un análisis económico de la cuestión, es posible concluir que, a propósito de la proporcionalidad de la disminución del valor del inmueble en un tercio de su valor, por el hecho de no haber sido adjudicado en el primer llamado a remate, no se puede dejar de ponderar si el costo del acreedor por el tiempo que tendrá que transcurrir para que algún sujeto se adjudique el inmueble rematado es equivalente a la disminución del valor del bien subastado -es decir, si aquello que deja de percibir es mayor o igual a la disminución del valor del inmueble que se remata-, lo cual dependerá, en todo caso del monto de la deuda -pues no es lo mismo que el quantum de ella sea inferior al valor por el cual se rematan los bienes, al caso de que ella lo supere, pues en dicho caso el acreedor tendrá la intensión de que el inmueble sea adjudicado por el mayor valor posible. En caso contrario, el incentivo del acreedor estara en el pago de su crédito, sin importarle el valor de la cosa-. Precisado ello, será posible aproximarnos a la (b) valoración constitucional de la norma en el caso concreto. Lo anterior, toda vez que al ser el acreedor quien podrá solicitar a su elección, una u otra opción, ante el hecho de que no se presenten postores en el día señalado – para que los bienes sean puestos en remate en segundo llamado- conforme lo establece el artículo 499 del Código de Procedimiento Civil, sin oir expresión del deudor respecto a la valoración del inmueble y, por otra parte sin que exista un parámetro precisado por la norma para que el Tribunal determine el quantum de la rebaja -hasta el tope de la "tercera parte del avalúo"-, deviene, a juicio de estos disidentes en infracción

constitucional, pues:

**i. Se afecta el contenido esencial del Derecho de propiedad, pues el valor del inmueble debe ser comprendido como un elemento constitucionalmente relevante del derecho.**

Para Carnelutti, quien fuera uno de los primeros en destacar la semejanza económica entre la enajenación forzosa y la venta ordinaria, el cambio de bienes por dinero se consigue por la venta y por el arriendo, siendo la venta el medio económico adoptado por el proceso para convertir en dinero los bienes embargados (Ver en Carnelutti, F., Lezioni di Diritto Processuale Civile. Proceso di esecuzione, Tomo II, Padova, 1932, pp. 221 y siguientes, y también Juan Pablo Murga Fernández, Naturaleza jurídica de la venta judicial a la luz de la doctrina italiana y española, Anuario de Derecho Civil, ISSN 0210-301X, Vol. 69, Nº 1, 2016, págs. 153-219). De tal modo, a la identidad de la función económica del remate debe corresponder una función jurídica, que implicará en efecto satisfacer, total o parcialmente, la deuda que el acreedor tiene a su favor y, por otra parte, la adjudicación de la cosa por otro, distinto a su prístino dueño. Que, revisadas las diversas "corrientes doctrinales referidas a la naturaleza de la ejecución forzosa de bienes"[21] destaca que estas tienen como elementos coincidentes la existencia de un deudor y el acreedor, quien intenta satisfacer su crédito con el producto de la realización de los bienes. Así, establecida la existencia de un "derecho de opción" del acreedor respecto al crédito que le adeudan, la norma si bien resguarda el interés de mitigar las pérdidas de este, lo cual es una legítima opción del legislador, ello en ningún caso dará derecho a transgredir los elementos que configuran el derecho de propiedad.

A reglón seguido, como se ha señalado en capítulo anterior, el contenido esencial del derecho de propiedad - siendo el mínimo irreductible de contenido de cada derecho fundamental, que en modo alguno puede ser limitado por los poderes públicos- se expresa en la facultad sustancial de que se compone este derecho, que se traduce en la facultad de usar, gozar y disponer del objeto en el sobre el cual reacae. En tal sentido, para determinar si la limitación del derecho se encuentra justificada, se deberá estar al contenido esencial del derecho y a la justificación de la limitación a través de un juicio de razonabilidad y proporcionalidad. Lo anterior implicará, como punto de partida, una prohibición a la desproporción (art. 6, 7 y 19 Nº2 de la Carta Fundamental) para lo cual el intérprete deberá realizar una interpretación sistémica y finalista.

El derecho de propiedad, de acuerdo a la configuración normativa chilena, a pesar de reconocer las facultades ya precisadas, que son los componentes de la titularidad, además incorpora la facultad de aprovechamiento de los bienes sobre los que el derecho recae (19 Nº 23 inc. 3º de la Constitución) característica que implica que el dueño del bien podrá hacerse de todo aquello que sea capaz de proporcionarle aquel, según su naturaleza y las limitaciones que el ordenamiento jurídico establezca. En el mismo sentido, como es ampliamente sabido, el derecho de propiedad es perpetuo, lo que implicará que nadie pueda ser privado durante toda la vigencia del beneficio que se le otorga, dentro del estatuto que rija al bien, sino en virtud de expropiación, sentencia o en los demás casos que la ley establezca.

21 Se agruparon las distintas teorías en dos grandes categorías: aquellas que sitúan la figura del vendedor en el propio órgano judicial ejecutivo, y las que lo circunscriben en el acreedor ejecutante. Dentro de las primeras (aquéllas que sitúan la figura del vendedor en el órgano judicial ejecutivo) se distinguen: la «teoría de la representación genérica» de Carnelutti (CARNELUTTI, F., Lezioni di diritto processuale civile. Vol. II, Processo di esecuzione, Padova, 1931, pp. 221 y ss.), conforme a la cual la venta judicial constituiría un verdadero contrato de compraventa en el que el comprador sería el adjudicatario y el vendedor el deudor ejecutado, en cuya representación actuaría el órgano ejecutivo cuyo poder de representación le vendría conferido por la Ley; la «teoría de la sustitución material del juez u órgano ejecutivo, o

de representación legal del órgano ejecutivo», también acuñada por Carnelutti siendo una clara variante de la anterior (CARNELUTTI, F., Instituciones del Proceso Civil, Vol. III, traducción SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1960, pp. 35 y 36), seguida en la doctrina española señaladamente por CARRERAS LLANSANA (CARRERAS LLANSANA, J., El embargo de bienes, Barcelona, 1957, pp. 76 y ss.); la «teoría de la expropiación del poder de disposición» del deudor ejecutado, propuesta por CHIOVENDA (CHIOVENDA, G., «Sulla natura dell'espropriazione forzata», en Rivista di Diritto Processuale Civile, 1926, pp. 85-104), de acuerdo con la cual la venta judicial sería un contrato de compraventa celebrado entre el órgano ejecutivo y el tercero adjudicatario, actuando el primero como disponente del derecho de propiedad sobre el bien objeto de venta en virtud de la previa expropiación de la facultad de disposición autónoma llevada a cabo a través del embargo (seguida en España, entre otros por LOIS ESTÉVEZ, J., «Teoría de la expropiación procesal», en Revista de Derecho Privado, 1948, pp. 1102-116; DE LA PLAZA, M., Derecho Procesal Civil Español, II, 2ª parte, 3ª Ed., Madrid, 1955, p. 558; y HERCE QUEMADA, V., y GÓMEZ ORBANEJA, E., Derecho Procesal Civil, Vol. II, Madrid, 1979, pp. 274-278; y en Italia por importantes autores como CICU, A., MESSINEO, F., Trattato di Diritto Civile e Commerciale, Vol. XXIII, Milano, 1971, pp. 27 y 28). En la segunda categoría de teorías (las que sitúan la figura del vendedor en el acreedor ejecutante) se distinguen: la denominada «teoría del mandato voluntario» sostenida inicialmente por MIRABELLI (MIRABELLI, G., Del diritto dei terzi, Torino, 1889, p. 308) y posteriormente por TENDI (TENDI, G. B., Trattato teorico pratico della compravendita, II, Firenze, 1906, p. 73), en virtud de la cual se entiende que el deudor, al obligarse, implícitamente otorga su voluntad para la constitución de un contrato de mandato especial para vender en favor del acreedor respecto de todo su patrimonio, quedando este último facultado para ejercitar ese ius vendendi sobre el mismo (el patrimonio en su conjunto) para el cumplimiento de tal obligación; la teoría de la prenda del acreedor» sobre el patrimonio del deudor de ROCCO (ROCCO, A., Il fallimento, ristampa dell'edizione del 1917, Milano, 1962, pp. 31 y ss; «Studi sulla teoria generale del fallimento», en Rivista di Diritto Comerciale, 1910, pp. 674 y ss.), de acuerdo con la cual, la actuación judicial a través de la cual se lleva a cabo la venta forzosa del bien objeto de embargo se explica como la realización del derecho de prenda general del acreedor, adquirido sobre los bienes del deudor (teoría seguida en Alemania por KOHLER, J., Prozzesrechtlich forschungen, 1882). Hay otras tantas teorías doctrinales de corte contractualista que no encajarían en las categorías anteriores; tal es el caso de: la «teoría del contrato procesal» de SOLCHAGA LOITEGUI (SOLCHAGA LOITEGUI, J., El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles…, cit., pp. 74 y ss.); la «teoría del contrato de adhesión» de USÓN DUCH (USÓN DUCH, L., La subasta judicial, Barcelona, 1993, pp. 64 y 65), quien califica a la enajenación forzosa como un contrato de adhesión, en la medida en que se oferta la venta de un bien, a favor de persona incierta, con normas conocidas públicas e inatacables, y que se redactan unilateralmente sin posibilidad de discusión; o la de TÉLLEZ LAPEIRA (TÉLLEZ LAPEIRA, A., «Ensayo sobre la naturaleza jurídica de la venta judicial inmobiliaria», en Revista La Ley, 1996, T. I, pp. 1746 y ss.), quien aboga por una «concepción aleatoria de la enajenación», conforme a la cual la venta judicial consistiría en un especial contrato de cambio de bienes y dinero regulado por normas procesales y de carácter aleatorio. (ver en Juan Pablo Murga Fernández, Naturaleza jurídica de la venta judicial a la luz de la doctrina italiana y española, Anuario de Derecho Civil, ISSN 0210-301X, Vol. 69, Nº 1, 2016, págs. 153-219)

*fin del pie de página.*

Que, en el caso de marras la realización del inmueble, no puede alejarse de aquellas delimitaciones que contornan el derecho de propiedad. En tal orden, la venta forzada de un inmueble en el contexto del juicio ejecutivo, si bien debe generar las condiciones para propender al cumplimiento del crédito adeudado, asimismo debe considerar para ello una fórmula que permita ponderar los elementos y costos asociados, a fin de precisar un valor real del inmueble que no genere una nueva sanción al deudor. Ello por cuanto, el fin o sentido inmediato que se le otorga al derecho de propiedad tiene un componente económico, que dimana de la utilización y disposición de los bienes, del cual no puede ser privado el titular, menos sin un fundamento razonable. Por tanto, la eventual aplicación del precepto podría implicar una desproporción en relación con la recuperación del crédito y la equivalencia del valor del bien subastado, entendido este último como un elemento constitucional relevante, lo cual deviene en afectación de la garantía referida.

ii. **La determinación unilateral del acreedor respecto del mecanismo de fijación de precio y reducciones en relación con el valor del inmueble, constituye una infracción al principio de buena fe procesal.** Es indiscutible que el ejercicio de un derecho subjetivo tiene ciertos límites, siendo uno de ellos el hecho de que las actuaciones se realicen conforme a "buena fe", la que se puede definir con las expresiones de confianza, lealtad, comportamiento normal y ausente de fines ulteriores, sinceridad, asistencia, razonabilidad, entre otras. En este contexto, los negocios jurídicos, guiados, por regla general, por el propio interés, no podrán prosperar sin verificar un comportamiento de "lealtad" entre los interesados, pues ello será una garantía de orden público, justicia y seguridad, hecho que obligará a este máximo interprete ponderar si el efecto de la aplicación del precepto impugnado es coincidente con la finalidad económica, jurídica y social de la institución que se cuestiona. De tal modo, el contenido de la buena fe procesal se configurará como un instrumento para la protección de los derechos fundamentales, siendo el cartabón para asegurar la tutela judicial efectiva, un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a defensa y la igualdad procesal, que son las condiciones necesarias para garantizar el proceso racional y justo, siendo un elemento de "predicibilidad" respecto del comportamiento esperado por las partes en el proceso, siendo por tanto una obligación y garantía para aquellos que someten sus conflictos de relevancia jurídica al conocimiento de un Tribunal, para su resolución con efecto de cosa juzgada.

**28°.-** Que, en lo que respecta a la impugnación del artículo 500 Nº 2 del Código de Procedimiento Civil, en opinión de estos Ministros disidentes, su aplicación en el caso concreto genera una afectación aún más agravada, toda vez que el acreedor podría solicitar que los bienes embargados -y que no fueron adjuicados, aun cuando se redujo su valor a dos tercios del nuevo avalúo, conforme al Nº2 del artículo 499, y tampoco se presentaron postores- "2ª. se pongan por tercera vez a remate, por el precio que el Tribunal designe".

**29°.-** Que, por todo lo expuesto, el requerimiento debió ser acogido.

**SENTENCIA ROL 13.423-2022.** *Publicada el 16 de marzo de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo transitorio, inciso primero, de la Ley N° 20.791, que modifica la Ley general de urbanismo y construcciones en materia de afectaciones de utilidad pública de los planes reguladores. Inmobiliaria Travesía spa. En el proceso Rol N° 6430- 2022, sobre recurso de casación en el fondo, seguido ante la excma. Corte Suprema.

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES estuvo por rechazar el requerimiento fundado únicamente en las siguientes consideraciones.**

**1°.-** Que, en primer lugar, debe dejarse suficientemente claro que el legislador puede establecer gravámenes al derecho de propiedad, en la medida que la propia Constitución reconoce como límite de la misma a su función social, habilitando además al legislador a determinar cargas, en el marco de la garantía del contenido esencial de los derechos, contemplando además de manera expresa la expropiación, determinando que debe ser habilitada por ley, que debe obedecer a causa de utilidad pública y que debe verificarse previo pago de la indemnización, siendo el procedimiento de expropiación de carácter administrativo y de duración acotada en el tiempo, al generar una situación transitoria para concluir con la pérdida del derecho de propiedad.

**2°.-** Que, las cargas que el legislador determine para el derecho de propiedad en nombre de la función social de la misma son legítimas, en la medida que subsista el contenido esencial del derecho en los términos del numeral 26° del mismo artículo 24 de la Constitución.

**3°.-** Que, en segundo lugar, el procedimiento expropiatorio tiene una fase administrativa, y posteriormente otra fase en sede judicial. Debe tenerse presente que en fase administrativa ni la Ley General de Urbanismo y Construcciones, ni la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, recogida en el Decreto Ley N° 2.186, establecen algún término o plazo cierto dentro del cual la autoridad deba emitir el correspondiente decreto o resolución final que -concretando la expropiación autorizada por el artículo 59 de aquella Ley General- ponga término a la fase administrativa de dicho procedimiento, lo cual podría efectivamente llegar ser un foco de conflictos en una suerte de eternización sine die de una afectación o declaración de expropiabilidad de un bien, en base a los antecedentes que pudiese tener cada caso concreto.

**4°.-** Que, por otra parte, siendo la inaplicabilidad por inconstitucionalidad una forma de control concreto de constitucionalidad de normas, el no. 6° del artículo 93 de la Constitución exige para acoger el requerimiento que se acredite la posible ocurrencia de un efecto contrario a normas constitucionales por aplicación del precepto cuestionado en el caso concreto. En ese sentido, no se aportó en el proceso información específica del predio ni de la litis en que incide, en lo relativo al uso y superficie del predio, a la magnitud de la afectación de uso, ni a los demás antecedentes necesarios para ponderar si en el caso concreto dicho efecto puede o no producirse, deviniendo el cuestionamiento en uno de tipo abstracto.

**5°.-** En efecto, en el marco de los antecedentes de hecho y derechos propios de un control concreto de constitucionalidad, consta en el proceso que Mediante Resolución N° 023/2018 de 14 de noviembre de 2018, la DOM declaró la caducidad del permiso de edificación otorgado, señalando que Inmobiliaria Travesía no habría iniciado las obras dentro del plazo que establece la ley, y es ese el motivo por el cual no pudo ejecutar proyectos de obras y construcciones.

**6°.-** De tal forma, se concluye que el requerimiento debe ser rechazado.

**SENTENCIA ROL 9031-2020.** *Publicada el 11 de marzo de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo transitorio, inciso primero, de la Ley N° 20.791, que modifica la Ley general de urbanismo y construcciones en materia de afectaciones de utilidad pública de los planes reguladores. Fundación Las Rosas de Ayuda Fraterna. En el proceso Rol N° 87-2020 (Contencioso - Administrativo), seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

**VOTO PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que concurre a lo resuelto en la presente sentencia** compartiendo sus consideraciones 1° a 8°, y 18°, y en base a lo siguiente:

**1°.-** Que el mérito de lo informado en las medidas para mejor resolver dejó suficientemente aclarado que la afectación del inmueble carece de causa en la medida que el propio municipio ha reconocido que no existe obra ni proyecto alguno contemplado que abarque al inmueble en cuestión, dejando afectado de manera indefinida a un inmueble por una causa que, si existió, ha desaparecido de manera sobrevenida, junto a lo cual debe tenerse presente que en estos casos la afectación establecida por el precepto cuestionado se origina en un acto del municipio, que extraña e incoherentemente no tiene potestades para poner término al gravamen impuesto, en la medida que, ni la Ley General de Urbanismo y Construcciones, ni la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, recogida en el Decreto Ley N° 2.186, establecen algún término o plazo cierto dentro del cual la autoridad deba emitir el correspondiente decreto o resolución final que -concretando la expropiación autorizada por el artículo 59 de aquella Ley General- ponga término a dicho procedimiento.

**2°.-** Es este régimen sine die, entonces, el que alimenta demoras e incertezas que afectan el derecho de propiedad que se supone se destinaría a satisfacer la expropiación por una causa de utilidad pública que aparece en este caso como inexistente, más todavía cuando, para evitar tales dilaciones, no se aplica supletoriamente la citada Ley N° 19.880, al tenor de cuyo artículo 27 "[s]alvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final".

**3°.-** En este sentido, debe dejarse suficientemente claro que el legislador puede establecer gravámenes al derecho de propiedad, en la medida que la propia Constitución reconoce como límite de la misma a su función social, habilitando además al legislador a determinar cargas, en el marco de la garantía del contenido esencial de los derechos, contemplando además de manera expresa la expropiación, determinando que debe ser habilitada por ley, que debe obedecer a causa de utilidad pública y que debe verificarse previo pago de la indemnización, siendo el procedimiento de expropiación de carácter administrativo y de duración acotada en el tiempo, al generar una situación transitoria para concluir con la pérdida del derecho de propiedad. Sin embargo, en el caso concreto, al no haber principio conclusivo, la declaración de expropiabilidad se eterniza y esta no se verifica, además de no haber causa reconocible para la misma.

**4°.-** A partir de dichos estándares, en el caso concreto la afectación y expropiabilidad aparece decretada sin una causa de utilidad pública que la justifique, según se desprende de lo informado por el propio municipio en la medida para mejor resolver, lo que redunda en que la aplicación del precepto cuestionado resulta contraria a la garantía constitucional del derecho de propiedad.

CAPÍTULO II

# *Votos sobre materias de derecho constitucional orgánico.*

1. TRATADOS INTERNACIONALES Y CONSTITUCIÓN.
Sentencia Rol 13.164-2022 618
Sentencia Rol 8872-2020 631

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y JURIDICIDAD.
Sentencia Rol 8452-2020 643

3. RESERVA DE LEY.
Sentencia Rol 9133-2020 665
Sentencia Rol 8865-20 670

4. INICIATIVA EXCLUSIVA DE LEY, LEY DE PRESUPUESTOS.
Sentencia Rol 9869-2020 671

# 1. Tratados internacionales y Constitución.

**SENTENCIA ROL 13.164-2022.** *Publicada el 18 de enero de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 459, inciso primero, y 466 del Código Civil. Juan Francisco Ángel Zerega Mortola. En el proceso Rol C-385-2022, seguido ante el Tercer Juzgado de Letras en lo Civil de Viña del Mar.

**VOTO DE MAYORÍA**

[…]

## I. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO CONCRETO.

**PRIMERO**.- Javier Garrao Álvarez, abogado, en representación de don Juan Francisco Ángel Zerega Mortola, interpone acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto de los artículos 338, 340, 342, 346, 353 inciso 3º, 446, 447, 456, 459, 460, 461, 462, 464, 465, 466, 467 y 468 del Código Civil, a fin que la decisión de este Excelentísimo Tribunal incida en el juicio de interdicción por demencia y designación de curador general, sustanciado ante el Tercer Juzgado Civil de Viña del Mar, seguido bajo el Rol C-385-2022, y cuya aplicación, a juicio del requirente, infringe el artículo 1 inciso 1º; artículo 5 inciso 2º; artículo 19 Nº 1, 2, 3 incisos 1º y 6º; artículo 19 Nº 4, 7, 24 y 26, todos de la Constitución Política de Chile.

**SEGUNDO**.- Que, como consta a fojas 716 y siguientes, con fecha 27 de mayo del 2022, la Segunda Sala de este Excelentísimo Tribunal Constitucional, se pronunció sobre la admisibilidad del requerimiento, declarándolo admisible solo en lo que respecta a la impugnación de los artículos 459, inciso 1º, y 466 del Código Civil.

**TERCERO**.- Que, en relación con la gestión pendiente, don Francisco Ángel Zerega Raggi interpuso demanda de interdicción por demencia, pretendiendo que se prive de la administración de sus bienes a don Juan Francisco Ángel Zerega Mortola, requirente de estos autos, solicitando que se designe al demandante como Curador. Ello, toda vez que María Virginia Raggio Martinelli, sería quien controlaría en forma absoluta todos los aspectos de su vida, atribuyéndole el no haber velado por el debido cuidado de su salud y patrimonio.

Al respecto, sostiene que, su conviviente ha administrado los bienes, detallado la demanda la forma en la que ha tenido lugar la administración, vendiéndose incluso dos predios a un precio inferior al mercado.

**CUARTO**.- En lo referido a la cuestión de constitucionalidad planteada ante este Excelentísimo Tribunal Constitucional, el requirente señala a foja 12 que *"el problema constitucional (…) dice relación con que los preceptos impugnados, en tanto normas sustantivas que regulan la interdicción por demencia y la designación de curador legítimo (…) son contrarias a la Constitución Política de la República y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes en el País, al equiparar el paso de los años con la demencia, y someter al adulto mayor como sujeto pasivo del juicio, calificándolo de insano, lo que trasunta en un procedimiento anacrónico, invasivo y lesivo a los derechos fundamentales más esenciales de don Juan Francisco Ángel Zerega Mortola"*.

En tal sentido, respecto a la impugnación del artículo 459, inciso primero del Código Civil, el requirente, a fs. 21, sostiene que la aplicación de dicho precepto contravendría la Convención que

reconoce la igualdad y no discriminación por razones de edad, en las siguientes dimensiones **(a)** el artículo 5, pues reconoce la igualdad y no discriminación por razones de edad; **(b)** así como su artículo 6, que obliga a reconocer el derecho a la dignidad en la vejez; **(c)** el artículo 7, sobre la independencia y autonomía en sus decisiones y actos; **(d)** el artículo 30, en tanto reconoce al adulto mayor capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida; **(e)** el artículo 23, en tanto reconoce como derecho Fundamental del adulto mayor su propiedad, el uso goce y disposición de sus bienes.

Por otra parte, en lo que respecta a la supuesta infracción que devendría de la aplicación del artículo 466 del Código Civil, el requirente a fs. 23, aduce que *"La posibilidad que se establece en el artículo 466 del Código Civil de privar de libertad al demente, cuando ello se aplica al adulto mayor, además de la posibilidad de ser trasladado a casa de locos, contraviene el artículo 30 que dispone el igual reconocimiento como persona ante la ley, el artículo 13, que reconoce el Derecho a libertad personal y el artículo 15, que reconoce su Derecho a la libertad de circulación"*

**QUINTO**.- Que, en virtud de lo expuesto, la requirente estima que la aplicación de los preceptos impugnados deviene en la infracción de los derechos reconocidos en los artículos 1° inciso primero, 5° inciso segundo, 19 N° 1, 2 y 3 inciso primero e inciso sexto, 19 N° 4, 7, 24 y 26 de la Carta Fundamental.

## II. CONSIDERACIONES PREVIAS.

**SEXTO**.- Que, desde ya resulta oportuno precisar que la sentencia de inaplicabilidad no es la sede para verificar un control abstracto y general sobre la preceptiva impugnada. Al contrario *"(…) el control de inaplicabilidad es una acción que tiene por objeto declarar que un precepto legal invocado como norma de aplicación decisiva en un caso concreto en litis, es o no contrario a la Constitución y que, en consecuencia, no puede ser aplicado por el Juez que conoce del asunto cuando el requerimiento sea acogido"* (Pica Flores, Rodrigo. (2010). Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: Los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional. Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 33). Por cuanto, el análisis en este voto se restringirá a la aplicación del precepto impugnado al caso concreto, para lo cual esta sentencia resolverá aquello que dice relación con la aplicación de los artículos 459, inciso primero, y 466 del Código Civil, solo en cuanto a determinar la supuesta dimensión de afectación que significarían en su aplicación en el caso de autos, respecto de los derechos señalados por la requirente.

**SÉPTIMO**.- Asimismo, es dable señalar que la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal en un caso particular previo, no significa necesariamente, que en otros casos su aplicación resulte igualmente contraria a la Carta Fundamental, ni que exista una contradicción abstracta y universal del mismo con las normas constitucionales.

**OCTAVO**.- Por otra parte, en relación con la naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ella impide que este Tribunal efectúe juicios de mérito sobre la actividad legislativa, en razón de la deferencia que este órgano jurisdiccional debe resguardar respecto al resultado de la deliberación propia de los órganos democráticos. Así, en su jurisprudencia histórica lo ha reconocido también este Tribunal (ver STC Roles 309, c. 2º; 681, c7º y, 786, c. 31º)

**NOVENO**.- Que, este Tribunal Constitucional reconoce aplicabilidad directa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que se encuentran ratificados y vigentes dentro del

ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo anterior, ello no es equivalente a reemplazar el rol del Estado en su función legislativa respecto a la adecuación de la legislación interna. Lo anterior, se desprende de lo previsto en el artículo 32 Nº 15 de la Constitución Política, en lo referido a las atribuciones del presidente de la República en la conducción de la política exterior; en concordancia con el artículo 54 Nº 1, del Código Político, el cual establece que *"Las medidas que el presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley" asimismo, la norma reconoce que "(…) en el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64 (…)".*

## III. SOBRE EL ESTÁNDAR DE DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.

**DÉCIMO.**- Desde el derecho internacional de derechos humanos, en su estándar interamericano, ha de tenerse presente que Chile ha suscrito y ratificado el año 2017 la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, tratado internacional de derechos humanos específico para la tercera edad, que se encuentra vigente, y que viene, a estos efectos, a establecer normas especiales sobre los derechos a la vivienda, a la protección judicial y a la igualdad, en refuerzo del estándar convencional y general de derechos humanos pre existente a su texto. Es del caso reiterar que en tanto tratado internacional de derechos humanos ratificado por Chile y vigente, los derechos que establece son de aquellos a que alude el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución vigente, como límite al ejercicio de poderes soberanos, como lo es en específico la función jurisdiccional propia de la gestión pendiente invocada en el requerimiento del presente proceso.

**UNDÉCIMO.**- Entre los vectores normativos explícitos de la aludida convención se debe reconocer lo señalado en su preámbulo, en orden a que *"la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades"*, además debe especificarse que su texto se elabora *"Reconociendo también la necesidad de abordar los asuntos de la vejez y el envejecimiento desde una perspectiva de derechos humanos que reconoce las valiosas contribuciones actuales y potenciales de la persona mayor al bienestar común, a la identidad cultural, a la diversidad de sus comunidades, al desarrollo humano, social y económico y a la erradicación de la pobreza", agregando en su artículo 1° que el objetivo es "es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad".*

Es decir, se busca abordar la vejez no como una causal de incapacidad de tomar decisiones y ejercer derechos que haga depender a la persona del juicio de terceros desconociendo su titularidad de voluntad y autodeterminación, sino todo lo contrario: reconocer en la persona mayor un titular de derechos, no ya solo los generales, sino que además de derechos específicos, cuyo ejercicio resguarda y refuerza su esfera de capacidad de ejercicio y autodeterminación en sus decisiones cotidianas, incluidas las más relevantes, ello en estrecha conexión con las características propias de los derechos humanos, en específico su universalidad e incondicionalidad, superando así el viejo paradigma de la legislación civil clásica y decimonónica, que ve a la vejez como

un motivo de incapacitación y de una llamada "protección" que consiste en hacerlo depender de terceros en sus relaciones jurídicas, a partir de una concepción estereotipada, paternalista y prejuiciada acerca de la pretendida falta de discernimiento por el hecho de la edad, todo lo cual genera como consecuencia una normalización de diferencias de trato que lesionan el pleno ejercicio de derechos individuales, buscando una aparente justificación en la condición de bajo discernimiento del adulto mayor.

**DUODÉCIMO.**- De tal modo, en su artículo 3°, la aludida convención consagra *"La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor", "El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor" y "La protección judicial efectiva"* como principios generales aplicables, y serán dichos criterios las guías interpretativas y de aplicación de los derechos de la persona edad, a lo que se suma el principio de eficacia normativa, entendido como verdadero criterio de hermenéutica constitucional, de manera tal que la necesidad de protección y garantía específica del ejercicio de sus derechos, la autonomía del adulto mayor en ello y la eficacia material y real de lo que se proclame como protección judicial serán estándares interpretativos en el presente caso de inaplicabilidad, más aún si el propio artículo 4° de la Convención dispone que los Estados *"Adoptarán las medidas afirmativas y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención" y que "Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia, a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos"*, norma esta última que obliga tanto al legislador, como a la administración y también a los tribunales a dar un trato diferenciado a las cuestiones de personas mayores, en una clave que no puede ser otra que la perspectiva de derechos humanos, teniendo como vara o cartabón los que esta misma convención establece, determinando la obligación de precisar acciones afirmativas en favor de las personas mayores, no solo a nivel legislativo, sino también con medidas específicas a niveles administrativo y judicial. Así, los tribunales deben garantizar un acceso a la justicia reforzado y con trato distinto para que tal tutela judicial sea en los hechos eficaz, en el entendido que sin tutela los derechos quedan en el papel.

## Igualdad Constitucional y Derecho a trato diferenciado

**DECIMOTERCERO.**- Así, una de las grandes formas de discriminar es por vía negativa, es decir, por el camino de negar la diferencia y dar el mismo trato a quienes se encuentran en situación relevantemente diferente, sobre todo entendiendo que todo trato de las normas a las personas obedece a que ellas se encuentran en una específica situación de hecho, que el derecho considera relevante para determinar una norma regulatoria referida a esos hechos que indican un factor de diferenciación de trato que no solo es legítimo, sino que es necesario para poder lograr el pleno ejercicio de derechos humanos.

**DECIMOCUARTO.**- Que, en consecuencia, la diferenciación de trato puede erigirse en garantía de igualdad y no discriminación cuando el objetivo es el pleno goce y ejercicio de derechos de algún grupo de personas que por su situación no pueden lograrlo por sí solas, y a su vez, la negación de la diferencia relevante conlleva una suerte de asimilación forzosa que desfavorece e invisibiliza a quien está en esa situación diferente al resto que se tiene por "estándar", lo cual es más patente al constatarse que el mismo trato a quienes están en diferente situación relevante degrada o lesiona el ejercicio de derechos del grupo invisibilizado. Eso es lo que ocurre con los derechos de las personas mayores, que por circunstancias propias de su edad, se ven expuestos a conductas de terceros de su entorno y a hechos que se "normalizan", y que podrían conducir a un

resultado de lesión del ejercicio de sus derechos, interfiriendo la administración de sus bienes, sus derechos en salud, la elección del lugar donde vivir, entre otros ámbitos. Es por eso que en su artículo 4° la Convención dispone que los Estados *"Adoptarán medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas contrarias a la presente Convención, tales como aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, expulsiones de la comunidad, la negación de nutrición, infantilización, tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, entre otras, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor"*, ya que esos son algunos de los factores más lesivos del ejercicio de derechos fundamentales en la 3ª edad. Ello empalma de manera directa con las garantías de igualdad ante la ley y no discriminación, y de igual protección en el ejercicio de los derechos, explicitadas en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política, además a la luz de lo dispuesto en el artículo 5°, inciso segundo de la misma, al remitirse al derecho internacional convencional de los derechos humanos como parte de los límites al poder estatal.

**DECIMOQUINTO.**- En tal orden, y en cuanto a la necesidad constitucional de trato legislativo diferenciado para asegurar igualdad, es dable mencionar que no se puede desconocer que en Chile, más de un lustro antes de la ratificación de la Convención, se dictó la Ley N°20.422, que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, y que también se dictó antes la Ley N° 19.828, que crea el servicio nacional del adulto mayor, señalando en su artículo 1° que *"Las disposiciones de la presente ley tienen por objeto establecer la creación del Servicio Nacional del Adulto Mayor, que velará por la plena integración del adulto mayor a la sociedad, su protección ante el abandono e indigencia, y el ejercicio de los derechos que la Constitución de la República y las leyes le reconocen"*, más en materia de derechos específicos de personas de edad mayor, no existe una ley que dé cumplimiento a la parte normativa del conjunto de los deberes emanados de la Convención. En efecto, a esta fecha se encuentra recién en primer trámite constitucional el proyecto de ley boletín N° 13822-07 Para promover el envejecimiento positivo, el cuidado integral de las personas mayores, y el fortalecimiento de la institucionalidad del adulto mayor, iniciado por mensaje en octubre de 2020. Tal legislación obedece además a otro imperativo constitucional, contenido en el artículo 1°, sobre Bases de la Institucionalidad, consistente en el deber del Estado de promover la integración armónica de todos los sectores de la sociedad y asegurar el derecho a la participación en igualdad de oportunidades en la vida nacional, lo cual asigna al Estado un rol activo de promoción de igualdad a través de medidas específicas, y no solo con un rol contemplativo de no discriminación.

## Deberes y derechos específicos de fuente internacional

**DECIMOSEXTO.**- Por otra parte, el artículo 30 de la Convención dispone que:

> *"Los Estados Parte reafirman que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.*
>
> *Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*
>
> *Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
>
> *Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las*

*preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona mayor.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietaria y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito".*

**DECIMOSÉPTIMO**.- A reglón seguido, se observa que siendo universales e incondicionales los derechos humanos, y siendo el Estado su primer obligado correlativo, los derechos especiales de protección judicial que se contienen en el artículo 30 no pueden quedar sujetos a que un adulto mayor requiera -por exigencia de leyes emanadas del propio Estado- de un "dictamen" acerca de su salud para poder gozar de "protección especial". En efecto, si bien una declaración de interdicción, o en general de incapacidad, es justamente lo contrario de proteger derechos, que es el estándar fijado por la Convención, pues en lugar de reforzar la titularidad y ejercicio autodeterminativo de sus derechos, lo priva del ejercicio de los mismos, sujetándolo a la voluntad y dependencia de un tercero, en un paradigma que es justamente el que la convención busca superar mediante la consagración de un enfoque de derechos humanos. Corolario de lo expuesto, en lo referido a la función jurisdiccional y la tutela judicial efectiva, es lo dispuesto por el artículo 31 de la convención:

*"Acceso a la justicia La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

*Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas.*

*Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales.*

*La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor.*

*Asimismo, los Estados Parte desarrollarán y fortalecerán políticas públicas y programas dirigidos a promover:*

*a. Mecanismos alternativos de solución de controversias.*

*b. Capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, sobre la protección de los derechos de la persona mayor.".*

**DECIMOCTAVO.**- Lo anterior es reforzado, pues la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratado que se encuentra vigente en Chile desde el año 2008, cuyo propósito "es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover su dignidad inherente" y que fue convenido por los Estados parte, conforme se expresa en su preámbulo:

> *"p) Preocupados por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición,*
>
> *q) Reconociendo que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación"*

**DECIMONOVENO.**- Que, el artículo 4.1 de dicho tratado, "*Los estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención*" y, específicamente en relación con el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, el artículo 13 dispone que *"Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares"*. Es decir, este tratado también contempla el deber de ajustes de procedimientos y, es más, se considera expresamente a la edad como un parámetro de adecuación, por cuanto la inaplicabilidad preterida se torna inoficiosa, toda vez que para satisfacer dichos estándares no es útil la inaplicación de las normas impugnadas.

## IV. ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 459 DEL CÓDIGO CIVIL. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO MEDIANTE EL ESTATUTO DE INTERDICCIÓN.

**VIGÉSIMO.**- En primer término, el requirente solicita la inaplicabilidad del artículo 459 del Código Civil, en lo referido a que podrán *"provocar la interdicción del demente las mismas personas que pueden provocar la del disipador"*. En tal sentido, es dable precisar que este Tribunal Constitucional ha comprendido por discriminación arbitraria *"toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual"* (en este sentido ver STC Rol 1204-08) de tal modo, la falta de justificación racional, equivale al hecho que el legislador no pueda dictar una ley que imponga requisitos u obligaciones a personas diferentes que se encuentran en situaciones iguales o asimilables.

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- En este sentido, el legislador ha previsto que las mismas personas habilitadas para solicitar la interdicción del demente, pueden provocar la del disipador, según lo establece el inciso 1, del artículo 459 del Código Civil. Por tanto, podrán solicitarla aquellas personas establecidas en los artículos 443, 444, 457, 458 y 459 del Código Civil.

En virtud de lo anterior, es relevante analizar dos elementos contenidos en la norma, esto es,

(1) si las condiciones de demencia y la del disipador son equiparables y, (2) si quienes pueden solicitar la interdicción en uno u otro caso, son personas interesadas en la protección del bien jurídico cautelado por el legislador.

**VIGÉSIMO SEGUNDO**.- Antes que todo, es relevante señalar que, en relación con la finalidad de las medidas de resguardo y la protección que el legislador puede diseñar para proteger los intereses de las personas discapacitadas y de la sociedad en su conjunto, la declaración de interdicción satisfará esa doble faz, en la medida sea dictada conforme con los elementos que aporten al juez de instancia, la certeza de que no se está afectando la capacidad de aquellas personas sin un fundamento suficiente.

En tal sentido, es preciso señalar que, como se cita en la STC Rol 2703-15, la Corte Constitucional de Colombia, ha reparado en la necesidad de probar médicamente la incapacidad antes de decretar la interdicción de una persona, afirmando que "*el acompañamiento de un certificado médico a una demanda en la que se solicita que una persona sea declarada interdicta por demencia, no constituye una mera formalidad exigida por la ley procesal para la admisión de una demanda de esta naturaleza, sino que está llamado a cumplir fines específicos como son (i) constituye un soporte probatorio insustituible para que el juez competente tenga los elementos de juicio necesarios para proveer sobre la admisión de una demanda de interdicción; y, (ii) se erige en una garantía fundamental para el demandado, dado que no todas las personas deben soportar un proceso de esa naturaleza, sino solamente aquellas sobre las cuales se acredita una condición de discapacidad que amerite, por lo menos, la apertura del proceso*" (Sentencia T-026/14, de 27 de enero del 2014, fundamento 6.6).

**VIGÉSIMO TERCERO**.- Que, de tal forma el Estatuto sobre la interdicción y, particularmente el artículo 459, impugnado en autos, se configura como una medida para proteger a las personas incapaces de los eventuales daños que se podría provocar físicamente, a sus bienes o, incluso, a terceros. De tal forma, el estándar de acreditación de dicha condición debe significar la ponderación de antecedentes médicos y fácticos concretos, que den cuenta de la incapacidad del requirente – cuestión que se debatirá ante el juez de fondo- pues en caso contrario se podría cercenar la capacidad de una persona, decisión que podrá ser revisada, de ser pertinente, mediante la utilización de todos los recursos previstos al efecto, así como la idoneidad de quien sea designado como su curador.

Por tanto, el decreto judicial por medio del cual se podría privar al requirente de administrar sus bienes, a juicio de estos sentenciadores, no pugna con el reconocimiento de su capacidad jurídica, pues para arribar a una declaración de interdicción, su estatuto, previene que el Juez deba ponderar los antecedentes concretos del afectado, cuando ella sea necesaria y adecuada para asegurar su bienestar, evitando de esa forma una decisión arbitraria y discriminatoria.

**VIGÉSIMO CUARTO**.- Que, por su parte en la Ley 20.422, que establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, su artículo 1º establece que su objetivo es "asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad".

Este Tribunal controló en forma preventiva dicho cuerpo normativo, declarando que su artículo 57, que precisa la acción de tutela especial respecto de quienes sufran amenaza, perturbación o privación de los derechos consagrados en esa ley, por causa de una acción u omisión arbitraria o ilegal, era constitucional "en el entendido de que los dispuesto en él es sin perjuicio del derecho que le asiste a toda persona para interponer, ante los Tribunales competentes, las acciones que,

en defensa de sus derechos e intereses legítimos, contempla el texto Constitucional" (Ver STC Rol 1577-09, punto resolutivo 2º)

**VIGÉSIMO QUINTO**.- Que, en este sentido es posible señalar que la discapacidad intelectual, concepto más adecuado que el de loco o demente, empleados por el Código Civil para describir una condición médica, se ha definido, conforme con el artículo 1, inciso segundo, de la Convención sobre los Derechos de las Personas Discapacitadas, como la condición *"resultante de la interacción entre algunas condiciones psíquicas y/o intelectuales de largo plazo que pueden presentar las personas, y las barreras del entorno, tales como formas de exclusión social , carencias de apoyo y actitudes estigmatizadoras, que limitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"*. En tal orden, siguiendo a la profesora Lathrop, el artículo 9 letra c) del Decreto 47 del Ministerio de Salud, que aprueba Reglamento para la calificación y certificación de la discapacidad, señala a la "deficiencia mental" como una condición de salud que puede causar discapacidad, clasificándola en: deficiencia mental de causa psíquica, que sería aquella que presentan las personas con trastornos en el comportamiento adaptativo, previsiblemente permanentes, derivada de una enfermedad psíquica; y deficiencia mental de causa intelectual, que presentan las personas cuyo rendimiento intelectual es inferior a la norma en test estandarizados (ver en Lathrop Gómez, Fabiola. (2019). Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile. Revista de derecho (Valdivia), 32(1), 117-137. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502019000100117).

Por otra parte, respecto al disipador "Claro Solar señala que *"pródigo o disipador, es el que desperdicia y consume su hacienda o caudal en gastos inútiles y vanas profusiones, sin orden ni razón, sin fin útil para él ni para la sociedad". Somarriva entiende que "dentro de la inevitable falta de precisión, si se quiere formular una regla general, puede decirse que son rasgos distintivos de la prodigalidad: el gastar el dinero sin tasa, medida ni control; y el efectuar esos gastos sin fines de lucro; si ellos se hicieren con miras a obtener una utilidad o ganancia, aun cuando los gastos fueren cuantiosos, no significarían disipación". Fueyo Laneri enseña que dilapidar significa etimológicamente lanzar piedras, "por lo mismo que dilapidación significa gastar dinero como quien lanza piedras a la calle. Este lanzar dinero debe estar representado por un conjunto de actuaciones que resultan armónicas entre sí, y que obedecen a una misma causa, que es una pasión", de modo que la disipación "Es el resultado de una pasión incontrolada, que lleva a quien la sufre a gastos exagerados en relación con el propio patrimonio, en aras del vicio o de costumbres desarregladas". Por su parte, Ramos dice que "entendemos por disipador a la persona que gasta su fortuna sin lógica alguna, en forma inmoderada, sin relación a lo que tiene""* (ver en Corral Talciani, Hernán. (2011). Interdicción de personas que sufren trastorno de dependencia a la cocaína. Revista de derecho (Valdivia), 24(2), 31-64. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000200002).

En tal orden, siguiendo al mismo autor, es posible señalar que, si bien existen ciertas semejanzas entre los comportamientos del demente y el disipador, en lo que se refiere a la administración de sus bienes; no habría completa identidad entre ambas condiciones, toda vez que, en tanto la discapacidad intelectual incide en la razón o inteligencia, la disipación se trataría de una debilidad o anomalía de la voluntad, vinculada al control de impulsos. Debido a lo cual, en tanto la persona con discapacidad intelectual es incapaz sin necesidad de interdicción, el disipador solo es en tanto se halla cuestionado su capacidad, pues con sus actos u omisiones produzca daño en su integridad física o patrimonial.

**VIGÉSIMO SEXTO**.- A reglón seguido, es posible precisar que los sujetos legitimados para solicitar la declaración de interdicción ya sea por causa de demencia o disipación, son personas

que tendrán como interés la protección a esos sujetos ya sea por su vinculo familiar, el deber de cuidado que deba asumir por mandato legal, decisión administrativa o resolución judicial o por mandato público, en relación con los peligros a que se hallan expuestas dichas personas, en razón de su condición, particularmente en lo que concierne a su manejo personal y a la administración de sus bienes.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.**- Que, expresado lo anterior, es posible desprender que la norma contenida en el artículo 459 del Código Civil, que establece, entre otras cosas, que *"Podrán provocar la interdicción del demente las mismas personas que pueden provocar la del disipador"* no es contraria a los Tratados Internacionales invocados, ni infringe los derechos Constitucionales aducidos por la requirente, en tanto esta declaración sea necesaria y adecuada para el bienestar de la persona a la cual se le aplique, pues sin perjuicio de efectuar la equiparación de dos condiciones médicamente diferentes, dicha configuración es el medio que el legislador previó para restringir los efectos contrarios a la persona o sociedad, que se puedan generar con sus actuaciones, solo imputables a la condición de salud mental probada en juicio.

**VIGÉSIMO OCTAVO.**- De tal modo, esta Magistratura Constitucional, ha logrado verificar que la aplicación del artículo 459, en las partes impugnadas, no infringe la igualdad ante la ley, toda vez que si bien el requirente no se encontraría en la misma situación médica que un disipador, el legislador -mediante un catálogo extenso- estableció quiénes serían los interesados en el resguardo de la persona, respecto a la administración de sus bienes e integridad, en su sentido más amplio. De tal modo, no se logra advertir dentro de la argumentación del requirente el fundamento para desvirtuar la razonabilidad del precepto, por lo cual entenderlo de una forma distinta será tratar desigualmente a una igualdad esencial, pues no media ninguna diferencia de importancia que pudiera, en razón del caso concreto, justificar un tratamiento desigual

**VIGÉSIMO NOVENO.**- Finalmente, se reconoce que en los presupuestos procesales se asegura el derecho al recurso, la proscripción de la discriminación, todo ello en el marco de las garantías de igualdad ente la ley, igual protección en el ejercicio de los derechos y debido proceso de los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución, con especial énfasis el derecho a accionar ante un tribunal imparcial y a recurrir ante un superior jerárquico de ser pertinente, lo cual instará al juez a adoptar todos los resguardos necesarios para acreditar, si fuere el caso, el grado de discapacidad y la efectiva imposibilidad de que la persona afectada pueda actuar por sí misma en la vida del derecho, así como la idoneidad de quien sea designado como curador, de ser estimado necesario.

## V. SOBRE LA SUPUESTA INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 466 DEL CÓDIGO CIVIL, EN EL CASO CONCRETO.

**TRIGÉSIMO.**- Que, en consideración a diversos principios constitucionales, entre ellos el principio general de humanidad basado en el valor de la dignidad humana, se considera que en materia de sanciones la acción del Estado no debe propender a infligir el mal por sí mismo o el mero sufrimiento de aquel miembro de la sociedad que infringió la ley, o se encuentra en una situación especial. Por consiguiente, la opción de privar de libertad al ser humano debe adoptarse solo si es estrictamente necesario, conforme al principio de legalidad y respecto de hechos que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia, y es esta parte del razonamiento la que también aplica a privaciones o afectaciones de otras libertades, como lo referido en estos autos, traducido en un verdadero estándar de acreditar necesidad de la intervención para que la misma se ajuste a derecho.

**TRIGÉSIMO PRIMERO.**- Que, en relación con la eventual aplicación del artículo 466 del Código Civil, y el supuesto efecto inconstitucional aducido por la requirente, es preciso señalar que el legislador ha previsto que "*El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo, o cause peligro o notable incomodidad a otros*". En este sentido, desde ya es posible verificar que la Ley S/N, sobre casas de locos, promulgada el 31 de julio de 1856, establece en su artículo 1 Nº 1, que *"Ninguna persona podrá ser colocada como demente en casas o establecimientos destinados a la guarda o curación de locos, sino en los casos que a continuación se expresan (…) 1º Si el demente o loco se hallare bajo interdicción, y conforme al artículo 466 del Código Civil se hubiese obtenido, a solicitud del curador u otra persona, autorización judicial para colocarlo (…)".*

De tal modo, desde una prístina y antigua legislación se previó que en situaciones calificadas se podría restringir la libertad de aquellas personas que pudieran atentar en contra de su integridad o la de otros, en razón de la condición médica que le afectare (artículo 1 Nº 4, Ley S/N, sobre casas de locos), previendo desde esa época un régimen especial para las personas privadas de libertad en dichos recintos.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO.**- Sin perjuicio de lo anterior, en una legislación posterior, incorporando estándares de garantía a las personas que se encuentran en condiciones mentales especiales, el Código Sanitario recoge la situación de la observación y reclusión de los enfermos mentales, estableciendo en su Libro VII su regulación, precisando entre otras cosas que su internación podrá ser voluntaria, administrativa, judicial o de urgencia, siendo un reglamento el cual establezca las condiciones de estos tipos de internación (artículo 131, Código Sanitario).

En este sentido, cabe hacer presente que el Reglamento Nº 570, de 1998, publicado en el Diario Oficial el 14 de julio de 2000, que aprueba el Reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que las proporcionan, se refiere a todos aquellos casos en los cuales una persona requiere de tratamiento psiquiátrico en un establecimiento especializado, ya sea de forma voluntaria o no voluntaria, y en este último caso la internación puede ser (a) de urgencia, (b) administrativa o (c) judicial. El artículo 15 del Reglamento señala que la internación judicial *"es aquella dispuesta por resolución de un Tribunal de Justicia"*. Asimismo, el artículo 9 establece que *"Para proceder a cualquier tipo de internación u hospitalización de una persona con enfermedad o trastorno mental, la medida deberá ser indicada por un médico cirujano, preferentemente que cumpla las condiciones de médico tratante que señala el artículo 6 número 7 y, solo en el evento de no existir este último en la localidad o que, habiéndolo, no sea posible su asistencia profesional, por otros médicos cirujanos. En este caso, la medida deberá ser evaluada y confirmada por un médico tratante o por el mismo, previamente asesorado por aquel, dentro de un plazo de 72 horas, de lo que se dejará constancia en la ficha clínica. Solo procederá la internación psiquiátrica cuando concurran una o más de las siguientes condiciones:*

- *Necesidad de efectuar un diagnóstico o evaluación clínica que no pueda realizarse en forma ambulatoria;*
- *Necesidad de incorporar a la persona en un plan de tratamiento no sea posible de llevarse a cabo de una manera eficaz en forma ambulatoria, atendida la situación de vida de la persona;*
- *Que el estado o condición psíquica o conductual de la persona represente un riesgo de daño físico, psíquico o psicosocial, para si misma o para terceros"*

**TRIGÉSIMO TERCERO**.- Que, la privación de libertad de una persona demente se encuentra establecida también, a propósito de la imputación de un delito, como una medida de seguridad -artículo 457, Código Procesal Penal- la cual cumple con el requisito de reserva legal para las medidas coercitivas que restringen o privan de libertad, debiendo satisfacer los requisitos establecidos en el artículo 464, en concordancia con los artículos 140 y 141, todos del Código Procesal Penal -estándar superior que el establecido en el Código Sanitario-. En igual sentido, conforme con el artículo 481 del Código Procesal Penal, se establece un límite temporal de dicha medida de seguridad.

**TRIGÉSIMO CUARTO**.- Que, en este sentido, la Ley Nº 21.331, publicada el 11 de mayo del 2021, sobre el reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental, reconoce la posibilidad de hospitalización psiquiátrica como *"una medida terapéutica excepcional y esencialmente transitoria, que solo se justifica si garantiza un mayor aporte y beneficios terapéuticos en comparación con el resto de las intervenciones posibles, dentro de un entorno familiar, comunitario o social de una persona, con una visión interdisciplinaria y restringida al tiempo estrictamente necesario"* (artículo 10). En igual orden, el artículo 13 del mismo cuerpo legal establece que "La hospitalización psiquiátrica involuntaria afecta el derecho a la libertad de las personas, por lo que solo procederá cuando no sea posible un tratamiento ambulatorio para la atención de un problema de salud mental y exista una situación real de riesgo cierto e inminente para la vida o integridad de la persona o de terceros (…) para que proceda, se requiere que se cumplan copulativamente las siguientes condiciones, que deberán constar en la ficha clínica: 1. Una prescripción que recomiende la hospitalización, suscrita por dos profesionales de distintas disciplinas, que cuenten con las competencias específicas requeridas, uno de los cuales deberá ser un médico cirujano, de preferencia psiquiatra (…); 2. La inexistencia de una alternativa menos restrictiva y más eficaz para el tratamiento del paciente o la protección de terceros; 3. Un informe acerca de las acciones de salud implementadas previamente, si las hubiere; 4. Que tenga una finalidad exclusivamente terapéutica; 5. Que se señale expresamente el plazo de la hospitalización involuntaria y el tratamiento a seguir. La hospitalización involuntaria deberá ser por el menor tiempo posible y de ningún modo indefinida, y deberá realizarse en unidades de hospitalización destinadas al tratamiento intensivo de personas con enfermedad mental (…); 6. Informar a la autoridad sanitaria competente y a algún pariente o representante de la persona, respecto de la hospitalización involuntaria, en la forma que el reglamento lo determine.

Asimismo, el artículo 14 y 15, establecen la posibilidad de revisión de la medida por el Tribunal de Familia respectivo, el cual podrá disponer en cualquier momento el alta hospitalaria inmediata, reconociendo el derecho a defensa, a impugnar la decisión, y a gozar de las demás garantías procesales.

**TRIGÉSIMO QUINTO**.- De esta forma, ya es posible verificar que el ordenamiento jurídico en diversas dimensiones previó la reclusión de personas con enfermedades mentales, en situaciones excepcionalísimas, en tanto sea el único medio necesario para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a terceros. Asimismo, la legislación ha avanzado a reconocer que, en el caso de la reclusión involuntaria, sus motivos, carácter y duración se registrarán en el historial médico del paciente, el cual deberá ser mantenido en condiciones dignas, bajo el cuidado y supervisión inmediata y regular del personal calificado (en tal sentido, la legislación chilena se adecua a los estándares previstos en la Relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas. Adoptada por la asamblea General en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991).

**TRIGÉSIMO SEXTO**.- Que, la decisión de restricción de la libertad personal de una persona que se encuentre en las condiciones establecidas en el precepto impugnado, en tanto la norma precise los requisitos de internación con un enfoque de derechos humanos, respetando su contenido sustantivo y adjetivo, no adolece de vicio alguno de constitucionalidad, pues fue el legislador quien decidió cautelar la vida e integridad de las personas con condiciones especiales, así como la de sus familias y la sociedad en general, restringiendo su libertad bajo un estatuto especial, diferente al penal. De tal forma, reconoce y protege los derechos fundamentales de las personas con enfermedad mental, en especial, su derecho a libertad personal, a la integridad física y psíquica, al cuidado sanitario y a la inclusión social, por cuanto este Excelentísimo Tribunal considera que el contenido material del precepto impugnado se adecua a la Constitución Política de Chile, y a los Tratados Internacionales suscritos y vigentes, y a las recomendaciones de la CIDH, respectivas.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, en tal orden el artículo 466 del Código Civil, no será declarado inaplicable por inconstitucional, toda vez que la característica de "adulto mayor" no es un elemento que ponderará el juez de fondo para adoptar la decisión de internación, y si ello llega a ocurrir, existen medios de impugnación previstos por el ordenamiento jurídico para revertir tal decisión. De tal forma, es posible señalar que la formulación del requerimiento no satisface el carácter concreto de la inaplicabilidad, pues no existe relación alguna entre la característica etaria del requirente y la eventual medida de internación que se podría adoptar, toda vez que los elementos a ponderar responden a una condición médica excepcional. De tal forma, los antecedentes traídos ante este Tribunal no permiten vislumbrar la supuesta dimensión de vulneración aducida.

**TRIGÉSIMO OCTAVO**.- Por los motivos expuestos, el requerimiento de inaplicabilidad debe ser rechazado.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

[...]

**SENTENCIA ROL 8872-2020.** *Publicada el 4 de marzo de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 485, 486 y 488 del código de procedimiento penal; y artículos 7°, N° 1 y N° 2, y 29, del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Jaime Lepe Orellana. en Proceso Penal, Rol Nº 38.483, Instruido por el Ministro en visita extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Santiago, Mario Carroza Espinoza.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[…]

El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurre a la presente sentencia teniendo además presente las siguientes consideraciones:

**I. POSICIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL SISTEMA DE FUENTES.**

**1°.-** Que, si bien en el Ordenamiento jurídico chileno no hay norma expresa que precise la posición específica y explícita de los Tratados Internacionales en el sistema de fuentes del derecho recogido en la Constitución vigente, es decir, en que categoría y rango jerárquico de las mismas se ubican, a través de las distintas técnicas de interpretación la doctrina y jurisprudencia han intentado despejar el humo que rodea su inserción en el ordenamiento, cuestión que permitirá develar su posición en relación a los demás derechos, en especial respecto de los tratados internacionales que se refieran a derechos humanos. Es en este sentido que cabe referirse a su alcance en el ejercicio hermenéutico realizado tanto por operadores como por la judicatura y, en lo que convoca a esta Magistratura, el control al cual pueden ser sometidos.

**2°.-** No puede preterirse que la Constitución Política es el instrumento mediante el cual se podrá precisar la existencia de otras normas – sin perjuicio que existen normas internacionales que son indisponibles en cuanto a su propia validez-, de forma tal que se reconoce la existencia de leyes, reglamentos e, incluso, Tratados Internacionales, todos los cuales se caracterizan por tener procedimientos internos para su creación y consecuente tramitación. En el caso del Tratado Internacional, será una atribución exclusiva del Presidente de la República concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del País (artículo 32 Nº 15 de la CPR) y, el congreso deberá aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación (artículo 54 Nº 1, inciso primero de la CPR).

**3°.-** Ahora bien, es dable destacar que, tras la reforma constitucional del año 2005, se incorporan dos referencias a los Tratados como fuentes de derecho interno: **(i)** corresponderá al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de Tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el Orden Jurídico chileno (artículo 54 Nº 1 inciso sexto de la CPR); **(ii)** de conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación

y la nulidad del mismo (artículo 54 Nº 1 inciso noveno de la CPR). Por cuanto, es claro que los Tratados Internacionales se insertan en el Ordenamiento Jurídico como fuente, sin embargo, las discusiones que surgirán dirán relación con la posición que ocuparán en el mismo y, los mecanismos de control a los cuales podrán ser sometidos.

**4°.-** Que, la definición acerca de la categorización de los Tratados Internacionales en el ordenamiento interno requerirá aclarar cómo el Tratado adquiere el carácter normativo en el ordenamiento jurídico del país y cuáles son los efectos normativos que se le atribuyen.

**5°.-** En el sentido de lo expuesto, desde ya es oportuno indicar que el artículo 54 Nº 1 incisos primero y cuarto de la Constitución, si bien parecieran, en una primera lectura, equiparar el objeto de un Tratado a las materias propias de ley, es imposible desconocer que las "leyes, reglamentos y los Tratados, a pesar de ser normas, son fuentes diversas y de naturaleza no intercambiables" (en este sentido ver a Núñez Poblete, Manuel Antonio. (2010). Inapplicability Judgment of International Treaties: A Study in Defense of its Rationale and Legitimacy. Estudios constitucionales, 8(2), 431-464. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200013), por cuanto para determinar el rango y naturaleza de los Tratados Internacionales, en particular aquellos que versan sobre derechos humanos, habrá que considerar que ellos no son una creación del Estado ni del constituyente, sino que el Estado a través de sus procedimientos adhiere a los pactos que reconocen principios que son inherentes al ser humano, correspondiendo al Estado sólo protegerlos y tutelarlos, constituyendo ellos un límite a la soberanía y a la potestad estatal, y por tanto sus disposiciones pasan a formar parte de la constitución material.

**6°.-** Que, el mismo legislador se aleja de la interpretación formalista al consagrar en el artículo 54 Nº 1, inciso quinto, que *"(…) las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en las formas previstas en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional" estableciendo una regla diferente a la precisada para la derogación o modificación de una ley. En virtud de ello, si bien es posible verificar una aproximación parcial de los Tratados con las leyes, ello debe entenderse referido a las siguientes cuestiones: "b1) En cuanto a su procedimiento de aprobación ante el Congreso, b2) en cuanto a la distribución de competencias entre Presidente de la República y el Congreso, respecto del procedimiento de su aprobación, en razón de la materia (tratados que recaen sobre materias de ley requieren de aprobación del Congreso, tratados que no recaen sobre estas materias no requieren dicha aprobación), y b3) en cuanto al procedimiento de control ante el Tribunal Constitucional, también en razón de la materia" ( en este sentido ver a Aldunate Lizana, Eduardo. (2010).* LA POSICIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO A LA LUZ DEL DERECHO POSITIVO. Ius et Praxis, 16(2), 185-210. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200007), debiendo precisarse que dicha asimilación no se extiende a los efectos del Tratado, ni a su posición en el Ordenamiento jurídico (Op. Cit.)

**7°.-** Que, si bien en la configuración normativa el legislador ha preferido que la eficacia de un tratado se de bajo la nomenclatura de "cumplir el tratado como ley", no debe confundirse el imperativo que surge mediante el decreto promulgatorio, con la posición del Tratado dentro de las demás fuentes, es decir, no es posible equipararla a la fuente entendida en sentido formal.

**8°.-** Con todo, planteada la discusión acerca del rango y naturaleza de un tratado, en materia de derechos humanos, es sobrevenida la pregunta acerca de la procedencia o improcedencia de la acción de inaplicabilidad en el caso concreto. Así, la acción de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad tiene por finalidad controlar "(…) un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución" (artículo 93 inciso

sexto de la Constitución), en tanto los Tratados Internacionales, como ya se ha precisado, se distinguen de los preceptos legales dada su naturaleza y efectos jurídicos.

**9°.-** A este respecto, ya el profesor Nogueira señala que *"(…) ante una eventual situación de inconstitucionalidad de un tratado incorporado al derecho interno y vigente, sólo queda el camino de la denuncia del tratado ajustado al derecho internacional, tal como lo determina el artículo 50 N° 1 de la Carta Fundamental"* (ver en Nogueira , Humberto (2005): "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en Nogueira , H. (Coord.), La Constitución reformada de 2005, Santiago de Chile, Librotecnia; p. 394). En igual sentido, la profesora y ex Presidenta de esta Magistratura Marisol Peña Torres destaca que, a propósito del control de constitucionalidad de los tratados internacionales *"(…) lo ideal es el control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales frente al control represivo o posterior"* (en este sentido ver a Peña, Marisol (2007): "Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: la experiencia chilena un año después de la reforma de 2005", en Revista de Derecho público (69), p. 498), significando ello que el intérprete deberá realizar todos los esfuerzos por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución.

**10°.-** Cabe agregar, que como lo ha señalado esta Magistratura *"(…) el ejercicio de un examen represivo de constitucionalidad de disposiciones de tratados internacionales por parte de este Tribunal Constitucional implicaría contrariar los compromisos internacionales suscritos por Chile sobre formación y extinción de los tratados, infringiendo de este modo el principio de "pacta sun servanda" consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [22] , de 1969, en relación con lo preceptuado por el artículo 54, Nº 1), de la Constitución Política de la República (…) ", cuestión que se razonó en sede de inaplicabilidad "respecto a la impugnación del artículo 14, párrafo 3, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se configura la causal de inadmisibilidad del numeral 4 del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, toda vez que una norma de un Tratado Internacional ratificado por Chile no constituye un "precepto que tenga rango legal", en términos tales que pueda promoverse a su respecto una acción de inaplicabilidad (…)"* (Declaración de Inadmisibilidad, Causa Rol 2789-15, C. 7º). De esta forma, es claro que una norma de tratado internacional no puede ser considerada como "precepto legal" para efectos del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

**11°.-** Con todo, si se discrepa de lo razonado precedentemente, o si se matiza, aceptando el control represivo de constitucionalidad de los tratados, las consecuencias para el Estado de Chile por dicho acto, como lo expresa la profesora Henríquez, serian *"(…) asumir las consecuencias de la responsabilidad; o eludirla, accionando por la nulidad del tratado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969. También, como alternativas intermedias, el Estado chileno podría concertarse con la otra parte para dar por terminado o suspendido el tratado, total o parcialmente; modificarlo en el punto en conflicto; y si el tratado lo permite denunciarlo, aunque la denuncia no surtiría efectos hasta agotado el plazo de preaviso, haciendo frente nuevamente a la responsabilidad internacional a que hubiese lugar por el periodo de inaplicación"* (ver a Henríquez Viñas, Miriam Lorena (2007). Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. Estudios Constitucionales, 5(1),119-126. [fecha de Consulta 3 de Febrero de 2021]. ISSN: 0718-0195. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=820/82050106), situación que, a su juicio, traería aparejada responsabilidad internacional del Estado, pues *"(…) la no aplicación de un tratado en un caso concreto es un no hacer, esto es no aplicar el tratado, cuando corresponde hacerlo, lo cual involucra apartarse de una o alguna de las obligaciones impuestas por el Tratado al Estado parte"* (Op. Cit.).

22 Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

## II. PROGRESIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN CHILE.

**12°.-** Una primera línea jurisprudencial establecida a partir de las sentencias roles Nºs 282 y 288, de fechas 28 de enero de 1999 y 24 de junio de 1999, respectivamente, reconoce la clara diferencia entre un tratado internacional y una norma legal en tanto fuentes del derecho, con el efecto de delimitar el control de constitucionalidad de los mismos, cuestión que se asentó en dichas sentencias hace más de 20 años.

Por otro lado, a partir de la sentencia Rol N° 309, de fecha 4 de agosto de 2000, referida al control preventivo y contencioso de constitucionalidad del Convenio 169 OIT, en un criterio no usado hasta esa fecha, este Tribunal señaló que deben distinguirse las normas de los tratados internacionales de tipo "not self executive", es decir aquellos que en la propia sentencia se definen como aquellos *"cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior"*, respecto de aquellas "self executive" o auto ejecutables. En la misma resolución se señala que este tipo de convenciones *"no pueden, por esa razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo, llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece."*.

A partir de dicha caracterización, se sostuvo que el texto del tratado no puede per se pugnar con la Constitución, cosa que sí podría ocurrir con la legislación que lo ejecuta; es decir, además del blindaje de constitucionalidad del artículo 54 de la Constitución, de seguirse tal criterio se estaría en presencia de un verdadero "trasvasije de control de constitucionalidad", desde las normas "not self executive" del tratado hacia las normas de rango legal que se requieren para implementar el cumplimiento de sus obligaciones, reduciéndose así el debate de constitucionalidad sólo a las normas de ejecución y no al convenio mismo, doctrina que es posteriormente reiterada en las sentencias Roles Nºs 383, de 5 de septiembre de 2003, 1050, de 3 de abril de 2008,1483, de 29 de septiembre de 2009, y 1988, de 24 de junio de 2011.

Así, en cuanto a las diferencias entre tratados y la ley como fuente del derecho, en la sentencia Rol Nº 288, ya aludida, se razona que "El tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes", para señalar posteriormente que *"un tratado internacional no es una ley, ni tiene jerarquía de ley, ya que el tratado es una norma de Derecho internacional, expresión de la voluntad de dos o más Estados u organismos internacionales o supranacionales, a diferencia de la ley, que es expresión de la voluntad unilateral de los órganos colegisladores de un Estado. Por ello, el tratado requiere la aprobación del Congreso, sólo para su incorporación al Derecho interno"*.

En el mismo sentido, la sentencia Rol Nº 804, de 29 de diciembre de 2007, se reconoce la importancia del principio de bonna fide y la ejecución del tratado en el marco de sus objetivos y fines. En este orden, la aludida sentencia señala que *"la regla de oro en la interpretación internacional está dada por el artículo 31 Nº 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Decreto Ley N.° 3.633, publicado en el Diario Oficial de fecha 11 de marzo de 1981), la que ordena que: "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin"*.

En concordancia con lo expuesto precedentemente, y ya en el marco del principio pacta sunt servanda, se establece en la misma sentencia lo que el deber de aplicación preferente del tratado por parte de los jueces, en un ejercicio de interpretación sistemática y armónica con la norma constitucional, en lo que podría calificarse como una verdadera relación de colaboración armónica

entre tratado internacional y normas constitucionales, al señalarse *"Que, indudablemente, el intérprete en general y el juez en particular debe realizar los mayores esfuerzos, dentro del ámbito constitucional, para procurar cumplir de buena fe las disposiciones y los fines del tratado, conciliando sus disposiciones con otras normas del Derecho Interno, prefiriendo aquellas interpretaciones que armonicen los derechos y obligaciones que del tratado internacional se derivan con el orden jurídico chileno."*

Cabe agregar a dicha argumentación, que en el catálogo de atribuciones del art. 93, cada vez que consideró necesario otorgar competencias a este Tribunal para conocer de tratados internacionales, lo mencionó expresamente, mención que no ocurre en el caso de la inaplicabilidad, al referirla solamente a preceptos legales. Por ello, es posible concluir, que citada jurisprudencia del T.C (Sentencias Roles Nºs 309/2000, 383/2003, 288/1999 y 804/2007) diferenció claramente entre tratados internacionales y la ley como fuentes del derecho.

Sobre esta materia, la sentencia más relevante es justamente la primera dictada respecto del Convenio 169 de la OIT, Rol 309, de 4 de agosto de 2000, que señala:

*"la circunstancia que un tratado deba aprobarse conforme a los trámites de una ley significa, sin necesidad de mayor demostración, que en dicha aprobación deberán observarse todas las normas que la Constitución establece para la tramitación de una ley, en cuanto resulten compatibles, de acuerdo a la preceptiva constitucional", asumiendo que se está en presencia de una asimilación procedimental y parcial, mas no sustantiva ni de posición en el sistema de fuentes, ya que "someter la aprobación del tratado a la tramitación de una ley significa, de acuerdo con una interpretación lógica, que en dicha aprobación deberán observarse, en cuanto sean compatibles como ya se dijo, no sólo los diversos pasos o etapas que se observan en la formación de la ley, sino también, necesariamente, los quórum requeridos para aprobar una ley, pues de lo contrario no podría aprobarse o rechazarse en cada una de esas etapas. En otras palabras, el quórum de aprobación de una ley, jurídicamente considerado, es consustancial a los trámites de formación de una ley, pues si se desconocen tales quórum, la ley simplemente no puede aprobarse ni desecharse, o sea, no puede tramitarse", aplicando así a las normas de los tratados las reservas materiales de quórum calificado y orgánicas constitucionales, razonando que "si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esa clase de leyes, pues de aceptarse que basta el quórum exigido para las leyes comunes en la tramitación del acuerdo aprobatorio de dicho tratado se estaría infringiendo el artículo 63, inciso segundo, de ella", por lo que "fuerza es concluir que las disposiciones del tratado – en el caso que este contemple normas de distinta naturaleza – se aprobarán o rechazaran aplicando el quórum que corresponde a los distintos grupos de ellas; pero el proyecto de acuerdo de aprobación del tratado sólo se entenderá sancionado por la respectiva Cámara Legislativa cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ella. En caso que una o más disposiciones de la respectiva Convención fuere desestimada, el proyecto de acuerdo debe entenderse rechazado como un todo.".*

Es del caso señalar que este criterio jurisprudencial fue constitucionalizado por la reforma constitucional de la Ley N° 20.050 en el año 2005 y hoy es parte del contenido de la atribución del numeral 1º del artículo 93 de la Carta Fundamental.

Continuando dicha línea acerca del iter legis y la tramitación de un tratado internacional en el Congreso Nacional, la sentencia Rol 383, de 5 de septiembre de 2003, específica que:

*"la Constitución contempla, en nexo con el proceso formativo de la ley, un conjunto de principios y disposiciones de tal modo armónicamente relacionados que, en su unidad, configuran un sistema. Pues bien, tal conjunto coherente de disposiciones, reunido principalmente en los artículos 60 a 72 del Código Político, debe entenderse que es aplicable, con idéntico vigor jurídico y en lo que sea procedente, a la aprobación de los Proyectos de Acuerdo sobre tratados por el Congreso Nacional. Así se desprende, en términos inequívocos, del artículo 50, número 1, inciso primero, de la Constitución, precepto en el cual consta, con lenguaje de significado imperativo, que "La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley."*

Por otra parte, respecto de la competencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la misma

se refiere en la Constitución a "preceptos legales", entendiendo por tales las normas que tengan fuerza y rango de ley, lo que no ocurre con los tratados.

En específico, acerca de la diferenciación entre tratado y ley, en sentencia Rol 288, de 24 de junio de 1999, el tribunal señaló que *"cabe puntualizar, en primer término, que el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes. En tal sentido, y sin entrar a profundizar el tema, pueden mencionarse algunos preceptos que decantan la distinción anotada: el artículo 5º alude a Constitución y tratados internacionales; el artículo 50 habla de someter la aprobación de los tratados a los trámites de la ley y el artículo 82, Nº 2º, en estudio, distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso", que "por otra parte, la promulgación y publicación de los tratados no está descrita en texto expreso de la Constitución, sino que obedece a una práctica impuesta por la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia, a diferencia de lo que ocurre con la ley según lo prevé expresamente el artículo 72 de la Carta Fundamental". Agrega que "dentro de nuestro ordenamiento la ratificación del tratado representa una facultad privativa del Presidente de la República que puede ejecutar con toda discrecionalidad sin tener plazo en su actuar", para señalar finalmente que "este Tribunal concluye que tratándose de los tratados internacionales el requerimiento sólo puede formularse mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso".*

*Por otro lado, con posterioridad a la reforma constitucional del año 2005, en la citada sentencia Rol Nº 804 se razona además acerca del sentido del actual artículo 54, inciso quinto, de la Constitución Política, precepto que declara que "las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional".*

Así, reconociendo las diferencias entre el tratado internacional y la ley, el Tribunal en dicha sentencia sostuvo que *"El citado inciso constitucional, cuyo origen se encuentra en la Constitución española de 1978, reconoce que la derogación, modificación o suspensión de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, se realiza en la forma prevista en los propios tratados, esto es, de acuerdo a lo pactado por los concelebrantes, dada su naturaleza convencional, o bien de acuerdo a las normas generales de derecho internacional, esto es, normas convencionales internacionales que la República de Chile ha ratificado o adherido. Los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son así normas jurídicas que gozan de una especial protección constitucional.*

*En tales circunstancias, una ley interna contradictoria con el tratado no tiene la aptitud de derogarlo, modificarlo o suspenderlo, por la simple razón de que carece de toda validez, expresando un acto jurídico que se ha producido en contravención a las formas exigidas por la Constitución.".*

A la luz de los razonamientos precedentemente transcritos se señala categóricamente que los tratados internacionales gozan de una especial protección constitucional y que una ley interna no puede afectarlos, siendo un error su asimilación a la ley en esta materia para efectos del control de inaplicabilidad.

Sin embargo, esta línea jurisprudencial aparentemente clara, se ve cuestionada por la sentencia Rol 1288, referida al control preventivo y obligatorio de las atribuciones de este propio Tribunal, en su ley orgánica constitucional, sentencia por la cual, en dividida votación de 6 a 4, este propio tribunal proclama su competencia para conocer inaplicabilidades de normas de tratados internacionales tras asimilarlas a un precepto legal para efectos del control de inaplicabilidad, a propósito de las modificaciones a su propia ley orgánica contenidas en la Ley Nº 20.381, resolvió declarar inconstitucional de una de las normas del actual artículo 84 de tal ley, que prohibía expresamente la declaración de inaplicabilidad de un tratado internacional, señalando que los tratados internacionales están comprendidos dentro del concepto de preceptos legales y que en consecuencia, su aplicación puede ser declarada contraria a la Constitución, pero impidiéndose a la vez su declaración de inconstitucionalidad abstracta de efectos erga omnes, de este modo la Magistratura Constitucional abordó formalmente el problema de la revisión

de constitucionalidad de los Tratados vigentes, destacando entre las consideraciones del voto de mayoría **(a)** La Constitución admite un doble control de los tratados, uno ex ante y otro ex post, vía declaración de inaplicabilidad (considerando 41°); **(b)** Los tratados "deben sujetarse a la Carta Fundamental" (considerando 43); **(c)** El reconocer que un tratado internacional no es lo mismo que una ley no impide que éstos puedan asimilarse y que ambos queden comprendidos en la categoría de "precepto legal". (considerandos 47°-55°); **(d)** una declaración de inconstitucionalidad de un precepto de un tratado internacional por parte de este Tribunal implicaría una vulneración a las normas del derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados, así como una infracción a las disposiciones de la Constitución Política que otorgan al Presidente de la República la conducción de las relaciones internacionales y la negociación, conclusión y ratificación de tratados internacionales (artículos 54, Nº 1º, y 32, Nº 15º, de la Constitución), pues esa declaración de inconstitucionalidad genera el mismo efecto que una ley derogatoria: expulsar al precepto legal del ordenamiento jurídico. Esta situación es diferente a la del requerimiento de inaplicabilidad, en que la norma jurídica sigue vigente, sólo que es inaplicable a una gestión judicial determinada (considerando 58°, en el mismo sentido considerando 65°); **(e)** *"si ésa fue la voluntad del constituyente, no se concilia con dicho propósito el concluir que la modificación constitucional antes mencionada eliminó el control de constitucionalidad a posteriori de los tratados internacionales que se ejerce a través de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad"* (considerando 64).

**13°.-** Que, de esta forma las disposiciones sometidas al control del Tribunal, en cuanto impedían que el Tribunal Constitucional pudiese declarar inaplicable las disposiciones de un tratado internacional vigente, fueron declaradas inconstitucionales por fallo de mayoría del Tribunal Constitucional.

A este respecto el Tribunal Constitucional declaró lo siguiente:

*"3. Que el artículo 47 B y la frase "o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente", comprendida en el artículo 47 G, inciso primero, Nº 4o, que el artículo único, Nº 57, del proyecto remitido incorpora a la Ley No 17.997, son inconstitucionales y deben eliminarse de su texto".*

En cambio, fue considerada conforme con la Constitución el inciso final del entonces artículo 47 O (que pasó a ser Art. 47 Ñ inciso 2° en el texto de la Ley N° 20.381) que dispone que en el caso del control abstracto del artículo 93 Nº 7, no podrá promoverse cuestión de constitucionalidad respecto de un tratado o una más de sus disposiciones.

En tanto, en el voto disidente, en particular en las letras p), q) y r), se precisó:

> *"p) Que una segunda modificación introducida a la norma constitucional mencionada consiste en haber agregado un inciso (el quinto actual), según el cual "las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional".*
>
> *Que, explicando el sentido de esta modificación, la señora Ministra de Relaciones Exteriores, doña María Soledad Alvear Valenzuela, expresó, en el primer trámite constitucional de la reforma de 2005, lo siguiente:*
>
> *"El texto de la Constitución regula el proceso de celebración de un tratado internacional, estableciendo las competencias de los distintos órganos del Estado en esta materia (fundamentalmente, del Presidente de la República y el Congreso Nacional), pero nada dice respecto de la derogación o modificación de un tratado, lo que ha suscitado algunos problemas de interpretación, especialmente respecto a la relación entre éstos y las leyes posteriores que se pudieren promulgar y que fueren incompatibles con dichos tratados.*

*Parece necesario, dijo, regular estos aspectos puesto que se requiere resolver claramente el problema de la primacía de los tratados internacionales en relación con las normas legales del Estado, evitando que una ley posterior pueda derogar o modificar un tratado existente.*

*Señaló que este tema debería resolverse haciendo consistente la solución de un conflicto entre normas internacionales e internas, dando primacía a las primeras, como lo establece el Derecho Internacional (artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), evitando, además, que el Estado incurra en permanentes e, incluso, a veces involuntarias situaciones generadoras de responsabilidad internacional". (Senado de la República. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 6 de noviembre de 2001, p. 332-333);*

*q) Que, como puede apreciarse, el sentido final de la disposición que hoy se contiene en el inciso quinto del artículo 54, N° 1), de la Constitución apuntaba a evitar que Chile incurriera en responsabilidad internacional si hacía primar su normativa interna por sobre un tratado vigente vulnerando las obligaciones derivadas de éste. Ello se concilia perfectamente con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, que preceptúa que: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)", lo que, junto al principio de buena fe o "pacta sunt servanda" en el cumplimiento de tales normas -consagrado en el artículo 26 de la misma Convención-, constituyen la médula de las obligaciones que un Estado contrae al obligarse por un tratado internacional;*

*r) Que podría sostenerse que la obligación de cumplir los tratados internacionales, que se traduce en que sus disposiciones pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional, sólo resulta aplicable a los órganos que intervienen en la suscripción, aprobación y ratificación de los tratados, esto es, el Presidente de la República y el Congreso Nacional.*

*Tal argumento, propio exclusivamente de un análisis de derecho interno, resulta desvirtuado si se tiene presente que la responsabilidad internacional por la comisión de un ilícito internacional es atribuible al Estado como sujeto de derecho internacional y no a órganos determinados de éste, como podría ser el caso del Congreso Nacional o de los tribunales de justicia considerados independientemente. Así se expresó en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida al caso de la película "La Ultima Tentación de Cristo" (considerando 81 de la sentencia de 5 de febrero de 2001).*

*Luego, por mucho que no sea el Presidente ni el Congreso, sino que el propio Tribunal Constitucional quien, con su actuación, produzca la derogación, modificación o suspensión de un tratado, igualmente se generará responsabilidad internacional para el Estado como un todo.*

*Así, la ubicación de la norma contenida en el inciso quinto del artículo 54, N° 1), de la Constitución no debe inducir a confusiones en el sentido anotado"*

**14°.-** Que, mediante la declaración de inadmisibilidad en la ya aludida causa Rol 2789-15, se asentó el criterio sostenido por el voto disidente de la causa precedentemente expuesta, al señalar en su razonamiento *"Que, por último, respecto a la impugnación del artículo 14, párrafo 3, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se configura la causal de inadmisibilidad del numeral 4 del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, toda vez que una norma de un tratado internacional ratificado por Chile no constituye un "precepto que tenga rango legal", en términos tales que pueda promoverse a su respecto una acción de inaplicabilidad.*

*Además, el ejercicio de un examen represivo de constitucionalidad de disposiciones de tratados internacionales por parte de este Tribunal Constitucional implicaría contrariar los compromisos internacionales suscritos por Chile sobre formación y extinción de los tratados, infringiendo de este modo el principio "pacta sunt servanda" consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, en relación con lo preceptuado por el artículo 54, N° 1), de la Constitución Política de la República"* (considerando 7º).

**15°.-** A su vez, en sentencia de inadmisibilidad Rol N° 6447, se precisó que *"sentencias definitivas emanadas de esta Magistratura Constitucional se han pronunciado al respecto, resolviendo que "precepto*

*legal" equivale a norma jurídica con rango legal, que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley*", citando al efecto las sentencias Roles N°s 1710, 1535, 1416, 1345, 1254, 944 y 626.

**16°.-** Que, entonces, no resulta razonable sostener que las normas de tratados internacionales puedan ser objeto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales, pues su rango es evidentemente distinto y superior al de la ley. A su vez, ello cobra especial relevancia al observar que este Tribunal desde hace ya más de una década ha comenzado a utilizar normas de tratados internacionales de derechos humanos como parámetro de control de constitucionalidad, o a lo menos como un elemento de juicio relevante a la hora de configurar tal parámetro de control.

**17°.-** En efecto, pueden encontrarse sentencias antiguas de esta Magistratura en las cuales los derechos contenidos en tratados internacionales son usados como parámetro de control, en específico los fallos Roles Nºs 834, de 13 de mayo de 2008, y 1340, de 29 de septiembre de 2009, en los cuales el parámetro de control de constitucionalidad es el derecho implícito a la identidad, construido a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es del caso señalar que en la sentencia Rol Nº 1340 incluso se da por infringido el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, en relación a las normas de los tratados.

**18°.-** Por otra parte, a sentencia Rol Nº 786, de 13 de junio de 2007, referida a un control preventivo y contencioso de disposiciones de la Ley de Responsabilidad Juvenil, se concluyó la constitucionalidad de la norma requerida de inconstitucionalidad utilizando la Convención de Derechos del Niño como estándar de juzgamiento. Por otro lado, especial mención merecen la sentencia de inconstitucionalidad Rol 1710, de 6 de agosto de 2010, referida al artículo 38 ter de la Ley de Isapres y la sentencia Rol Nº 1988, referida al Convenio UPOV-91, que utiliza el Convenio 169 de la OIT al razonar la constitucionalidad de las normas cuestionadas.

**19°.-** En todas las resoluciones aludidas las normas de los tratados internacionales dejan de ser objeto de control y pasan a ser parte del parámetro de juzgamiento de constitucionalidad, ya que los derechos contenidos en ellos son usados para enjuiciar la legitimidad de los preceptos impugnados en un control de constitucionalidad.

**20°.-** Además, debe tenerse presentes otras causas antiguas de este Tribunal, en las cuales las normas de tratados internacionales son, en los hechos, usadas como elementos del parámetro de control para enjuiciar su legitimidad constitucional, debiendo citarse al efecto las sentencias Roles Nºs 519, de 5 de junio de 2007 (la cual es citada cada vez que se resuelve en el fondo alguna cuestión relativa a alegaciones de prisión por deudas, por ejemplo, roles 3058, 3249, 3539, 3541), 807, de 4 de octubre de 2007, 739, de 21 de agosto de 2007 (citada y reiterado su criterio en sentencia Rol 2936) y 993, de 13 de mayo de 2008.

**21°.-** Cabe señalar que en el proceso Rol Nº 519 (en el mismo sentido, Rol 576, de 24 de abril de 2007) se señaló por el requirente que los apremios de arresto que contempla la Ley Nº 17.322 en el proceso ejecutivo de cobro de cotizaciones previsionales configuran un caso de prisión por deudas, vulnerándose el numeral 7º del artículo 19 de la Carta Fundamental, en relación con el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica, rechazándose la acción porque a en dichos tratados *"se ha aceptado la privación de libertad frente al grave incumplimiento de determinados deberes legales en la medida que estuviere envuelto el interés social y el buen funcionamiento de la comunidad, en otras palabras, el bien común, que constituye el fin que debe perseguir el Estado, tal como lo reconoce el artículo 1º de nuestra Carta Fundamental",* además de reconocer el carácter alimentario de las cotizaciones previsionales, lo que al amparo de propios tratados habilita a emitir la orden de arresto.

**22°.-** Por otra parte, en el proceso Rol 807, referido a la obligación de pagar las multas e indemnizaciones derivadas del proceso penal para poder acceder a los beneficios alternativos a la pena que contemplaba el antiguo texto de la Ley Nº 18.216, se señaló que dicha obligación configuraba un atentado a la libertad personal por la vía de la vulneración de la interdicción de prisión por deudas contemplada en el artículo 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos. La acción fue rechazada razonando que: *"En la especie, la parte requirente ha sido condenada a una pena privativa de libertad, en virtud de haber incurrido en un delito (el de manejo en estado de ebriedad causando la muerte) tipificado por una ley dictada en conformidad a la Constitución. En consecuencia, la eventual privación de su libertad física está "causada" por un hecho que no pugna con la norma del numeral 2º del artículo 7. Tampoco será el requirente eventualmente detenido por una deuda, sino por un hecho (el manejo en estado de ebriedad causando la muerte) que, en nuestra legislación, es constitutivo de delito. Si el Estado de Chile puede, sin abusar de su poder, determinar que el requirente pierda la libertad, en virtud de su responsabilidad penal, no se divisa cómo podría considerarse que abusa de su poder al establecer un sistema alternativo más beneficioso para que cumpla su condena sujeto a ciertas condiciones. El precepto de derecho internacional en cuestión no ha tenido aplicación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sirva para fijar su sentido, pero nada en su contexto o historia permite suponer que su finalidad sea la de limitar las condiciones de un beneficio alternativo a la privación de libertad. El precepto de la Convención Americana que se viene invocando es la norma internacional que establece la prohibición de prisión por deudas del modo más extenso entre sus análogas, pues el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea se limitan sólo a prohibir la privación de libertad en virtud del incumplimiento de obligaciones contractuales. Tales normas han permitido se discuta la procedencia de que sanciones de multa puedan, en caso de no satisfacerse, devenir en penas corporales, pero nunca, que sepamos, ni que las partes nos lo hayan invocado, han sido utilizadas para objetar condiciones pecuniarias de sistemas alternativos a la cárcel."*. Es decir, se usa no sólo la norma del tratado como parámetro de control, sino que además se evidencia que lamentablemente no hay interpretación de autoridad que permita darle un sentido único para poder utilizarlo en el ejercicio de control de inaplicabilidad.

**23°.-** En otra materia, en los procesos Roles Nºs 739 y 993 se denunciaba como derecho fundamental infringido el principio de inocencia en materia penal, en el marco de lo cual los tratados internacionales de derechos humanos son citados como una de sus fuentes, señalándose que: *"la Constitución Política no lo consagra explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas.*

*En tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile sí aparece reconocido formalmente.*

*La Convención Americana sobre Derechos Humanos –"Pacto de San José de Costa Rica"–, en el artículo 8.2, dispone que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras Mno se establezca legalmente su culpabilidad" y que "durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas" que enuncia.*

*A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.2, reitera que "toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".* Cabe señalar que en dichas sentencias se realiza el ejercicio de control desde ese parámetro, haciendo suyo este tribunal el derecho internacional de los derechos humanos.

**24°.-** En la era actual de este Tribunal pueden citarse diversas sentencias que utilizan el derecho internacional como elemento de juicio para razonar acerca del control realizado por esta Magistratura, como por ejemplo la sentencia Rol N° 8614, expedida recientemente el 12 de noviembre de 2020, que refiriéndose a materias de conservación y extracción de recursos pesqueros, en su cons. 8°, 20° y 48° razona invocando la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 para justificar la legitimidad de la normativa referida a las

limitaciones procedimentales a la extracción de jibia, utilizando además como elemento de juicio normas de tratados internacionales que no necesariamente se refieren a derechos humanos.

En el mismo sentido, en la STC Rol 2422-13, este Tribunal, conociendo del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, consideró integrados los derechos fundamentales convencionales a los constitucionales *"Que, en razón de lo afirmado, también se debe considerar infringido el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, invocado por el requirente, toda vez que la aplicación del precepto impugnado, en la gestión pendiente de que se trata, vulnera asimismo la obligación que pesa sobre los órganos del Estado de respetar y promover los derechos que emanan de tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, como es el derecho a la honra reconocido en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"* (STC Rol 2422-13, c. 21º), utilizando nuevamente normas convencionales como parámetro de juicio.

En el mismo orden de ideas, en el año 2014, conociendo de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5º del Código de Justicia Militar, en la causa Rol 2492-13, este Tribunal introduce la integración de los estándares internacionales sobre derechos fundamentales "Que en el examen para acoger este requerimiento tendrá un papel significativo el establecimiento de nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile" (STC Rol 2492-13, c. 17º), en un razonamiento que no puede entenderse desvinculado del caso Palamara Iribarne y los estándares que en el fijó la Corte Interamericana de derechos Humanos.

Posteriormente, el año 2016, a propósito de la causa Rol 2955-16, referida al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, que establece una discriminación arbitraria entre los hijos cuyo padre fallece previo a su nacimiento o, si el padre o madre fallecen dentro de los 180 días siguientes al parto y, aquellos hijos cuyo padre o madre fallecen después de vencido el plazo, el Ministro Sr. Pozo, señala en su disidencia *"Que, la doctrina sostenida por esta Magistratura, apunta a que el derecho a la identidad personal forma parte de los derechos esenciales a la naturaleza humana que el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, impone como límite de la soberanía y como deber de todos los órganos del Estado, incluida esta Magistratura, de respetarlos y promoverlos, ya estén asegurados en la Constitución o en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes"* (STC ROL 2955-16, considerando 4º del voto disidente del Ministro Sr. Nelson Pozo), reubicando la discusión sobre la fuerza y rango de los tratados sobre derechos humanos.

A reglón seguido, es posible destacar en la causa Rol 4310-18, el voto disidente de los Ministros Sres. Gonzalo García y Domingo Hernández, quienes precisaron, entre otras cosas, que *"(…) los tratados internacionales establecen criterios objetivos, obligaciones estatales y finalidades de sentido a la pena de privación de libertad"* (STC Rol 4310-2018, considerando 8º del voto disidente de los Ministros Sres. García y Hernández), precisando con ello que el derecho internacional de los Derechos Humanos establece límites en el orden interno.

A este respecto, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado *"Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República, estatuye que el ejercicio de la soberanía aparece limitado por 'los derechos esenciales de la persona humana' siendo 'deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes'. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes Nº 446, sección criminal, página 2066),*

*aun en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún óórgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5º, sino también del 1o, incisos primero y cuarto, y 19, Nº 26º, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1o común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer cumplir el derecho internacional humanitario. La soberanía interna de nuestra Nación reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza del hombre, que constituyen valores superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluso el Poder Constituyente, lo cual impide que sean desconocidos aun por gobiernos de facto" (Corte Suprema, sentencia Rol No 8314-2009, de 27 de enero de 2011, en recurso de casación en el fondo. Considerando vigésimo),.*

**25°.-** Desde esa perspectiva, además de todo lo mencionado no puede dejar de destacar que acoger un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de tratados internacionales encierra una gran paradoja, cual es habilitar a tener tales normas como parámetro de control y como objeto de control al mismo tiempo, en un estado de incerteza jurídica agravado respecto de la posición de las mismas en el sistema de fuentes.

**26°.-** Finalmente, no puede perderse de vista que el denominado Estatuto de Roma es un tratado internacional referido a deberes del Estado en materia de derechos humanos, cuales son los de verdad y justicia, en términos de investigación y sanción eficaz de vulneración de crímenes en materia de violaciones de derechos humanos, de manera tal que declarar su inaplicabilidad por inconstitucionalidad sería la negación misma de lo dispuesto por el artículo 5°, inciso segundo de la Constitución vigente. Sin perjuicio de ello, la determinación vigencia y eficacia en el tiempo de las normas de tratados internacionales para su aplicación en un caso concreto es una cuestión propia de las atribuciones de los tribunales del fondo de la gestión, de la misma forma que lo es respecto de la legislación, encontrándose tales materias fuera de las atribuciones de esta Magistratura.

# 2. Principio de legalidad y juridicidad.

**SENTENCIA ROL 8452-2020.** *Publicada el 9 de julio de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 71 de la ley N° 19.070, que establece el estatuto de los profesionales de la educación, y del artículo 1°, inciso tercero, en relación con el artículo 485, ambos, del Código del Trabajo. Ilustre Municipalidad de Pinto. En proceso RIT T-118-2019, RUC 19-4-0233253-3, sobre denuncia por vulneración de Derechos Fundamentales con ocasión del despido, seguido ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán.

**VOTO DE MAYORÍA**

[…]

**I. ANTECEDENTES PRELIMINARES.**

**PRIMERO**.- Que, la requirente, Ilustre Municipalidad de Pinto, indica haber sido demandada por doña Irenia del Carmen Sepúlveda Ortega, ex docente dependiente del Departamento de Administración de Educación Municipal de Pinto, en procedimiento por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, pago de indemnizaciones y prestaciones laborales, indemnización por daño moral y lucro cesante.

**SEGUNDO**.- La denunciante, por otra parte, argumenta que la Ilustre Municipalidad habría incurrido en vulneración a sus derechos fundamentales con ocasión de la terminación de su relación laboral, argumentando que tal decisión es corolario de la instrucción y afinamiento de un sumario administrativo, que se habría producido con vulneración de sus garantías constitucionales al representar, en síntesis, una represalia desencadenada por acciones judiciales previas impetradas por aquella, en contra del órgano Municipal, entre otras alegaciones sobre supuestos actos de discriminación arbitraria dirigidos en su contra.

**TERCERO**.- Que, en autos el requirente opuso excepción de incompetencia absoluta, subsidiariamente contestando demanda principal y subsidiaria, negando los hechos y alegaciones de la denuncia haciendo presente el apego irrestricto a la legalidad en la tramitación y afinamiento del Sumario Administrativo incoado por el Decreto Alcaldicio N° 2290, de fecha 04 de mayo del año 2018, en virtud del cual el Sr. Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Pinto resolvió aplicar a la denunciante la medida disciplinaria de terminación de la relación laboral, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 72 letra c), de la Ley 19.070, mediante Decreto Alcaldicio N° 4.519, de fecha 09 de octubre del año 2019.

**CUARTO**.- Que, en este sentido, el requirente solicita que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 71 de la Ley Nº 19.070, que establece el Estatuto de los Profesionales de la Educación, y del artículo 1, inciso 3º, en relación con el artículo 485, ambos del Código del Trabajo.

**QUINTO**.- El actor sostiene que, con la aplicación de los preceptos cuestionados, se contravienen los principios de supremacía constitucional, juridicidad y de legalidad dispuestos en la Carta Fundamental, en cuanto los integrantes de diversos órganos del Estado, incluyendo a los integrantes del Poder Judicial, deben obrar dentro de la órbita de sus competencias y atribuciones que le ha conferido la ley. En la especie, los Tribunales de trabajo han incumplido dicho mandato constitucional, arrogándose facultades fuera de su competencia, al aplicar las normas en cuestión,

destinadas exclusivamente a los trabajadores cuyos servicios se prestan en virtud de un contrato de trabajo, a personal de la Administración del Estado, sometida a la normativa de la Ley N° 18.834.

**SEXTO**.- En el mismo sentido, expresa que con ello se infringen los artículos 6°, 7°, 38, 65, inciso cuarto, y 77 de la Carta Fundamental. Las disposiciones cuestionadas han servido como fundamento legal para que el Tribunal de la Instancia acogiera a tramitación la demanda/denuncia bajo las reglas del procedimiento de tutela laboral y ha servido de base para el pronunciamiento de una serie de resoluciones judiciales dentro del proceso, toda vez que el Juzgado del Trabajo de Chillán ha entendido que lo dispuesto por el artículo 71 de la Ley 19.070 y el inciso tercero del artículo 1° del Código del Trabajo habilitaría a los jueces de la instancia a dar aplicación supletoria al procedimiento de tutela laboral regulado por el artículo 485 del Código del Trabajo.

## Sobre la delimitación del conflicto sometido a esta Magistratura.

**SÉPTIMO**.- Que, desde ya resulta oportuno precisar que la sentencia de inaplicabilidad no es la sede para verificar un control abstracto y general sobre la preceptiva impugnada ni las limitaciones y alcances que establece el legislador acerca de la Tutela de derechos fundamentales de los trabajadores. Al contrario, *"(…) el control de inaplicabilidad es una acción que tiene por objeto declarar que un precepto legal invocado como norma de aplicación decisiva en un caso concreto en litis, es o no contrario a la Constitución y que, en consecuencia, no puede ser aplicado por el Juez que conoce del asunto cuando el requerimiento sea acogido"* (PICA FLORES, Rodrigo. (2010). Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: Los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional. Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 33). Por cuanto, el análisis de este sentenciador se restringirá a la aplicación del precepto impugnado al caso concreto, precisando determinar si en la aplicación de las normas que se intentan inaplicar, se satisface el estándar constitucional en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva e igualdad ante la ley, normas y principios que no deberían ser vulneradas de aplicarse la regla de término de la relación laboral, precisada en el artículo 72 letra c), del Estatuto de los profesionales de la Educación, debiendo ser este suficiente para resguardarlas en la hipótesis que plantea el presente caso.

## Acerca de la competencia del Tribunal de Fondo.

**OCTAVO**.- Que, en este sentido se hace presente, que el requirente, como consta a foja 08, invoca como norma vulnerada los artículos 6 y 7 de la Constitución, en relación a los principios de legalidad y juridicidad en relación a la competencia del tribunal que conocerá del asunto. En este orden, cabe hacer presente que es inidóneo en este caso concreto emplear estos principios para inaplicar normas laborales en el caso concreto, toda vez que el examen de la determinación de los casos y formas establecidos por la ley para la concurrencia de los presupuestos de actos procesales es parte de la esencia de la actividad jurisdiccional en el marco del examen de legalidad y de la subsunción del proceso en la legislación correspondiente y, en el caso concreto, del proceso seguido por el tribunal que conoce de la gestión invocada, por cuanto la competencia para conocer de esta u otra materia, es un asunto propio de una discusión acerca del sentido y alcance de las normas legales de competencia y, por tanto deberá ser resuelta por el juez de fondo.

**NOVENO**.- Que, en el mismo sentido, según consta de los antecedentes acompañados en el caso de marras, la requirente de autos dedujo ante el Tribunal Excepción de incompetencia absoluta.

Asunto que fue conocido por el juez de fondo, y sería resuelto en sentencia definitiva, como consta a foja 245, lo cual confirma que la discusión de la competencia en dicho proceso es propia del juez del fondo .

**DÉCIMO**.- Así, por otra parte en lo relativo a la competencia del tribunal del fondo para conocer causas de tutela de derechos laborales de funcionarios regidos por estatutos especiales, como en el caso de autos por el estatuto docente, debe tenerse presente que la discusión acerca de ella en nuestro sistema jurídico también está marcada generalmente por un conjunto de elementos que son propios de la órbita de la legalidad y no de la constitucionalidad. De esta forma, en resolución de inadmisibilidad Rol N° 2353 se señaló que *"la competencia de los tribunales es, en nuestro sistema constitucional, una materia propia de ley según los artículos 7°, 19, numeral 3°, y 76 de la Carta Fundamental. En dicho marco, la discusión acerca de la competencia que expresamente se asigne a cada tribunal en función del factor territorio es una materia propia de las atribuciones de judicatura ordinaria, y la aplicación de las normas que la regulen corresponde a una materia propia de la competencia de los jueces del fondo, escapando a la órbita de atribuciones de esta Magistratura"*, cuestión que también es predicable acerca de la discusión sobre la competencia que expresamente se asigne a cada tribunal en función del factor materia, todo lo cual se encuentra específicamente establecido en la ley.

**UNDÉCIMO**.- Además, en la resolución de inadmisibilidad Rol N° 2490 se señala expresamente que *"(…) la determinación de la competencia de los tribunales en un caso concreto es, en nuestro sistema constitucional, una materia propia de ley según los artículos 7°, 19, numeral 3°, y 76 de la Carta Fundamental. En dicho marco, la discusión acerca de la competencia que expresamente se asigne a cada tribunal en función del factor materia es un asunto propio de las atribuciones de la judicatura ordinaria, y la aplicación de las normas que la regulen corresponde a la órbita de atribuciones de los jueces del fondo, escapando al conjunto de potestades de esta Magistratura"*. Es decir, la ley de competencia debe ser interpretada por el tribunal del fondo y no por este Tribunal, todo lo cual determina que decae la alegación de infracción al artículo 77 de la Constitución, que sí estaría infringido al no haber tribunal competente, lo cual además sería una infracción a su artículo 76 al sustraer un conflicto del conocimiento de los tribunales y a su artículo 19 numeral 3° al denegar el derecho de acceso a la acción y al proceso jurisdicconal .

**DUODÉCIMO**.- Que, lo expresado anteriormente no constituye un caso aislado, sino una constante y explícita línea jurisprudencial de esta Magistratura, que es determinante a la hora de especificar la identificación de los conflictos que pueden y los que no pueden ser sometidos a su conocimiento y resolución. A propósito de de ello, la jurisprudencia de esta Magistratura ha sido clara en señalar, por ejemplo, que *"es facultad privativa de los jueces de la instancia determinar las leyes con arreglo a las cuales deben pronunciar sus fallos, naturalmente en contrapunto con los derechos que recoge la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigente"* (roles Nºs 503, considerando 9°; 513, considerando 7°; 796, considerando 27°; 976, considerando 16°; 1532, considerando 7° y 2815, considerando 8°).

En ese mismo sentido, se ha razonado que *"la determinación del sentido y alcance del precepto impugnado en los procesos seguidos ante los jueces del fondo no es una materia propia de esta jurisdicción constitucional, dado que esto último importa una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces de fondo. Se trata, por ende, de un conflicto que no se encuentra dentro del marco de atribuciones de este órgano de jurisdicción constitucional"* (entre otras, roles N°s 2465 y 3588).

**DECIMOTERCERO**.- Que, adicionalmente, la actividad de interpretación de la ley ha sido excluida expresamente del objeto específico del control de inaplicabilidad por la misma jurisprudencia de inadmisibilidad, al señalar que *"(…) el Tribunal Constitucional sólo ha sido*

*autorizado por la Carta Fundamental para efectuar el control de constitucionalidad concreto de los preceptos legales objetados y, por consiguiente, no ha sido llamado a resolver sobre la aplicación e interpretación de normas legales, cuestión que, de conformidad a la amplia jurisprudencia recaída en requerimientos de inaplicabilidad, es de competencia de los jueces del fondo"* (entre otras, STC Rol N°s 2775 y 3588).

Por otra parte, la aplicación del artículo primero del Código del Trabajo y la determinación de su órbita de eficacia en la interpretación que los sentenciadores hagan, en el caso concreto, es lo que determinará finalmente la competencia del Tribunal del Trabajo por factor materia en el caso específico, pues la misma se encuentra regulada en el artículo 420 del mismo ramo, que debe ser entendido en su relación con el estatuto docente. En casos como el sub lite, la resolución de una eventual cuestión de incompetencia por materia en general podrá ser abordada por el sentenciador después de conocer de los antecedentes y hechos de la causa, y realizar la subsunción de los hechos en la legislación correspondiente, motivo por el cual la calificación jurídica de los hechos es una cuestión de fondo, regulada especialmente como causal de nulidad en la letra c) del artículo 478 del Código del Trabajo. Por tanto, desde ya se desestima en esta parte el argumento del requirente (desarrollado a foja 09 y siguientes) vinculado a la eventual incompetencia del Tribunal que conoce de la gestión pendiente, por tratarse de un asunto de interpretación de ley que deberá ser resuelto por el juez de fondo.

## II. ALGUNAS REFERENCIAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y SU DESARROLLO EN CHILE.

**DECIMOCUARTO.**- Que, con el proceso de positivación, los derechos fundamentales pasan a ser un subsistema dentro del sistema jurídico, inserto y sistematizado dentro del Ordenamiento Jurídico. Así, siguiendo a Peces-Barba Martínez *"(…) los derechos fundamentales son la prolongación subjetiva de los valores superiores y los principios de organización y de interpretación, su prolongación objetiva, pero solamente los derechos forman un subsistema, con los rasgos que permiten identificarlos como tal, mientras que no ocurre lo mismo con los principios que se dispersan y se esparcen por diversos subsistemas, con los rasgos que permiten identificarlo como tal, mientras no ocurre lo mismo con los principios que se dispersan y se esparcen por diferentes subsistemas, como normas básicas o de cierre de los mismos (…) o como criterios de interpretación*" (Peces-Barba Martínez, Gregorio (2014), Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General, Madrid, España, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, p. 359). En ese mismo sentido, el autor expresa que *"(…) respecto de los derechos fundamentales hay que decir que, en su función objetiva, actúan como si fueran principios de organización o de interpretación*". (Op. Cit.)

**DECIMOQUINTO.**- Que, en tal sentido, los derechos fundamentales, que son un subsistema abierto y expansivo, derivado de principios y valores, orientados a alcanzar el mayor estándar posible de la dignidad humana, deben ser comprendidos de manera interdependientes, reconociendo la implicación de unos en otros, sin que las normas que a ellos se refieran, sean de consagración, garantía o limitación, puedan ser interpretadas aisladamente, al estar insertas dentro de un sistema jurídico que consagra a los derechos fundamentales y a la servicialidad del Estado como valores fundamentales (artículos 1° y 5° de la CPR), de lo cual deriva que debe ser comprendido como un sistema de garantía de derechos, que por ende ha de ser orgánico y sistemático.

**DECIMOSEXTO.**- Que, en el mismo orden, es necesario recordar tras la segunda guerra mundial se han fortalecido los sistemas de protección de derechos en las sociedades democráticas, replanteándose el rol del Estado y la extensión de sus funciones en pos de alcanzar el mayor

estándar de dignidad y realización - material e inmaterial- de las personas. Cuestión, que ha significado un debate inacabado sobre el reconocimiento de derechos fundamentales y sus titulares, asunto que se ha visto profundizado por las exigencias de las personas y el cumplimiento de deberes internacionales del Estado. Así, por ejemplo, el proceso recién referido estableció, progresivamente, la determinación de categorías de sujetos que son titulares de derechos específicos – reconociéndose la condición de mujer, de anciano, de niños, trabajadores, entre otros- primeramente en Convenciones Internacionales que fueron suscritas y que generaron obligaciones para Chile, así como fue en el caso de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer (ratificada el 07 de diciembre del año 1989); la Declaración de Derechos del Niño (ratificada el 13 de agosto del año 1990); la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (ratificado el 21 de marzo del año 2005); la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ratificado el 29 de julio del año 2008), entre otros. A ello debe sumarse el reconocimiento determinado de los derechos fundamentales de la órbita laboral, además del derecho a la tutela judicial efectiva.

**DECIMOSÉPTIMO**.- Que, el ejercicio de la función pública ha tenido una evolución directamente proporcional al rol del Estado en la Sociedad chilena, así es posible vislumbrar el auge del empleo público en el siglo XX. En tal sentido, en se señala que *"Esta situación probablemente responde a la conformación de la llamada República Oligárquica, y luego a la fase desarrollista que adquiere el Estado de Chile, en cuyo eje los derechos sociales (educación, salud y vivienda) asoman con fuerza. Con ello, un Estado que nació como Estado-Nación empieza a desarrollarse de manera mucho más potente y el funcionario público se hace más importante. Se trata de una definición política en cuanto al tipo de sociedad que se estaba construyendo y el rol que tenía o no tenía el Estado. Un Estado protagonista, un Estado desarrollista significaba tener más cantidad de funcionarios públicos y eso es bastante notorio entre 1930-1967".* (Durán Sanhueza, G. (2017). Inserción Laboral en el Sector Público en Chile: contratos y calidad del empleo. En Empleo Público en Chile: ¿Trabajo decente en el Estado? Apuntes para el debate. Yáñez, S. y Rojas, I. (Eds.). Santiago de Chile: FLACSO-Chile. p. 29)

**DECIMOCTAVO**.- Que, en tal contexto es posible constatar consecuencias en la regulación del estatuto de quienes desempeñan servicios para el Estado, pues pronto las dotaciones de planta serán insuficientes y el número de funcionarios se incrementará mediante la irrupción de formas flexibles de empleo público, lo cual implicará que porcentualmente habrá una disminución en la dotación de "planta" fija y permanente de los Servicios, en contraposición a la creación de cargos y plazas bajo las denominaciones y modalidades conocidas como a *"contrata"* e incluso la transformación en permanentes de los servicios a *"honorarios"*, realidad que se incrementa fuertemente en los últimos años, y que si bien es el corolario de una decisión de Estado, revela que la categoría de protección correspondiente a los funcionarios públicos, en tanto estatuto especial, debe ser revisada con particular atención, pues todos ellos ejercerán relaciones laborales especiales más allá de lo que formalmente se reconozca y, en la prístina concepción del funcionario público, ellos ostentaban *"(…) además de su condición de servidores públicos ciertos condicionamientos misionales (…)"* (Gil García, L. M., García Coronado, G., & Esteban García, R. H. (2009). Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto. Prolegómenos, 12(23), 177-192. https://doi.org/10.18359/prole.2503), situación que denotaba una relación de sujeción especial entre los servidores y el Estado, que parecería justificar la restricción de determinados derechos fundamentales, concepción que se ha ido trasladando a una vertiente más garantista, por la vía de asimilar algunos elementos de conformidad con el principio de no discriminación y

además con al efecto horizontal de los derechos fundamentales, que será reconocido expresamente en las relaciones laborales en Chile, en los artículos 2° y 5° del Código del Trabajo.

**DECIMONOVENO**.- A pesar de ello, se constata una la dispersión de regímenes jurídicos en la función pública, pues además de planta, contrata y honorarios, existen estatutos especiales y áreas de vigencia del Código del Trabajo, panorama en el cual se ha devenido en una precarización del empleo público, dado que de un modelo general de estabilidad en la función pública, en los hechos se pasó a un sistema de transitoriedad e inestabilidad, de los regímenes de contrata y honorarios, determinado por la decisión de permanencia del Jefe Superior del Servicio, en la medida que es altísima la dotación de honorarios y contrata en todo tipo de funciones.

**VIGÉSIMO**.- Que, la *"constitucionalización del derecho"* (LATHROP, FABIOLA. (2017). CONSTITUCIONALIZACIÓN Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO DE FAMILIA CHILENO. Estudios constitucionales, 15(1), 329-372. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100011), ha traído como consecuencia la irradiación de los derechos fundamentales en todo el Ordenamiento Jurídico, resignificando, entre otras definiciones. A este respecto, en la "*calidad especial de funcionarios públicos", ahora su función debe ser comprendida sobre la base del respeto de la dignidad de sus titulares y el principio de legalidad en el sistema administrativo, por cuanto a partir de este concepto el "(…) Estado únicamente puede limitar o restringir dichos derechos conforme a la ley en aras de satisfacer las tareas estatales de seguridad, regulación y garantía de la libertad"* (como se cita en Díaz Alcocer, C. 2019. P. 24), lo cual implicará que en su vínculo jurídico con la administración no solamente estará presente el estatuto administrativo en la órbita de la legalidad, sino que también se verá marcada por la expansión en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos, de lo que deriva que su limitación deberá ser razonablemente fundada y, en consecuencia, sin perjuicio de que las limitaciones puedan eventualmente ser legítimas, deberán propender medios idóneos de tutela, que permitan dar eficacia a dichos derechos, lo que significa no vulnerar el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva por la vía de denegar los derechos a la acción y al libre acceso a la jurisdicción por la vía de no establecer tribunal competente o sostener que el establecido en primer término no lo sería finalmente.

**VIGÉSIMO PRIMERO**.- Que, en ese sentido, si se entra a calificar la interpretación del alcance de la acción de tutela en sede laboral, en una perspectiva de derechos fundamentales, es en primer lugar una manifestación de tutela judicial efectiva y en segundo término una garantía jurisdiccional de otros derechos fundamentales, conceptualización que obligaría a entender que el estatuto legislativo es regulación de un derecho fundamental afecto a los contornos y mandatos de la garantía constitucional del contenido esencial de los derechos, por lo que sus limitaciones son excepcionales y será un deber preferente de los órganos del Estado la interpretación más favorable, por estar en la órbita de los derechos fundamentales, lo cual además deriva , del deber de promoción de los mismos por parte del Estado (art. 5°, inciso segundo, de la Constitución Política), vedando las interpretaciones restrictivas tendientes a la ausencia o minimización de la garantía.

**VIGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, de tal forma, en una perspectiva estrictamente constitucional, no puede prescindirse en este caso del denominado "efecto horizontal de los derechos" (Aguilar Cavallo, Gonzalo, & Contreras Rojas, Cristian. (2007). El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile. Ius et Praxis, 13(1), 205-243. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000100008), que tiene por consecuencia reconocer que los derechos fundamentales no solo son oponibles al Estado, sino

también a particulares. En el caso sub lite, el estatuto de vigencia de los derechos fundamentales tiene la particularidad de incorporar las dos dimensiones, pues si bien los profesionales de la Educación municipal en su relación funcionaria son servidores públicos de un municipio, y a la vez están regidos supletoriamente por el Código del Trabajo, lo que se traduce en que la eficacia horizontal que dicho cuerpo legal determina para los derechos fundamentales también los cubre, por lo que en el caso concreto debe observarse que la inaplicabilidad de las normas del Código del Trabajo es justamente un retroceso y una privación sobrevenida de garantía de derechos fundamentales, ya que la gestión invocada es justamente una tutela de derechos fundamentales y el efecto de la inaplicabilidad buscado por la requirente es que el tribunal del fondo no pueda conocer de la tutela y del conflicto iusfundamental.

En ese sentido, el Derecho del trabajo ha tenido un avance sustancial en las últimas décadas, hacia su encuentro con el sistema de derechos fundamentales, pues en coherencia con sus principios orientadores, entendibles como mandatos de optimización, ha propendido a equilibrar la ineludiblemente desigual y asimétrica relación jurídica entre el empleador y el trabajador, reconociendo a este último como la parte más débil del vínculo contractual, por lo cual en coherencia el legislador ha reconocido y garantizado el contenido mínimo de los derechos fundamentales inherentes a la relación contractual, para asegurar que su sustanciación se desarrolle en condiciones de dignidad. De este modo, la Ley Nº 20.087, 2005, estableció el procedimiento de tutela laboral, de naturaleza cautelar, con el objeto de *"(…) contar con procedimientos jurisdiccionales, particularmente en el orden laboral, que se caractericen por la celeridad, la inmediatez y la concentración, lográndose en ellos importantes niveles de pacificación de las relaciones laborales y, por sobre todo, alcanzándose un alto nivel de legitimidad entre los justiciables, que ven en los órganos jurisdiccionales un medio adecuado para canalizar los conflictos y lograr la plena efectividad del derecho"* (Mensaje de S.E. el Presidente de la República, con el que inicia un Proyecto de Ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro v del Código del Trabajo. Fecha 22 de septiembre, 2003. Mensaje en Sesión 2. Legislatura 350).

**VIGÉSIMO TERCERO.**- Que, el procedimiento recién referido parte de la premisa de la existencia de una relación laboral -caracterizada por una relación de subordinación y dependencia, que tiene como fuente un Contrato de Trabajo- agregándose que el proceso puede ser iniciado por el trabajador, la Inspección del Trabajo o una Organización Sindical, que tome conocimiento de la vulneración de derechos fundamentales de un trabajador, para lo cual bastará que realice la denuncia del hecho en el Tribunal competente, en un contexto de impulso procesal de oficio, que reconoce consagración expresa en el Código del Trabajo.

**VIGÉSIMO CUARTO.**- Que, en este punto se ha arribado una de las preguntas que han atraído en el último tiempo a la doctrina y jurisprudencia, esto es, el incentivo a develar ¿cuál es la situación jurídica de aquellas personas que se encuentran bajo un vínculo de subordinación, pero cuya fuente no surge de un Contrato de Trabajo, sino de una relación jurídica de derecho público o estatutaria con algún órgano del Estado? Esta es la situación de los Funcionarios Públicos, donde la administración asume una posición de potestad y el funcionario de sujeción, que es concretada en el cúmulo de obligaciones y cargas que le empecen, más allá de las que existe en una relación entre privados.

En este sentido, siguiendo a Rolando Pantoja B., y a Cecilia Díaz A., debe tenerse presente que la relación jurídica de los funcionarios de la Administración con los órganos del Estado no proviene de una convención celebrada entre las partes, sino que de un acto unilateral de nombramiento, mediante el cual se incorpora el sujeto a la administración pública, deviniendo

derechos y deberes otorgados por estatutos especiales, ya sea la Ley Nº 18.834, que aprueba estatuto administrativo, o como en el caso sublite, la Ley Nº 19.070, sobre el estatuto de los profesionales de la educación, que, prima facie, no configura un vínculo de fuente convencional.

» **Del artículo 1 inciso 3º del Código del Trabajo:**

**VIGÉSIMO QUINTO**.- Que, sin perjuicio que el tema recién referido es trascendental, en este caso, dada la naturaleza de la acción deducida, deberá ser acotado a la situación jurídica de la funcionaria denunciante, en el contexto de la protección a sus derechos fundamentales, pues desde ya se pueden advertir materias en las cuales se excluye de la protección de un determinado derecho al funcionario, sin perjuicio que, como contra excepción a lo preceptuado en el artículo 1 inciso 2º del Código del Trabajo *"(…)Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial (…)", a lo cual se agrega que en su inciso 3º, se establece que "(…) Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos (...)"*, en una regla de aplicación supletoria, que permite observar que, a falta de garantía jurisdiccional, el estatuto docente nada señala y que, además, el Código del Trabajo si contempla un régimen especial de acceso a la jurisdicción.

**VIGÉSIMO SEXTO**.- A mayor abundamiento, el artículo 71 cuestionado, determina adicionalmente otra regla adicional de aplicación supletoria, que se suma y confirma la del inciso tercero del artículo 1° del Código del Trabajo, por lo cual la pertinencia de la tutela laboral es doble, lo que despeja todo tipo de dudas, pues el propio estatuto docente se remite expresamente al Código del Trabajo. Si fuese pertinente determinar si la remisión a dicho Código es o no limitada como para excluir la tutela, cabe señalar dos cosas:

» es supletoria, y no se regula garantía jurisdiccional especial en el estatuto administrativo, y

» Si alguna parte del Código está excluida, el precepto lo señaló expresamente al dejar fuera de la remisión a la negociación colectiva, por lo que no cabe deducir "exclusiones implícitas" o agregar texto a la ley donde no lo tiene.

## III. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EFECTO IRRADIANTE DE LA LEGISLACIÓN LABORAL EN SU FAZ PROTECTORA, COMO NORMA SUPLETORIA EN LA REGULACIÓN ESTATUTARIA.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el Nº 3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente. (STC 792 c. 8) (En el mismo sentido, STC 815 c. 10, STC 946 cc. 28 a 33, STC 1046 c. 20, STC 1061 c. 15,

STC 1332 c. 9, STC 1356 c. 9, STC 1382 c. 9, STC 1391 c. 9, STC 1418 c. 9, STC 1470 c. 9, STC 2042 c. 29, STC 2438 c. 11, STC 2688 c. 5, STC 2701 c. 10, STC 2697 c. 17, STC 376 cc. 29 y 30, STC 389 cc. 28 y 29, STC 2895 c. 7, STC 5962 c. 13, STC 4018 c. 9, STC 5674 c. 9).

**VIGÉSIMO OCTAVO.**- Que, de esta forma, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión. Por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y por la otra, sustantiva, pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho. (STC 815 c. 10) (En el mismo sentido, STC 1535 c. 19, STC 2701 c. 10, STC 2895 c. 7, STC 4018 c. 9, STC 6178 c. 4).

**VIGÉSIMO NOVENO.**- Ahora bien, a esta altura pareciera indiscutible que existen derechos fundamentales que inciden en las relaciones laborales especiales y que han comenzado a extenderse, por ejemplo al vínculo de sujeción especial entre Servidores Públicos y el Estado, así por ejemplo ha ocurrido respecto al derecho de asociación, que recién en el año 1994, tras la reforma a la Ley Nº 19.296, que establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la administración del Estado, crea dicha institucionalidad. A reglón seguido, no ha ocurrido lo mismo en relación con la negociación colectiva y la huelga, pues si bien en el primer caso se han generado avances sustanciales, a partir de la suscripción, el año 2000, del Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administracion pública -ratificado por Chile y vigente, tras ser publicado en el Diario Oficial con fecha 26 de diciembre de 2000- interpretando el artículo 304 del Código del Trabajo, en concordancia con el artículo 1° del mismo cuerpo legal, se ha comprendido que se excluye a los funcionarios de la administración de la negociación colectiva. Otro es el caso del derecho a huelga, dado que existe prohibición constitucional expresa (artículo 19 Nº 16, inciso final de la Constitución), el cual en concordancia con el artículo 362 del Código del Trabajo, excluyen a ciertos funcionarios y trabajadores, en atención a la finalidad de la función que cumplen, cuestión que no pretende ser discutida en esta sentencia, pero sirve de ejemplo para afirmar que existen derechos fundamentales que el propio ordenamiento jurídico restringe a los funcionarios de la administración e incluso a aquellas empresas que atiendan servicios de utilidad pública, pero con una manifestación expresa de la prohibición o finalidad que la motiva, cuestión que no se observa en la limitación que pretende el requirente en autos.

**TRIGÉSIMO.**- Que, si bien para algunos el tratamiento diferenciado se sustenta en la organización, jerarquía y en la satisfacción de la finalidad del Estado, es decir, en el interés público, que trasciende al interés privado, ello debe ser ponderado pues una limitación demasiado extensa puede transgredir valores colectivos, que si bien afectan directamente al titular del derecho como servidor del Estado, lo margina de un derecho que como sujeto inserto en la sociedad le correspondería, es decir ¿en qué punto el servidor deja de ser visto como un "instrumento del Estado" y pasa a ser una persona titular de una amplia gama de derechos?

**TRIGÉSIMO PRIMERO.**- Que, en el caso de marras lo que pretende la requirente es que la denunciante no pueda incoar la tutela de derechos fundamentales, para lo cual solicita se declare la inaplicabilidad de los artículos 71 de la Ley 19.070, artículo 1, inciso 3º y 485, ambos del Código del Trabajo. Limitando así, el derecho de acción para la denunciante, por la vía de eliminar en sus relaciones jurídicas las dos normas que determinan la órbita de aplicación del Código del Trabajo y además la norma específica que establece la garantía jurisdiccional de tutela de derechos fundamentales en materia laboral.

**Supletoriedad del Derecho del Trabajo en la integración de las lagunas que existen en las normas que regulan la función pública en el caso sublite.**

**TRIGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, es indispensable señalar que tras la reforma procesal laboral implementada por la Ley Nº 20.087, ya singularizada, y en particular el procedimiento de tutela *"(…) es el primer paso del orden jurídico laboral por tomar en serio los denominados derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores –derechos constitucionales no propiamente laborales–, comenzando poco a poco a desmontarse lo que podríamos denominar el modelo cerrado de empresa, entendido como un espacio jurídico privado donde la acción de los derechos sólo quedaba restringida al cumplimiento de condiciones laborales y económicas mínimas, para dar paso a un espacio jurídico público, expuesto al efecto expansivo de los derechos fundamentales (...)"* (Ugarte Cataldo, José Luis. (2009). Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba. Revista de derecho (Valparaíso), (33), 215-228. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200005).

**TRIGÉSIMO TERCERO**.- Que, sin duda el problema de autos no surge ante la hipótesis de la habilitación expresa del Código del Trabajo como norma supletoria en un estatuto especial. La cuestión resulta controversial, en el caso como el que motiva la presente acción, es decir, ante ausencia de reenvío expreso por el estatuto docente *"(…) en la hipótesis del silencio de la norma administrativa (…)"*. (Díaz Alcocer, Cecilia. ¿Tutela laboral de funcionarios públicos?, Editorial Libro Mar, año 2019, p. 75)

**TRIGÉSIMO CUARTO**.- Que, el artículo 1 del Código del Trabajo permite iniciar la discusión en el fondo, pues como se ha adelantado su inciso 3º dispone como contra excepción que *"(…) Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos (...)"*, estableciendo así que la legislación laboral es norma de aplicación supletoria respecto del estatuto docente, teniendo como requisitos: (a) que el estatuto no contemple la materia en cuestión y, (b) que no sea contraria a los principios ni normas que rigen el estatuto funcionario.

En coherencia con lo anterior la Cuarta Sala de la Excelentísima Corte Suprema, a propósito de la renovación automática de los profesionales a contrata, en contraste con las reglas especiales del esatuto docente, en sentencia de 4 de marzo de 2019, en causa Rol 1410-18, ha declarado que *"(…) estando expresamente regulada la modalidad de contrata en el Estatuto Docente, debe ser sometida a ese cuerpo legal y, en forma supletoria, al Código del Trabajo, sólo para el caso de los asuntos no regulados por el Estatuto y en la medida en que las normas del Código Laboral no fueran contrarias a las de esa normativa especial, se aplicarán las del primero. Lo que no acontece en la especie porque el Estatuto Docente contiene su propia regulación para dicha modalidad, estableciendo las condiciones, labores, causales de su expiración y los beneficios a que puede dar lugar el cese de funciones. De manera que sus disposiciones se deben aplicar con preferencia a quienes integran una dotación docente municipal, excluyendo el imperio del derecho laboral común en esos asuntos, al tenor de lo preceptuado tanto en el artículo 71 del mismo Estatuto Docente como en los incisos segundo y tercero del* artículo 1 ° del Código del Trabajo, sin perjuicio de considerarse, además, el artículo 13 del Código Civil, porque la normativa especial reglamenta la contrata en su integridad".

En el mismo sentido, debe tenerse presente que el caso de marras no es similar a las inaplicabilidades que habitualmente este tribunal conoce respecto de los artículos 1° y 485 del Código del Trabajo en procesos de funcionarios municipales o de la Administración, pues en este caso se está en presencia de un estatuto especial con remisión expresa en él a las normas del Código del Trabajo

en todo aquello que no esté expresamente reglado, lo que en específico implica una remisión directa y explícita a las normas que contemplan la competencia de los tribunales del trabajo y la acción de tutela, en garantía de tutela judicial efectiva -cuestión no regulada por el estatuto docente- pretendiéndose por la requirente que lo inconstitucional sería, paradójicamente, garantizar el acceso a tutela judicial efectiva, que es la consecuencia de aplicación de los preceptos cuestionados, además de privar al actor de tutela de la protección de las normas del Código del Trabajo, en condiciones que este Tribunal ha reconocido en reiterada jurisprudencia la relevancia del trabajo y sus condiciones dignas como objeto de protección constitucional a propósito del conjunto de derechos y garantías del numeral 16° del artículo 19 de la Consitución Política, lo cual sin duda debe ser desarrollado y garantizado por el legislador en el marco de la reserva de ley de derechos fundamentales.

En efecto, en STC Rol N° 1852, c. 6° (en el mismo sentido, STC roles N°s 1971, 2086, 2110, 2114, 2182, 2197, 2346 y 2671) señaló expresamente que la protección constitucional del trabajo del artículo 19 Nº 16° de nuestra Carta Fundamental no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado (Luz Bulnes: "La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980", en Revista de Derecho Público Nº 28, Universidad de Chile. Santiago, 1980, p. 215). En el mismo sentido se ha pronunciado el profesor y ex presidente de esta Magistratura José Luis Cea Egaña, para quien la protección jurídica sobre el trabajo incluye no sólo la libertad de buscarlo sino también el trabajo en sí: *"Lo protegido es la libertad de trabajo, es decir, el derecho a buscar un trabajo, aunque sin garantizar que se obtenga el pretendido u otro satisfactorio. Empero, el Código del ramo ha corregido esto, legislando de manera que se protege igualmente el trabajo en sí por su función social y el derecho al trabajo, entendiéndose por este último el que asegura al trabajador cierta estabilidad o permanencia en su empleo o labor"* (José Luis Cea: Derecho Constitucional Chileno. Tomo II, Derechos, deberes y garantías. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2004, p. 427).

Ello significa, en primer término, que una sentencia de inaplicabilidad no puede representar la omisión, privación y regresión de las garantías normativas de dicha protección constitucional del trabajo, expresada en la regulación legislativa de la misma. En segundo término que dichas materias no pueden quedar en la anomia, pues sería un incumplimiento legislativo del mandato constitucional al respecto.

**TRIGÉSIMO QUINTO**.- Que, en el caso de autos, si bien el artículo 72 letra c), del Estatuto de los Profesionales de la Educación establece que podrán dejar de pertenecer a la dotación docente municipal aquellos profesionales que *"(…) Por incumplimiento grave de las obligaciones que impone su función, tales como la no concurrencia del docente a sus labores en forma reiterada, impuntualidades reiteradas del docente, incumplimiento de sus obligaciones docentes conforme a los planes y programas de estudio que debe impartir, abandono injustificado del aula de clases o delegación de su trabajo profesional en otras personas"* y en el caso de autos se invoca un sumario, cabe hacer presente, que, para funcionarios de las municipalidades, el artículo 156 del Estatuto del ramo permite interponer el Recurso de Reclamación General ante la Contraloría General de la República, más en el

caso concreto el estatuto docente no se reconduce a ninguno de los estatutos -administrativos general o municipal- que pudiesen arribar a dicho procedimiento, aún cuando la materia verse sobre vulneraciones a derechos fundamentales, por haber elementos expresos de derecho laboral, remisión al Código del ramo y hechos controvertidos que requieren de prueba. Aún si se entendiese que la relación jurídica sub lite se re conduce hipotéticamente hacia el estatuto de los funcionarios municipales, la vía de tutela ante la Contraloría general de la República no tiene el apellido de "judicial", por lo que no satisfaciendo el estándar de derecho de acceso al tribunal no puede entenderse como un sucedaneo del derecho a la tutela judicial efectiva, más aún si hay remisión expresa al Código de Trabajo que sí contempla una vía de tal carácter en el artículo 485 impugnado. Adicionalmente, al no ser un tribunal, la Contraloría General de la República no podría resolver con efecto de cosa juzgada un conflicto referido a la garantía de indemnidad laboral que además tiene hechos controvertidos, lo cual tampoco puede ser materia de una acción de protección. Así, una declaración de inaplicabilidad dejaría al funcionario en una situación de indefensión, lo que, en consecuencia, vulnera varios de los elementos del derecho a la tutela judicial efectiva: el derecho a la acción, el libre acceso a la jurisdicción y el derecho a que la ley pre determine un tribunal, además del principio general de interdicción de la indefensión.

**TRIGÉSIMO SEXTO**.- Que, la tutela de derechos fundamentales amplía el margen de protección de las personas, estableciendo adicionalmente medidas reparatorias, de restablecimiento e indemnizatorias con etapas procesales probatorias y recursivas, asegurando la tutela judicial efectiva de los sujetos sometidos a este, y, en consecuencia, tiene un ámbito de protección diverso al recurso de reclamación que se puede incoar ante la Contraloría General de la República.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO**.- En este sentido el artículo 38 de la Constitución reconoce que "(…) cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o municipalidades, podrá reclamar ante los Tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño", lo cual por cierto incluye al profesor de establecimiento municipal.

» **Sobre el artículo 71 de la Ley 19.070.**

**TRIGÉSIMO OCTAVO**.- Que, desde ya se debe adelantar que el artículo 71 de la Ley Nº 19.070, ya singularizada, establece que *"Los profesionales de la educación que se desempeñan en el sector municipal se regirán por las normas de este Estatuto de la profesión docente, y supletoriamente por las del Código del Trabajo y sus leyes complementarias (…)"*.

En este sentido, la norma no es comprensible en la magnitud de su significancia sin entender su historia y funcionalidad.

Como primer antecedente, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del decreto ley N° 3063, publicado en el Diario Oficial de 13 de junio de 1980, reguló el traspaso de servicio a los municipios, en el controversial proceso conocido como "municipalización" de la educación, disponiendo, a este respecto que:

> *"Artículo 4°.- El personal perteneciente al organismo o entidad del sector público que tiene a su cargo el servicio que se transfiere a una Municipalidad no será considerado dentro de la dotación máxima fijada al Municipio respectivo.*
>
> *Será aplicable a este personal las disposiciones del Código del Trabajo y, en cuanto a regimen previsional y a sistemas de reajustes y sistema de sueldos y salarios, se regirá por las normas aplicables al sector privado.*

*No obstante, el personal en actual servicio, dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha del traspaso, podrá optar por el régimen previsional y por el sistema de sueldos y salarios a que estaba afecto. La opción deberá ejercerse en un solo todo, sin que pueda dividirse entre régimen previsional y sistema de sueldos y salarios. Mientras transcurre dicho plazo, los funcionarios conservarán el sistema de sueldos y salarios y el régimen previsional que los regía. Expirado dicho término, la falta de opción significará la voluntad de cambiar los regímenes salarial y previsional a que estaban afectos.*

*Los cargos que queden vacantes en el organismo del sector público por efecto de traspaso de personal se entenderán suprimidos, y, si dicha entidad tenía fijada dotación máxima de personal, ésta quedará disminuida en el número de personas que se haya traspasado.".*

Esta norma, significo en su época que los servidores públicos del sector educacional afectados perdieran su calidad de funcionarios de la administración y no fueran reconocidos como municipales tampoco, perdiendo su antigüedad y los derechos de que gozaban en la relación estatutaria para pasar a estar por lo que era el derecho laboral de la década del 80 en el siglo XX, estructurado por las normas del decreto ley N º 2.200 cuyo título señala "FIJA NORMAS RELATIVAS AL CONTRATO DE TRABAJO Y A LA PROTECCION DE LOS TRABAJADORES", dictado por la misma junta militar, que contemplaba en su artículo 13 el desahucio escrito sin necesidad de causa específica como causal amplia y general de término de la relación laboral, sin las limitaciones que hoy tiene, además no contemplarse en dicha norma el estatuto de garantía jurisdiccional de derechos fundamentales que hoy tiene desde la entrada en vigencia de la ley N° 20.087, que creó la acción y el procedimiento de tutela laboral. En ese contexto, el traspaso del profesorado a la legislación laboral claramente fue un retroceso en materia de garantías y estabilidad.

Así, en el año 1980, y no sin controversia, los profesores dejaron de ser funcionarios regidos por el derecho público por norma expresa, para pasar a estar regidos por el derecho laboral en un vínculo con los municipios y no con la administración central. Cabe señalar que esta regulación en nada se hace cargo de las particulares necesidades del proceso educativo, como la duración anual o semestral de los procesos educativos y la necesidad de estabilidad del docente, tampoco de otras cuestiones como la diferenciación de horas lectivas y no lectivas ni menos de la diferenciación entre cuestiones propiamente educativas y administrativas, cuestión que solo se verá parcialmente mitigada en 1987 con la dictación de la Ley N° 18.602, titulada "NORMAS ESPECIALES PARA PERSONAL DOCENTE QUE INDICA", que, entre otras disposiciones, reafirmó la sujeción al decreto ley Nº 2.200 en su artículo 1°, estableció inhabilidades, e introdujo algunas normas especiales sobre definiciones, jornada, cláusulas de contrato, desahucio, creó el contrato de reemplazo, precisó la vigencia de sus normas en las personas, y en el artículo 9° reafirmó expresamente que *"La relación laboral de los docentes a que se refiere este Título se considerará siempre de derecho privado y, salvo texto legal expreso, no será aplicable al personal docente ninguna disposición relativa a los funcionarios o empleados públicos o municipales".*

Es claro que, desde 1980, y profundizado en 1987, los profesores dejaron de ser funcionarios regidos por un vínculo de derecho administrativo y pasaron a ser regidos por el derecho laboral común a pesar de ser servidores públicos en funciones municipales, a lo que se sumarán algunas reglas especiales establecidas fuera del Código del ramo por la Ley N° 18.602, que en su artículo 1° dispuso que "*Las relaciones laborales entre los empleadores y el personal docente que se desempeñe en establecimientos educacionales creados por las municipalidades en virtud de sus facultades propias, o por las corporaciones que los administran por cuenta de éstas; en los traspasados a las municipalidades*

*en conformidad al decreto con fuerza de ley N° 1-3063, de 1980, del Ministerio del Interior; en los administrados por corporaciones sin fines de lucro por cuenta de las municipalidades; en los traspasados a personas jurídicas sin fines de lucro en virtud de lo dispuesto en el decreto ley N° 3.166, de 1980, y en los particulares subvencionados en conformidad al decreto ley N° 3.476, de 1980, se regirán por las normas del decreto ley N° 2.200, de 1978 y sus disposiciones complementarias, en todo aquello que no esté expresamente establecido en esta ley"*, asimilando el régimen de quienes prestaban servicios para municipios con el de quienes prestaban servicios en los tipos de entes educacionales privados a que la norma alude.

Como segundo antecedente, dicha configuración "privatizante" y "despublicitante" del estatuto laboral y funcionario del profesorado vino a ser cuestionada y fue objeto de propuestas de reformulación legislativa tras el retorno a la democracia, mediante la presentación del proyecto de lo que posteriormente será la Ley N° 19.070, que ESTABLECE NUEVAS NORMAS SOBRE ESTATUTO DOCENTE, iniciada por Boletín Nº 182-04, de 15 de octubre de 1990, que da cuenta que *"La función docente tiene un conjunto de peculiaridades de las que no ha dado cuenta suficiente la legislación, no obstante que el anterior Estatuto Administrativo, Decreto con Fuerza de Ley Nº 338, de 1960, se vio obligado a dedicarle un título especial, que en 1978 se estableció por decreto ley una Carrera Docente de corta vigencia y que en el gobierno anterior se dictó la Ley Nº 18.602, que pretendió, a nuestro parecer sin mucho éxito, reparar la falta de reconocimiento de las especificidades del trabajo docente particularmente agravadas por el sometimiento de todo el profesorado a las normas generales de la ley laboral común"* (todas las citas de la historia del estatuto docente en la presente sentencia se extractan del documento "Historia de la Ley Nº 19.070 Aprueba Estatuto de los Profesionales de la Educación", de autoría de la Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en www.bcn.cl).

En otro orden, el proyecto de estatuto docente buscó reconocer las diferencias de realidad institucional entre el mundo municipal y el sector privado, señalando expresamente el mensaje que su texto *"reconoce, clarifica y estimula la existencia y el desarrollo de los sectores educacionales "público" o "municipal" y "privado" o "particular", dando al trabajo docente que en éstos se realiza, una regulación jurídica acorde con la racionalidad institucional de cada uno de ellos. Por esto se establece una "carrera docente" para el primer sector, y un "contrato docente" para el segundo. Esta regulación jurídica armoniza el ejercicio de la libertad de enseñanza con el ejercicio de un rol activo del Estado en el quehacer educacional"*.

Como tercer antecedente, cabe mencionar que el artículo 71 cuestionado no fue parte del mensaje del proyecto de ley, cuyo texto original proponía adscribir la carrera docente municipal a una "dotación" fijada por acto de autoridad mediante potestades regladas, innovando en el estatuto jurídico del profesorado, pero dejando vigente la relación laboral derivada de la normativa anterior mediante regulaciones en las normas transitorias. Finalmente, en la discusión parlamentaria el resultado fue distinto: el estatuto docente termina siendo una regulación especial, con sub distinciones en algunas de sus normas para los sectores municipales y particular subvencionado. En ese orden, nacerá el texto del inciso primero artículo 51 que se aprobará y que es el actual artículo 71, inciso primero cuestionado en estos autos: se formulará en el Senado la indicación Nº 129, por los HH. Senadores señora Feliú y señores Cantuarias, Diez, Larre y Otero, para sustituir el texto en discusión por el siguiente: *"'Artículo 51.- Los profesionales de la educación que se desempeñen en el sector municipal se regirán exclusivamente por las normas de este estatuto de la profesión docente, y supletoriamente por el Código del Trabajo.'"*.

Consta en el Segundo informe de la Comisión de Educación del Senado, en la historia del

proyecto de ley, dicha indicación y además se da cuenta de los elementos de su discusión, entre los cuales cabe mencionar los que mencionó el Poder Ejecutivo:

- La jurisprudencia de la Contraloría General de la República, en diversos dictámenes (entre otros, los Nos 14.107; 19.829; 22.525 y 25.145 todos de 1987, ha establecido que aquellos trabajadores, profesionales de la educación que fueron traspasados junto con los establecimientos educacionales desde el Ministerio de Educación a las Municipalidades, eran y han continuado detentando la calidad de Servidores Públicos, si bien regidos por el Código del Trabajo,
- Ello hacía atingentes a ellos las normas de la rehabilitación funcionaría, en los términos del artículo 38° de la Ley Nº 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República, cuando se les había aplicado una medida expulsiva de acuerdo al Código del Trabajo
- Por lo expuesto, Ejecutivo quiso precisar que, en caso que fuere necesario, en forma supletoria, prefiere optar porque deban aplicarse las normas del Estatuto Administrativo de los Empleados Municipales y no las del Código del Trabajo, a fin de marcar claramente la diferencia entre este Sector Municipal que administra establecimientos educacionales de carácter público y el particular subvencionado.

Tras un lato debate en el seno de la comisión, acerca del mérito de hacerle aplicable el estatuto administrativo de los funcionarios municipales o el Código del Trabajo para los profesionales de la educación municipal, la Comisión aprobó la indicación por tres votos contra dos, señalando categóricamente la norma que la norma supletoria del estatuto docente para ellos será el Código del Trabajo y no las reglas estatutarias municipales de derecho administrativo.

El tema fue latamente discutido en sala por el Senado, en sesión N° 51, de la legislatura 321, de fecha 15 de mayo de 1991, en un debate rico en apreciaciones de mérito, jurídicas, comparativas e históricas, en el cual finalmente se aprobó el aludido texto.

No puede afirmarse entonces que una eventual inaplicabilidad del artículo 71 cuestionado reconduzca el vínculo jurídico del caso concreto al estatuto administrativo de los funcionarios municipales, pues una cosa es declarar la inaplicabilidad de la ley y otra cosa es construir, o deducir, una remisión a otro cuerpo legal, que el propio legislador discutió y rechazó en su oportunidad. En efecto, el estatuto administrativo municipal, contenido en la Ley N° 18.883, tiene su propio ámbito de aplicación, determinado en su artículo 1°, para los cargos de planta municipal, en un vínculo de derecho público.

En el caso de los profesionales de la educación en cambio, el estatuto docente de la Ley N° 19.070 contempla lo que es calificable como una relación laboral especial, al punto que en el texto del estatuto docente se usa más de 20 veces la expresión "relación laboral", lo cual muestra claramente que no es un desliz conceptual. En efecto, incluso uno de sus párrafo se denomina "Término de la relación laboral de los profesionales de la educación", a lo que se agrega que en el artículo 7 bis del mismo cuerpo legal se faculta expresamente al "director del sector municipal" para "proponer anualmente al sostenedor el término de la relación laboral de hasta un 5% de los docentes del respectivo establecimiento, siempre que hubieren resultado mal evaluados", norma que fue introducida por la ley N° 19.979, en el año 2004. De igual forma, el artículo 8 ter, regula además la aplicación "las causales de término de la relación laboral" sin autorización judicial a propósito del fuero.

Lo expuesto reafirma que se está en presencia de una relación laboral especial y no de un estatuto de derecho administrativo especial y, además, debe señalarse que el personal municipal regido por el estatuto docente conforma lo que en el estatuto en comento se denomina la "dotación docente", definida en el título "De la dotación docente y el contrato de los profesionales de la educación del sector municipal". Así, el artículo 20 señala que "Se entiende por dotación docente el número total de profesionales de la educación que sirven funciones de docencia, docencia directiva y técnico-pedagógica, que requiere el funcionamiento de los establecimientos educacionales dependientes de un Servicio Local en su respectivo ámbito territorial, expresada en horas cronológicas de trabajo semanales", para señalar el artículo siguiente que la dotación será fijada anualmente. Esta regulación especial y la duración de la dotación permiten concluir que una eventual declaración de inaplicabilidad no reconducen la relación jurídica hacia el estatuto administrativo de los funcionarios municipales, pues su órbita de regulación se refiere en su artículo 1 a los cargos de planta, cuyo no es el régimen del caso concreto.

**TRIGÉSIMO NOVENO**.- Lo anterior lleva a concluir que la remisión al Código del Trabajo no es aislada, pues no es la única norma del estatuto que reconoce relación laboral. Así, una eventual inaplicabilidad del artículo 71 no permite desconocer el carácter de derecho del trabajo del vínculo en cuestión. Aún así, si lo fuera, se produciría una situación anómala pues no reconduciría al estatuto administrativo de funcionarios municipales tampoco, quedando en una hipotética anomia tanto laboral como estaturaria quedando solamente el contrato de prestación de servicios a honorarios como estatuto posible, en un escenario propio de eras anteriores a la 2ª revolución industrial, en negación absoluta de la protección constitucional del trabajo y de la existencia de protección jurídica específica del trabajo.

**CUADRAGÉSIMO**.- Así, el artículo 71 impugnado debe ser analizado a partir del espíritu del legislador, el cual si bien no aborda la hipótesis que se discute en el caso concreto, permite inferir que la finalidad de la supletoriedad es proteger a los funcionarios, asegurando la máxima extensión de sus derechos, intentando homologar en aquello no previsto por la ley a las condiciones de los trabajadores regidos por el Código del Trabajo:

En este contexto, es dable señalar que en la historia de la ley consta que el Senador Valenzuela indicó, a propósito de la supletoriedad del Código del Trabajo que *"(…) Su Señoría no se ha equivocado en el espíritu de lo que dice el texto. Cuando el Senado ha indicado que para el profesorado será supletorio el Estatuto Administrativo de los empleados municipales, realmente está diciendo que, en el texto aprobado por la Cámara, dejaría de serlo el Código del Trabajo, en virtud de que por disposición del artículo 4° del decreto con fuerza de ley Nº 13063, de 1980, los profesores municipalizados adquirieron la calidad de empleados particulares, y, por tanto, se rigen por dicho Código.*

*Votaremos en contra de la modificación del Senado, porque sostenemos que ella perjudica a los profesores y constituye en sí un retroceso respecto de los beneficios que en la actualidad tienen. ¿Y por qué esta afirmación? Primero, porque ninguno de los siete títulos de la ley Nº 18.833 -que tengo en mis manos- favorece al profesor; por el contrario, algunos hasta lo perjudican, como, por ejemplo, la prohibición de que el profesor tenga derecho al anticipo del pago de remuneraciones, cosa que se puede hacer dentro del sistema actual. El texto propuesto por el Senado no contempla ningún beneficio consagrado en el Estatuto Administrativo o en la norma actual; por el contrario, si aprobamos este texto sustitutivo propuesto por el Senado, al profesor no se le aplicarían, a lo menos, las siguientes disposiciones a que tendría derecho:*

*En primer lugar, todo lo relativo a las indemnizaciones por término de contrato. El artículo 5º de la ley Nº 19.010, aprobada hace muy poco, amplía el derecho de indemnización, de cinco a once años, y*

*aun más, establece la indemnización a todo evento si el empleador o el trabajador paga un porcentaje de esa previsión. Estos beneficios estimados convenientes para todos los trabajadores del sector privado, dejarían de serlo para el profesorado si se acepta esta modificación del Senado, situación absolutamente agraviante para dichos profesionales.*

*En segundo lugar, señor Presidente, también perjudica al profesorado el hecho de que no pueda contar con el artículo 12 Código del Trabajo, que previene la posibilidad de que el profesor reclame ante la Inspección del Trabajo y, luego, ante los tribunales del Trabajo, cuando una destinación le causa agravio. Una modificación del Senado mejora el proyecto, porque habla de agravio, pero no prescribe el procedimiento que señala ese artículo 12, el cual no beneficiaría al trabajador si se aprobaran estas normas supletorias.*

*Y en tercer lugar, hojeando rápidamente, tampoco beneficiaría al profesorado lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4º del Código del Trabajo, según el cual cualquier cambio en la propiedad o administración de la empresa educacional, obliga al nuevo empleador a respetar todos los beneficios del trabajador. Si mañana esto se transforma de Corporación o DEM a una corporación privada o de derecho público, el profesor no tendría el beneficio de mantener sus derechos".* (Cámara de Diputados. Sesión Ordinaria N° 2. Legislatura Ordinaria número 322. Fecha: jueves 23 de mayo de 1991.)

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO**.- Que, con todo es dable precisar que la Ley Nº 19.070, no reconoce la prohibición expresa, ni procedimientos alternativos a la Tutela de derechos fundamentales para las relaciones laborales especiales, ni tampoco la acción establecida en el artículo 485 del Código del Trabajo es contraria a los principios o normas que rigen el Estatuto de los Profesionales de la Educación, que es laboral especial, por cuanto la no aplicación supletoria del Código del Trabajo generará una laguna insanable por el Ordenamiento Jurídico, transgrediendo el derecho de acceso a la justicia, al privarla de la posibilidad de controvertir sobre la vulneración de sus derechos fundamentales, institución jurídico-laboral consolidada en el Ordenamiento jurídico chileno, en una materia en la cual la acción constitucional protección no puede cubrir, entre otros motivos, por haber hechos controvertidos.

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO**.- A mayor abundamiento, en el caso sub lite se denuncia que habría eventualmente represalias por denuncias y reclamos, en lo que se denuncia sería una vulneración de la garantía de indemnidad laboral, lo cual deberá ser ponderado por el tribunal del fondo, al ser parte de los hechos controvertidos y de la materia del proceso que constituye la gestión pendiente.

**CUADRAGÉSIMO TERCERO**.- Aún así, estando invocada la garantía de indemnidad en el caso concreto, y siendo parte de lo ventilado en el tribunal del fondo, debe considerarse que dicha garantía tiene un fundamento eminentemente constitucional, que es sin duda en su esencia parte de la protección constitucional del trabajo y parte de la garantía de no discriminación arbitraria al ser un despido represalia un acto arbitrario en sí mismo. A este respecto, una eventual declaración de inaplicabilidad, privaría al denunciante de tutela laboral no solamente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sino que también de la garantía de indemnidad como parte del derecho a no ser discriminado arbitrariamente y como parte de la protección constitucional del trabajo.

## Configuración de la garantía de Indemnidad laboral en el Ordenamiento Jurídico chileno y su aplicación al caso concreto.

**CUADRAGÉSIMO CUARTO**.- Que, como se ha adelantado la tutela de derechos fundamentales, institucionalizada mediante la Ley Nº 20.087, ya singularizada, es una acción que reconoce un procedimiento sustancial, que es la base de un verdadero derecho procesal del trabajo en el Ordenamiento Jurídico chileno (en este sentido ver a GAMONAL, Sergio (2009) El procedimiento de tutela de derechos laborales. Santiago, LegalPublishing Chile, 4a ed. P.1). Así, este procedimiento reconoce la garantía de indemnidad en el Código del Trabajo, cuyo origen constitucional se encuentra en el artículo 19 Nº 3 de la Constitución, en tanto consagra la *"(…) igual protección de la Ley en el ejercicio de los derechos (…)"*.

**CUADRAGÉSIMO QUINTO**.- Que, como se ha revisado la tutela judicial efectiva tiene un lugar preponderante en la construcción de la tesis de este sentenciador, toda vez que permite lograr la reparación efectiva ante la vulneración de un derecho fundamental, despejado la cuestión referida a la supletoriedad, abordada en el capítulo anterior. De esta forma, la acción actúa como un permeante de la nueva órbita o dimensión del trabajo, en la cual *"se reconoce la titularidad de derechos esenciales al trabajador"* (en este sentido ver a Gutiérrez Pérez, M., Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos, Laborum ed., 2011, pp. 24). Lo anterior, sirve de base para argumentar que la acción del artículo 485 del Código del Trabajo, permite el acceso a la jurisdicción, lo cual representa uno de los elementos del acceso a la justicia y, por tanto, disminuye el riesgo de que dicha protección solo sea un enunciado formal.

**CUADRAGÉSIMO SEXTO**.- Que, en ese sentido, no cabe duda alguna que tanto en el caso del funcionario público, como en las demás relaciones laborales especiales, como en el caso de autos, el denunciante tiene la calidad de persona y que por esa vía también goza del aseguramiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva frente a la administración, cuando sus derechos se vean lesionados. En ese entorno, serán los tribunales del fondo los que determinarán las cuestiones de legitimación activa, alcance y objeto de las acciones que se interpongan ante ellos, lo que también incluye a la tutela laboral. En ese marco debe entenderse lo que la Corte Suprema ha razonado, en orden a que *"el procedimiento de tutela laboral tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores frente a cuestiones suscitadas en la relación laboral", agregando que los derechos fundamentales están reconocidos por la Constitución Política que es jerárquicamente superior tanto al Código del Trabajo como al Estatuto Administrativo",* por lo que la delimitación del inciso segundo del artículo 1° del Código del Trabajo no surgiría cuando se trata de la protección de derechos fundamentales. En consecuencia *"la posibilidad de que los funcionarios públicos puedan recurrir al procedimiento de tutela laboral en ningún caso importa per se aplicación de las normas sustantivas del Código del Trabajo"*, sino la aplicación de un procedimiento, es decir un recurso judicial, que no es asimilable al control que realiza la Contraloría. (Rol N°10.972-13, Corte Suprema). En similar sentido, se ha pronunciado en las sentencias roles Nos. 24.388-14, N°36.491-15 y N°52.918-16 de la Corte Suprema. Es decir, en primer lugar la procedencia de acciones de funcionarios en contra de órganos de la administración es en primer lugar una cuestión de tutela judicial efectiva, en segundo lugar serán los tribunales del fondo los que determinarán si se cumplen o no los presupuestos de legitimación, objeto y competencia en cada acción y en referencia a la tutela laboral..

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que, en este contexto la garantía de indemnidad se erige en estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva. De esta forma, la garantía de indemnidad debe ser entendida, prima facie, *"(…) en un sentido estricto en cuanto a que su extensión y amplitud ya está definida y limitada por el marco legal de la norma. El artículo 485*

*inciso 3° entiende que solo serán objeto de protección los derechos fundamentales protegidos por la acción de tutela, y que se entienda como una acción de represalia ejercida en contra de los trabajadores, en razón o a consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales (…)"* (Martínez Merino, Gonzalo. (2012). LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD EN CHILE: ANÁLISIS NORMATIVO Y COMPARATIVO DESDE EL DERECHO COMPARADO Y EL COMMON LAW. Revista de derecho (Coquimbo), 19(2), 333-353. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000200011).

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO**.- Que, el reconocimiento de la garantía de indemnidad, implícito en la relación laboral, justiciable a través de la tutela de derechos fundamentales y norma supletoria aplicable al caso concreto, *"(…) no solo ampara al trabajador para que de manera directa ejerza acciones judiciales contra el empleador o que recurra ante la autoridad administrativa, sino que también protege a los trabajadores que indirectamente son objeto de represalia; por ejemplo, en el caso en que un trabajador atestigüe a favor de otro en contra del mismo empleador o defienda explícitamente los derechos de otros trabajadores involucrados"* (Op. Cit.), lo cual, conceptual y principalmente hablando, también es predicable respecto de todo laborante que manifiesta reclamos y solicitudes a su superioridad y que eventualmente es sancionado por ello de manera encubierta con un despido o una sanción, lo cual además de ser contrario a derecho pasa a ser en sí mismo una represalia, cuestión que en todos los casos, deberá ser ponderado por el tribunal del fondo y no por esta Magistratura

**CUADRAGÉSIMO NOVENO**.- Que, posteriormente y en otros casos, la garantía de indemnidad también ha sido entendida en sentido amplio, por ejemplo el Juzgado de Letras del Trabajo de la Serena ha sentenciado que *"(…) Cabe señalar que la norma transcrita (Artículo 485 inciso III) es lo suficientemente clara en su redacción de manera que, a juicio de esta sentenciadora, no cabe duda alguna de que es además "lo suficientemente amplia" para que se entienda que esta garantía protege no solo al trabajador que recurre ante la autoridad administrativa o al órgano jurisdiccional en el ejercicio de sus derechos, sino también en el caso de marras, cuando lo hace en calidad de testigo de otro trabajador o en defensa de derechos de otros trabajadores, sea o no representantes de ellos (…)"* (Causa RIT T-13-2009, Sentencia definitiva, Considerando Séptimo, en Martínez Merino, Gonzalo. (2012). LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD EN CHILE: ANÁLISIS NORMATIVO Y COMPARATIVO DESDE EL DERECHO COMPARADO Y EL COMMON LAW. Cabe mencionar que la sentencia quedó firme y ejecutoriada, sin que se presentaran recursos).

**QUINCUAGÉSIMO**.- En el mismo sentido, el Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique acogió la demanda, en procedimiento de tutela laboral, por vulneración a la garantía de indemnidad, fundando su razonamiento en el hecho que *"(…) la tutela laboral si bien tiene por finalidad proteger una serie de derechos amparados legal y constitucionalmente, por medio del artículo 485 del Código del Trabajo protege, también, un derecho fundamental, no expresamente previsto en la Constitución, aunque fundado en un derecho constitucional, como lo es "la tutela judicial efectiva", prevenido por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y, especialmente, respecto de la indemnidad laboral, reconocida explícitamente en el artículo 5° del Convenio N° 158 de la OIT (sobre terminación del contrato de trabajo). En efecto, el artículo 485 inciso 3° del Código Laboral se limita a exigir que la medida sea consecuencia de la fiscalización o del ejercicio de acciones judiciales, por parte del trabajador o que aquella se adopte en razón de éstas (…)"* (Causa RIT T-124-2017, considerando noveno. Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique. Dicho criterio es confirmado por la Corte de Apelaciones de Iquique, en causa Rol 144-2017 Reforma Laboral, sobre recurso de nulidad al señalar: *"Cuarto: La afirmación precedente encuentra su fundamento en el adecuado análisis que*

*realiza la sra. Juez de primer grado, a partir de las particulares del sustrato fáctico de la causa, en cuanto el artículo 485 del Código del ramo protege un derecho fundamental, que si bien no se describe expresamente en la Carta Fundamental, está basado en un derecho constitucional, la tutela judicial efectiva, contemplada en la Convención Americana de Derechos Humanos y, particularmente, en el Convenio Nº 158 de la OIT, derecho que, por su esencia, como lo dice la sentenciadora, debe ser apreciado en forma más extensiva y flexible que restrictiva y rígida, naturalmente si la situación lo amerita, cuyo es el caso.*

*Para finalizar, las reglas interpretativas del Código Civil no son ni pueden ser de aplicación general en materia laboral, porque los principios que informan las acciones, que el estatuto laboral contempla versus aquellas de naturaleza civil comprendidas en el Código Civil, en su mayoría de orden patrimonial, difieren absolutamente").*

Cabe señalar entonces, que una interpretación garantista y amplia de la garantía de indemnidad no es un tema novedoso en los tribunales chilenos, pues por su contenido dicha garantía debe ser interpretada en perspectiva finalista, al cumplir una función de protección contra amenazas y represalias que por la vía de la disuasión consolidan otras vulneraciones a derecho al inhibir su denuncia.

**QUINCUAGÉSIMO PRIMERO**.- Sin perjuicio de lo anterior, en jurisprudencia comparada, esta garantía ha sido desarrollada latamente. Así es por ejemplo en el caso español se señala que"*(…)se ha configurado sobre la base de tres elementos: el ejercicio previo de acciones por parte del trabajador, la actuación empresarial y la conexión causal entre ambas. Aspectos abordados por el TC, que ha ido extendiendo tanto la acción del trabajador, incluyendo actos previos necesarios para el proceso e, incluso, extrajudiciales encaminados a evitarlo (STC 55/2004, de 19 de abril) y, aunque no tan prístinamente, las denuncias administrativas (SSTC 198/2001, 4 de octubre y 144/2005, 6 de junio). Operando también una ampliación en relación con los titulares admitiendo demandas de conflicto colectivo (STC 16/2006, de 19 de enero, 44/2006, de 13 de febrero y 65/2006, de 27 de febrero en el conocido supuesto de los veterinarios de la Xunta de Galicia). Por su parte, ha incluido en la doctrina toda posible represalia empresarial y, al menos tangencialmente, de un tercero (98-112/2010, 16 de noviembre, Sentencias con notables peculiaridades por la imposibilidad de readmisión y acompañadas de tres votos particulares), al margen de su carácter intencionado o no, comprendiendo cualquier acto que perjudique al trabajador. Por último, el núcleo de atención ha pasado a ser la conexión causal entre ambas actuaciones, de forma que, en esencia, debe quedar demostrado que en modo alguno el ejercicio del derecho fundamental ha condicionado la decisión empresarial (...)"* (Igartua Miró, María (2015) "Los Derechos Fundamentales Inespecíficos: Líneas de Tendencia Recientes en la Doctrina del Tribunal Constitucional". El derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral (Ediciones Laborum, España). Ana María Chocrón Giráldez, Ma Dolores Ramírez Bendala, E. Macarena Sierra Benítez y Ma José Cervilla Garzón (Coordinadoras). P. 201).

Así, queda abierta la invocación de la garantía de indemnidad frente a actos de todo tipo e incluso ejecutados por terceros, que sean una represalia o sanción encubierta no solo por acciones judiciales sino también por actos previos, como podría ser dar a conocer un hecho o denunciarlo administrativa o internamente.

**QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, en esta misma línea en Ordenamientos Jurídicos comparados se reconoce la garantía de indemnidad, así por ejemplo la Constitución portuguesa, el derecho a la tutela judicial efectiva está previsto en el art. 20, mientras que en la Constitución

alemana se puede encontrar una norma similar en el art. 19.4. En la Constitución italiana este derecho se colocó en el art. 24 y el legislador lo reconoce como un derecho inviolable y universal, atribuyéndole la función de ser el fulcro de todo sistema democrático. (En este sentido ver a Omaggio V., "Individuo, persona e Costituzione", en Rivista trimestrale di diritto pubblico, n.1, 2014, pp. 77-99).

**QUINCUAGÉSIMO TERCERO.**- Que, si bien el reconocimiento de la garantía de indemnidad asociada a la tutela de derechos fundamentales en autos, en ningún caso es sinónimo necesario de un resultado favorable al denunciante, en el procedimiento seguido en la gestión pendiente, sí representa la posibilidad de que el Tribunal de fondo pueda conocer los antecedentes que el requirente estima agraviantes, concretando así la posibilidad cierta que este pueda ocurrir ante a un juez competente y predeterminado por ley, que conozca del conflicto, y resuelva con eficacia de cosa juzgada, sin perjuicio de los recursos que se puedan hacer valer por las demás partes del proceso. En consecuencia no se trata de un nuevo beneficio al personal de la administración del Estado, como aduce el requirente a foja 13, sino que el derecho a la acción, en la forma prevista en el artículo 485 del Código del Trabajo, es parte del núcleo de los derechos del funcionario denunciante, en tanto no exista otro procedimiento idóneo de tutela para esta categoría de vínculos.

## IV. OTRAS CUESTIONES

**QUINCUAGÉSIMO CUARTO.**- Que, en el mismo orden en lo relativo a la pretendida infracción al artículo 65, inciso cuarto, N°4, de la Constitución Política, cabe señalar que la acción de tutela de derechos fundamentales no es un "beneficio" -menos de carácter "leve"- para el funcionario público, sino una garantía jurisdiccional de derechos fundamentales y dentro de sus caracteres se encuentra estar configurada también para imponer sanciones y obtener indemnizaciones por infracciones a derecho, con una regulación legal especial. Por un lado, aun cuando el Estatuto Administrativo correspondiente tenga normas diferentes, la procedencia o improcedencia de las multas e indemnizaciones, y el determinar si su aplicación a un caso específico es o no correcto, son cuestiones propias de la determinación de la lex decisoria litis en el momento jurisdiccional de dictación de sentencia, lo cual escapa a la órbita competencial de la acción de inaplicabilidad.

**QUINCUAGÉSIMO QUINTO.**- Que, finalmente ni multas ni indemnizaciones incluidas en un proceso de tutela laboral son tampoco "beneficios" para el funcionario público, por lo que no se puede dar por infringido el artículo 65, inciso cuarto, N° 4, de la Constitución Política.

**QUINCUAGÉSIMO SEXTO.**- Que, sin perjuicio de lo expresado en las dos consideraciones anteriores, si acción de tutela laboral, las multas y las indemnizaciones que contempla fuesen "beneficios" de aquellas que alude el artículo 65, inciso cuarto, N° 4, de la Constitución Política, debe señalarse que su norma legal de sustento estaría en la aplicación del Código del Trabajo para los profesionales de la educación, lo cual está contemplado justamente en el artículo 71 impugnado del estatuto docente, que fue a su vez una ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, lo que descarta nuevamente las infracciones denunciadas.

## V. CONCLUSIONES

**QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO.**- Que, le es imposible a esta magistratura desconocer como titular de derechos fundamentales a la trabajadora denunciante, lo cual no obsta a distinguir cuando el ordenamiento jurídico regule de forma expresa, delimitando especialmente y razonadamente, el desarrollo de un derecho a alguna de las categorías específicas de trabajadores.

**QUINCUAGÉSIMO OCTAVO**.- Que, el artículo 71 de la Ley 19.070, da cuenta de una relación laboral especial, entre la denunciante y el municipio, por cuanto la remisión al Código del Trabajo no es aislada, pues no es la única norma del estatuto que reconoce relación laboral. Así, una eventual inaplicabilidad del artículo 71 no permite desconocer el carácter de derecho del trabajo del vínculo en cuestión. Aún así, si lo fuera, se produciría una situación anómala pues no reconduciría al estatuto administrativo de funcionarios municipales tampoco, quedando en una anomia tanto laboral como estatutaria.

**QUINCUAGÉSIMO NOVENO**.- Finalmente, el derecho a la acción, en la forma prevista en el artículo 485 del Código del Trabajo, es parte del núcleo de los derechos del funcionario denunciante, en tanto el artículo 72 letra c), de la Ley 19.070, se erige como una sanción, más no estableciendo ni remitiéndo a un procedimiento idóneo, diferente o específico, de tutela para esta categoría de vínculos.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

**III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

# 3. Reserva de ley.

**SENTENCIA ROL 9133-2020.** *Publicada el 1 de septiembre de 2020*

Control de Constitucionalidad del proyecto de ley que regula la facultad del Banco Central para comprar y vender en el mercado secundario abierto instrumentos de deuda emitidos por el Fisco, en circunstancias excepcionales que indica, correspondiente al boletín N° 13.593-05

**VOTO DISIDENCIA.**

[…]

**Los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y RODRIGO PICA FLORES, estuvieron por declarar la inconstitucionalidad de la preceptiva sometida a control**, en base a las siguientes consideraciones:

**1°.-** Estos disidentes sostendrán que la preceptiva sometida a control, que regula una nueva atribución del Banco Central, resulta contraria a la Constitución por falta de densidad normativa, en la medida que el nuevo texto del al artículo 109 de la Constitución Política (al cual se agrega un inciso por la Ley N° 21.253, de Reforma Constitucional) establece una nueva reserva material de ley orgánica constitucional, delimitando su campo y exigiendo ciertos estándares normativos para dicha legislación, los cuales no se encuentran suficientemente cumplidos en la normativa sometida a control, generándose una remisión normativa de aquellas que son contrarias a la Constitución, en la medida que la ley orgánica constitucional, lejos de regular la materia establecida por la norma constitucional, termina entregando la determinación de la regulación al Consejo el Banco Central por medio de sus acuerdos.

**2°.-** En el sistema jurídico chileno no encontramos una conceptualización específica de la reserva de ley, pero tal principio del Derecho constitucional de matriz europeo continental, asentado ya hace más de un siglo y medio, puede conceptualizarse desde la doctrina autorizada, señalándose que "Hay reserva de ley cuando un precepto constitucional exige que sea la ley la que regule una determinada materia. En tal caso la materia reservada queda sustraída por imperativo constitucional a todas las normas distintas de la ley, lo que significa también que el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación y que no puede remitirla a otras normas distintas, en concreto al reglamento" (DE OTTO, Ignacio (1987) Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Barcelona: Ariel, p.151).

**3°.-** De esta forma, *"la Constitución viene a prescribir que ciertas normas solo podrán aprobarse con sujeción al principio de publicidad y pluralidad que es propio del procedimiento legislativo"* (DE OTTO, Ignacio (1987), p. 154) lo que, respecto del proyecto de ley sometido a control, además de una reserva material y específica de ley orgánica constitucional, que determina que además de reservar la materia a legislador, pasa a ser un deber irrenunciable para dicho órgano el normar la materia constitucionalmente establecida, con especificidad, claridad, dentro del marco y con el estándar de regulación que establezca la norma constitucional habilitante, de tal forma que los límites que determinan si se puede o no ejercer la potestad sean reconocibles, para poder concluir si se ejerce o no dentro del derecho que somete a sus normas al ejercicio del poder. Así, al ser un deber el normar las materias reservadas, se concluye que en cierta medida se limita el margen de autonomía del legislador, quedando de cierta forma obligado a regularlas y a hacerlo, además, dentro de la densidad normativa y con el contenido esencial y mínimo que se exija en las normas constitucionales, que en este caso tiene vectores de regulación identificables.

**4°.-** Así, la configuración de materias específicas reservadas al legislador es el establecimiento de la fuente del derecho exclusiva e idónea para regular dicha materia, en el marco del artículo 7° de la Constitución Política, al ser las atribuciones legislativas y las materias de ley parte del ejercicio de poder público a que dicha norma se refiere y en especial ser entendidas en relación a los casos y forma del ejercicio de ese específico poder público. En materia orgánica, la reserva de ley implica que el legislador establecerá los límites externos a los poderes de otros órganos, dictando normas con estándares de especificidad que hagan reconocibles dichos límites, para que el ejercicio del poder no sea omnímodo no absoluto, de forma tal que sea reconocible si es ejercido o no conforme al derecho que lo somete y limita. Así, es necesario que en materia de potestades la delimitación sea específica, clara y determinada, agregándose que en materia de ley orgánica constitucional está blindada la regulación mediante ley en el sentido formal para dichas materias, lo cual busca evitar la elusión del sistema de fuentes mediante la imposibilidad de su delegación en el Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 64 de la Carta Fundamental.

**5°.-** En ese marco, la Ley N° 21.253, de Reforma Constitucional, adicionó un inciso nuevo al artículo 109 de la Constitución Política, agregando a la prohibición de las emisiones inorgánicas de dinero y a la prohibición general de compra de títulos emitidos por el Estado por parte del Banco Central, una norma de excepción que dispone que *"Sin perjuicio de lo anterior, en situaciones excepcionales y transitorias, en las que así lo requiera la preservación del normal funcionamiento de los pagos internos y externos, el Banco Central podrá comprar durante un período determinado y vender, en el mercado secundario abierto, instrumentos de deuda emitidos por el Fisco, de conformidad a lo establecido en su ley orgánica constitucional".*

**6°.-** Sin que este voto pueda ni deba calificar las bondades, errores, aciertos ni desaciertos de la historia de la política monetaria en Chile, cabe señalar que en el sistema constitucional chileno el texto del artículo 109 de la Constitución Política es una de las normas claves del Orden Público Económico vigente, y que sus disposiciones fueron direccionadas a lograr la responsabilidad en el manejo de la emisión de moneda, en el logro del objetivo de un adecuado control de la inflación y del resultado de finanzas públicas equilibradas, vedando la tentación de financiar gasto e inversiones del sector público obteniendo dinero emitido ad hoc y sin respaldo por la vía de la intermediación artificial de títulos y créditos entre el Estado y el Banco Central, en lo que históricamente se denominó como "emisiones inorgánicas".

**7°.-** En ese orden, el completo, profundo y científicamente rico debate de la Ley N° 21.253 de Reforma Constitucional y del proyecto de ley sometido a control muestran que los tiempos y los factores que determinaron la introducción del aludido artículo 109 en su texto original han cambiado: justificados elementos de coyuntura actual y de política monetaria hacen que hoy la compra de títulos emitidos por el Estado, en el mercado secundario, determinan que ésta sea empíricamente la herramienta más eficaz en los tiempos de la pandemia y crisis mundial actual para que el Estado contribuya a mantener la liquidez necesaria y la cadena de pagos funcionando en un sistema financiero que requiere mantenerse en funcionamiento y con dinamismo, mitigando a la vez distorsiones derivadas de la particularidad del momento económico que se vive, constatándose que en el resto del mundo se está operando, excepcionalmente, de esta forma por los Bancos Centrales, incluso por aquellos dotados de autonomía y que sirvieron de modelo a la configuración del de nuestro país. Estamos en presencia entonces, de un histórico e importantísimo cambio en la formulación constitucional de la política monetaria, determinado por la alta eficacia que hoy tiene esta herramienta que antes estaba vedada al Banco Central de Chile. A su vez, sigue estando prohibida la compra de estos títulos en el mercado primario, siendo la decisión del constituyente derivado el permitirla solamente en el mercado secundario,

que en Chile es por definición abierto, transparente y atomizado, lo cual contribuiría a garantizar de que dichas operaciones tienen respaldo y precio real (de mercado, y transados por sujetos distintos del emisor, que ya los vendió), no siendo calificables de "inorgánicas".

**8°.-** Cabe señalar que la norma constitucional introducida por el constituyente derivado -los poderes ejecutivo y legislativo- mediante la Ley N° 21.253, publicada hace pocos días, supedita el ejercicio de esta nueva atribución a lo que se establezca en la ley orgánica constitucional, siendo prístino y explícito que se requiere de nuevas normas -y no solo de las existentes- para reglar el ejercicio de esta nueva potestad, al punto que agregó a la Constitución una nueva disposición cuadragésima transitoria, estatuyendo expresamente que *"La reforma constitucional al artículo 109 empezará a regir una vez que entre en vigencia la ley que introduce modificaciones a la ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, que regulará el ejercicio de la nueva facultad que se le otorga al Banco Central"*, lo cual además es adicionar una excepción al artículo 6° de la misma Constitución Política, al determinar un caso de eficacia mediata de sus normas.

**9°.-** A mayor abundamiento, cabe hacer presente la discordancia existente entre la disposición legal sometida a control de esta Magistratura y la norma constitucional que se señala fundamenta la misma. Lo anterior, por cuanto mientras la ley de rango orgánico constitucional que es objeto del presente pronunciamiento, tiene su antecedente directo en el reformado artículo 109 de la Carta Fundamental, este último expresa que la norma constitucional en cuestión entrará a regir una vez que entre en vigencia la modificación la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, por lo que no se encuentra formalmente vigente al momento del presente examen de constitucionalidad. Siendo de este modo, resulta menester señalar que no resulta coherente que la entrada en vigencia de una norma constitucional quede supeditada a la dictación de una norma de rango inferior, así como tampoco puede resultar coherente constitucionalmente que se dicte una norma legal sin que esté vigente la norma de la reserva legal pertinente, declarada por una norma constitucional previa en plena vigencia y rigor dentro del ordenamiento jurídico, cuestión que no puede ser ignorada por estos disidentes, más aún cuando se está efectuando el control de constitucionalidad de una regulación legal de tanta trascendencia para la política monetaria del país.

**10°.-** Cabe señalar que es claro que la preceptiva sometida a control es aquella dictada por los mismos órganos que reformaron la Constitución hace pocos días (Poderes legislativo y ejecutivo), con la finalidad que *"regulará el ejercicio de la nueva facultad que se le otorga al Banco Central"*, y para que sea ejercida *"de conformidad con su ley orgánica constitucional"*, como lo dispone la reciente y aludida reforma constitucional.

**11°.-** Así, las nuevas normas ley orgánica constitucional establecidas por la reciente reforma constitucional para el ejercicio de la nueva potestad debe especificar, o a lo menos enunciar de manera específica y determinadamente clara las bases normativas que permitan reconocer:

- La definición de los elementos que permiten distinguir situaciones excepcionales y transitorias, en las que se intervenir para la preservación del normal funcionamiento de los pagos internos y externos, de forma tal que esta atribución no sea usada de forma permanente ni ilimitada.
- La determinación del período por el cual el Banco Central podrá comprar y vender, en el mercado secundario abierto, instrumentos de deuda emitidos por el Fisco, pues la nueva potestad se refiere a excepcionalidad y transitoriedad, lo cual por definición significa que tiene un límite temporal, que no se establece y que la Constitución exige al limitar la atribución a un "período determinado".

» Las formalidades y procedimientos que se deberán cumplir en las operaciones de compra y venta, lo que debiera incluir al menos normas sobre fijación de sus límites, topes, publicidad, forma de valoración, etc., pues son parte esencial de los casos y formas en los que se ejercerá la potestad.

**12°.-** Cabe agregar que estos sentenciadores disidentes -como se verá- no pretenden sostener que la reserva de ley deba ser de una entidad pétrea y absoluta, sino que debe entenderse que al menos los elementos básicos y esenciales de las materias establecidas en el nuevo inciso del artículo 109 constitucional deben quedar normadas en la ley orgánica constitucional.

**13°.-** Siendo la reserva de ley además el deber de los órganos colegisladores de normar específica y suficientemente la materia establecida constitucionalmente, debe examinarse el estándar de "densidad normativa" de la preceptiva sometida a control, constatándose que no cumple con los estándares de especificidad y determinación que permitan reconocer los límites a una potestad que por definición es transitoria y excepcional, respecto de la cual no se establece procedimiento, límites temporales ni de monto ni tampoco delimitación de los caracteres mínimos de las situaciones de excepción que habiliten a ejercerla, lo que significa que no se cumple el deber de legislar específica y determinadamente al respecto, sin perjuicio de establecerse un quorum especial y la presencia del Ministro de Hacienda en el acuerdo, dejando a salvo su derecho de veto suspensivo (cabe mencionar que es difícil imaginar a un Ministro de Hacienda oponiéndose al ejercicio de esta atribución, pues entre los títulos más importantes emitidos por el Estado y más apreciados en el mercado nacional están los Bonos de Tesorería, que al ser comprados por el Banco Central en el mercado secundario gozarán de una confianza aún mayor por parte de los diversos actores del mercado).

**14°.-** En efecto, se observa una remisión normativa, ya que la Constitución señala que dichas materias serán reguladas por una ley orgánica constitucional -las normas controladas- que no norman la materia, sino que simplemente remiten la regulación a los acuerdos del Banco Central, desnaturalizando y degradando la fuente del derecho que contendrá la regulación, en los hechos "deslegalizando la regulación de la materia contra constitutionem", además de acarrear como consecuencia que las reglas que su Consejo establezca pasan a ser simples autolimitaciones para ejercer esta nueva potestad - disponibles por el mismo órgano- y no límites externos a su poder como sí lo es la ley, motivo por el cual las reglas que se auto otorgue nada limitan más allá de la apariencia.

**15°.-** En este sentido, no toda remisión normativa será per se inconstitucional, pues en la medida que la ley debe ser general y abstracta, hay materias de alta especificidad y dotadas de expertiz técnica extrajurídica en las cuales es imposible que toda la regulación se agote en la norma de rango legal, pues dejaría de ser general y abstracta (sin duda esta parece ser una de ellas), requiriéndose colaboración de normativa reglamentaria de ejecución, lo cual lleva nuevamente al examen de densidad normativa de la regulación contenida en la fuente de rango legal, en la cual han de contenerse los elementos esenciales y básicos que delimiten el ejercicio de potestades para considerarse ajustada a la Constitución. En caso contrario se produce una inconstitucionalidad de forma, cuál es que una materia terminará siendo regulada por una fuente del derecho que no es la idónea, producto de que el legislador no cumplió total o parcialmente su deber de regular una materia de ley, en este caso, orgánica constitucional al haber reserva específica y explícita, cuyo es el caso de este proceso de control preventivo. En base a dichos estándares se distingue entre una remisión normativa permitida y una prohibida, siendo de este último tipo la contenida en la norma sometida a control, resultando entonces inconstitucional por déficit de densidad normativa.

**16°. -** Finalmente, la autonomía del Banco Central no es un argumento que permita validar la insuficiente densidad normativa de la regulación sometida a control, pues:

» Por disposición expresa de la norma constitucional es materia de ley orgánica constitucional y el Consejo no tiene potestades para legislar, potestades que tienen regulación constitucional expresa, más aún en materias orgánicas constitucionales.

» La Ley de Reforma Constitucional N° 21.253 dispuso expresamente que esta atribución no regiría ni estaría vigente mientras no se dictaran las normas de ley orgánica constitucional que expresamente la regulen, así que las preexistentes potestades del Consejo del Banco Central, en el marco de su también preexistente autonomía, no son un sucedáneo idóneo en tanto fuente del derecho.

» La autonomía del Banco Central significa que no es un órgano dependiente de otros poderes del Estado ni de otros órganos autónomos, pero ello no significa una situación de ajuridicidad, pues está sometido expresamente a la Constitución y a la Ley Orgánica Constitucional que desde el texto original de 1980 se contempla para tal órgano, ley orgánica pre existente a la norma transitoria cuadragésima de la Constitución, que además es la norma de rango legal que regula el grado y materias a que se refiere tal autonomía.

**17°. -** Que por todo lo anterior, cabe declarar inconstitucional el proyecto sometido a control.

**SENTENCIA ROL 8865-20.** *Publicada el 12 de noviembre de 2020*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto de los artículos 23, inciso primero, y 24, incisos segundo y tercero del D.L. N° 3.063, De 1979, sobre ley de rentas municipales Sociedad Lautaro Ríos y Asociados Limitada. En los autos caratulados "Sociedad Lautaro Ríos y Asociados LTDA. Con I. Municipalidad de Valparaíso", Rol C-3312-2019, seguidos ante el 1° Juzgado de Letras en lo Civil de Valparaíso.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[…]

**Se deja constancia que el Ministro señor Rodrigo Pica Flores estuvo por acoger el requerimiento solamente en cuanto a la expresión "y el cinco por mil del capital propio de cada contribuyente" y a aquella parte que dispone "Al efecto, el alcalde, con acuerdo del concejo, podrá, dentro del rango señalado, fijar indistintamente una tasa única de la patente para todo el territorio comunal, como asimismo tasas diferenciadas al interior de la comuna, en aquellas zonas definidas en el respectivo instrumento de planificación urbana, mediante la dictación del correspondiente decreto alcaldicio, el cual deberá publicitarse debidamente al interior de la comuna", ambas normas contenidas en el inciso 2° del artículo 24 del D.L. 3.063 de 1979, Ley de Rentas Municipales,** fundado en la siguientes consideraciones:

**1°.-** Que, siendo constitucionalmente legítimo el poder de tributación municipal establecido por medio de normas de rango y forma legislativa, no puede preterirse que está afecta a la reserva de ley de tributos del numeral 20° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que exige fijar expresamente en la ley la forma, progresión o proporción de todo tributo, asociado a la base de cálculo y al hecho gravado, de tal forma que sea solamente la ley y no un órgano administrativo quien fije los diversos elementos del tributo, para que los mismos no sean creados, modificados, eximidos ni determinados por la decisión gubernativa o administrativa supliendo al acto legislativo, en el entendido que la generalidad y abstracción de la ley es además garantía de no discriminación y de igual repartición del deber de contribuir.

**2°.-** Que, en tal sentido, los elementos mínimos a fijar por el legislador en esa reserva serán: hecho gravado, determinación de base de cálculo, tasa, determinación del cálculo de la misma y excepciones. Así, los órganos administrativos no pueden "disponer" de dichos elementos, pues su regulación está reservada al legislador, que además debe cumplir con estándar de determinación y especificidad, ya que de otra forma se haría "ilegítimamente necesaria" la intervención administrativa para completar la determinación específica de los elementos que forman parte de la reserva de ley.

**3°.-** En este sentido, cabe tener presente que las normas que este disidente está por declarar contrarias a la Constitución Política se contienen en un decreto ley y son pre constitucionales, marco en el cuál, en lugar de fijar ese decreto ley la tasa, le entrega a la autoridad administrativa comunal una potestad de determinar por sí y ante sí, mediante acto administrativo municipal, cuál será la tasa determinada y específica a pagar para el tributo denominado patente municipal, dentro de una "banda" de libre disposición del órgano administrativo, que además incluso puede diferenciarla para zonas del municipio.

**4°.-** De tal forma, no se cumple el elemento de especificidad, determinación y legalidad estricta de la fijación de la tasa de tributos, elemento que este disidente considera parte de la reserva de ley tributaria del numeral 20° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

**5°.-** Que en todo lo demás, este sentenciador estuvo por rechazar el requerimiento, recalcando que el ejercicio de determinación de los hechos litigiosos y el examen acerca de si los mismos se pueden o no subsumir en las actividades gravadas por los tributos en cuestión es una atribución propia del tribunal del fondo de la gestión pendiente.

# 4. Iniciativa exclusiva de ley – Ley de presupuestos.

**SENTENCIA ROL 9869-2020.** *Publicada el 18 de enero de 2021.*

Requerimiento de inconstitucionalidad en contra de nueve glosas introducidas mediante indicaciones parlamentarias, contenidas en el Proyecto de Ley de presupuestos del sector público correspondiente al año 2021, boletín N°13.820-05.

**VOTO DISIDENCIA**

[…]

**El Ministro RODRIGO PICA FLORES estuvo por rechazar en general el requerimiento, en sus diferentes capítulos, declarando únicamente la inconstitucionalidad del quorum especial de 2/3 del Consejo Regional que se exige para la reducción del presupuesto de la región y la determinación del monto de 100 mil pesos reajustables del bono de manipuladoras de alimentos de zonas extremas, en base a las siguientes consideraciones:**

**Primeras cuestiones: iniciativa e indicaciones.**

**1°.-** Como primera cuestión, la iniciativa de ley se define como un *"Acto jurídico de un sujeto legislador habilitado por la Constitución para ingresar un proyecto de ley en una Cámara de origen determinada y poner en movimiento el proceso de formación de la ley"* (DICCIONARIO CONSTITUCIONAL CHILENO, Gonzalo García Pino / Pablo Contreras V., Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 55, 2015, p. 551). En nuestro sistema Constitucional, tal materia, asimilable a una verdadera llave de apertura del proceso legislativo está regulada en el artículo 65 de la Constitución Política, estableciendo una regla general de libre iniciativa parlamentaria y posteriormente la figura presidencialista de iniciativa exclusiva del poder ejecutivo en ciertas materias taxativas y específicas, que constituyen las excepciones al principio de libre iniciativa parlamentaria. Dentro de las materias de iniciativa exclusiva del presidente de la República se encuentra el proyecto de ley de presupuesto anual y sus modificaciones.

**2°.-** La iniciativa exclusiva significará que el Congreso no puede abrir debate legislativo discutiendo las materias respectivas sin que el presidente de la república decida abrir el proceso legislativo presentando el proyecto sobre la materia específica, discusión que, además, se limitará por las ideas matrices del proyecto en específico.

**3°.-** Una vez presentado el proyecto de ley, es decir una vez ejercida la potestad de iniciativa legislativa, la etapa siguiente del iter legis será la de discusión, con sus diferentes trámites y etapas, tanto en sala como en comisiones.

**4°.-** En este sentido, durante la etapa de tramitación, *y en las oportunidades correspondientes, la propia constitución dispone en su artículo 69 que "Todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto"*. Esas adiciones o correcciones, cuyo objeto son las disposiciones del proyecto, son las denominadas "indicaciones", que pueden ser formuladas tanto por el Presidente de la República como por los parlamentarios.

**5°.-** Es dable destacar que desde los albores de la vida republicana, en Chile se ha reconocido y regulado la institución de las "indicaciones" de este modo Ismael Valdés Valdés al aproximarse a ellas indicó que estas tendrían por objeto *"(…) 1. aplazar la discusión indefinida o temporalmente;*

*2. proponer una cuestión previa dentro de la materia en debate; 3. pasar el asunto de nuevo a Comisión; y 4. dividir un artículo complejo o para hacer en el adiciones, supresiones o enmiendas"* (Valdés V., Ismael "Prácticas Parlamentarias", Año 1906, Santiago de Chile, p.p 119 y 120).

A reglón seguido, la Constitución de 1925 contempló, en forma explícita, la posibilidad de que un proyecto de ley pudiera ser corregido o alterado por la Cámara revisora. Sin perjuicio de lo cual, se incorporó en el reglamento de las cámaras preceptos según los cuales sólo serán admitidas las indicaciones cuando digan relación con las ideas matrices o fundamentales de un proyecto (art. 125 del Reglamento de la Cámara de Diputados y art. 101 del Reglamento del Senado) [23] . Cabe observar que claramente el proyecto -y su iniciativa- son, desde antaño, claramente distinguibles de su discusión y de las indicaciones que en ella posteriormente se formulen.

Luego, como dan cuenta los profesores Fermandois y García *"en el proyecto de reforma constitucional de la Carta de 1925 enviado por el Presidente Frei Montalva en enero de 1969, se introducía como inciso primero del artículo 50 de dicho cuerpo normativo: "Todo Proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto"* (ver en Fermandois V., A; García G., J., Origen del Presidencialismo Chileno: Reforma Constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa exclusiva, Revista Chilena de Derecho, Vol. 36 Nº 2, año 2000, p. 285).

Adicionalmente, este Tribunal ha precisado que *"La doctrina de los iuspublicistas ha entendido que las adiciones o correcciones que los órganos colegisladores pueden introducir a un proyecto de ley durante su tramitación configuran lo que, genéricamente, se conoce como "indicaciones". Así, el profesor Alejandro Silva Bascuñán sostiene que "el uso de la palabra (indicación) da a entender que se refiere al texto en el cual se formaliza cualquier tipo de proposición que parte del supuesto de un documento anterior, mediante la cual se insta por una adición, supresión, modificación o corrección de cualquiera naturaleza"*. (Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VII. Editorial Jurídica de Chile, 2000, p.122) (...) Por su parte, la jurisprudencia de este Tribunal ha precisado que "la voz "indicación", referida a un proyecto de ley, comprende para la técnica legislativa, toda proposición tendiente a corregir o adicionar un proyecto durante la etapa de su discusión y aprobación". (Sentencias Rol No 259, considerando 16º, y Rol Nº 719, considerando 21º). Congruente con lo expresado, el artículo 24, inciso primero, de la Ley Nº 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, reitera que *"solo serán admitidas las indicaciones que digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto"*.

**6°.-** En ese sentido, la norma constitucional es clara, pues la regla es categórica, unívoca y sin matices: "todo proyecto" puede ser objeto de indicaciones, lo que significa que salvo norma en contrario no existe proyecto que no sea susceptible de ser objeto de indicaciones, salvo que se quiera privar de sentido y eficacia al citado artículo 69, cuestión que determinará como errada toda interpretación que determine la imposibilidad de ejercicio de la potestad de presentar indicaciones. Cabe señalar además, que en el ejercicio de la potestad de presentación de indicaciones, el citado artículo no establece distinción alguna materias de indicaciones vedadas a los parlamentarios, como sí lo hace a propósito de la iniciativa al consagrar la iniciativa exclusiva. A su vez, las indicaciones tienen un límite material, tanto para el ejecutivo como para los parlamentarios *"en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto"*, según reza el mismo artículo 67 de la Constitución.

23 SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000): Tratado de Derecho Constitucional, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2a ed. tomo VI.

**7°.-** Para resolver el presente requerimiento, debe en primer lugar dilucidarse que los parlamentarios pueden presentar indicaciones en *"todo"* proyecto de ley, según la propia constitución lo dispone, y para sostener lo contrario se requiere forzosamente una norma constitucional que establezca la excepción a lo que puede denominarse como *"todo"*. No es del caso buscar tal norma constitucional, pues es sabido que no existe.

**8°.-** Es del caso señalar que durante décadas se ha incurrido en un yerro interpretativo: asimilar la iniciativa a la potestad de indicaciones, para por esa vía vedar a los parlamentarios la formulación de indicaciones en materias de iniciativa exclusiva, transformando al Congreso en una suerte de buzón que solo reciba y procese mecánicamente de forma irreflexiva y sin deliberar, aprobando o rechazando, negándole la posibilidad de discutir en tales materias. Tal ejercicio de interpretación extensiva de la iniciativa exclusiva es un error, pues limita por analogía a los parlamentarios en su expresa facultad constitucional de formular indicaciones, aplicándoles limites que no están establecidos para tal potestad sino para la de iniciativa, cercenando las facultades deliberativas en materia de gasto público, administración financiera del Estado, seguridad social, entre otras, aún cuando se trate de proyectos que hayan sido presentados por el Presidente de la República, de conformidad a las normas del artículo 65 sobre iniciativa exclusiva.

**9°.-** De igual forma, es la propia Constitución la que reconoce la potestad de los parlamentarios de presentar indicaciones en materia presupuestaria, al permitir modificaciones durante la tramitación para textos de proyectos que contemplen gastos. En efecto, el régimen presidencialista configurado a partir del texto constitucional tiene dos reglas que vale la pena consignar en el caso sub lite: en primer lugar, *dispone el ya citado artículo 65 de la Constitución, a propósito de materias de seguridad social, que "El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República"*, y, en segundo lugar, el artículo 67 señala, a propósito de la ley de presupuestos, que *"El Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos; sólo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente"* lo que presupone que su rol es más que aceptar o rechazar, ya que pues para que el Congreso pueda reducir o disminuir los emolumentos se requiere que el artículo propuesto sea objeto de modificaciones durante la tramitación, las cuales son evidentemente las indicaciones, que son las correcciones a las normas del proyecto, las cuales, según la norma constitucional, pueden presentar tanto el ejecutivo, como los parlamentarios, con el límite de ideas matrices, a lo cual se agrega el impedimento de crear gastos no propuestos y no aumentar los existentes.

**10°.-** En este sentido, las ideas matrices de la ley de presupuesto emanan en lo principal de la propia Constitución: estimación de ingresos y egresos, además de los casos y formas de los mismos, agrupados por ítem y ministerio.

**11°.-** Así, en materia presupuestaria la iniciativa es pre determinada por la propia Constitución, como todo proyecto es susceptible de indicaciones, a las que rigen los mismos límites materiales comunes de no exceder las ideas matrices, a lo que se agregan tres límites materiales adicionales, que consisten en no aumentar gastos propuestos, en no crear otros nuevos y en no alterar la estimación de ingresos.

**12°.-** A su vez, dentro de las ideas matrices de la ley de presupuesto se encuentran los casos y formas de cada gasto, así como el órgano respectivo llamado a ejecutarlo, todo lo cual puede ir acompañado de normas especiales que se consideren necesarias para el ejercicio de tales poderes de ejecución presupuestaria.

**13°.-** Este Tribunal ha reconocido expresamente en su jurisprudencia la potestad de los parlamentarios de formular indicaciones en el proyecto de ley de presupuestos, y no podría ser de otra forma en función de las normas ya aludidas. En este sentido, toda interpretación que sustente la tesis de la imposibilidad de indicaciones parlamentarias en materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República es un alarmante retroceso jurisprudencial en la materia, que además limita la potestad de formular indicaciones fuera de los casos y formas establecidos por la propia Constitución, llegando a cercenarla. Es justamente resolviendo cuestiones de constitucionalidad de proyecto de ley de presupuestos (del año 2008), que este Tribunal ha señalado expresamente *"que una indicación es una propuesta de cambio a la normativa contenida en un proyecto de ley con objeto de perfeccionarla, motivo por el que, necesariamente, ha de tener una vinculación próxima con la materia específica del proyecto, lo que la Constitución llama sus ideas matrices o fundamentales. De ahí que las indicaciones del todo ajenas al proyecto o cuya vinculación con el mismo sea remota, lejana, no resultan constitucionalmente admisibles"* (Rol N° 1005, cons. 10°), debiendo agregarse que conociendo de normas creadas por vía de indicación declaró expresamente *"no hay obstáculo para que en la ley anual de presupuestos se incluyan normas sobre materias relativas a su ejecución o a la administración financiera del Estado, pero estas disposiciones han de tener relación directa con las ideas matrices o fundamentales de la misma que no son otras que el cálculo de ingresos y la autorización de gastos"* (Rol N° 1005, cons. 12°).

**14°.-** Cabe reafirmar que el artículo 65 de la Constitución se refiere a potestades presidenciales de iniciativa y no a inexistentes poderes de "indicaciones exclusivas". En este sentido, las indicaciones solo pueden violar el artículo 65 si se presentan en el marco de un proyecto de ley que en sus orígenes no regulaba materias del artículo 65 (es decir, son misceláneas por estar fuera de las ideas matrices, violando el primer término el artículo 69, a lo cuál se sumará consecuencialmente que se pretende abrir oblicuamente debate legislativo sin patrocinio presidencial en una materia de iniciativa exclusiva) o bien si se refieren a un proyecto de ley que regulando una de dichas materias fue presentado sin iniciativa presidencial exigida por el artículo 65.

**15°.-** Así, cabe concluir que no debe confundirse iniciativa exclusiva con imposibilidad de formular indicaciones, lo cuál tiene plena vigencia en materia presupuestaria, pues todo proyecto puede ser objeto de indicaciones y la ley de presupuesto no tiene norma que excluya la potestad de indicaciones, así que lo que se debe hacer es buscar sus límites especiales y no excluirlas, en el marco de no confundir iniciativa con indicaciones, tras lo cuál aparecen los límites ya señalados de no crear gastos nuevos, no aumentar los formulados ni alterar la estimación de ingresos, así como no pretender regular cuestiones de manera permanente.

**16°.-** A reglón seguido, es trascendente destacar que la potestad relativa al gasto público *"posee una doble vertiente, ejecutiva y legislativa La primera se expresa en el poder de la Administración para elaborar el proyecto de ley de presupuestos y llevar adelante su ejecución, a lo que se agrega, posteriormente, su evaluación. Para ello, ejerciendo el presidente de la República su potestad reglamentaria, imparte las instrucciones para la ejecución de la ley de presupuestos, a través de una serie de decretos que establecen la regulación de determinados asuntos, como las normas de flexibilidad presupuestaria, las clasificaciones presupuestarias o la autorización de fondos globales en efectivo para operaciones menores y viáticos. La segunda, en tanto, se manifiesta cuando los órganos legislativos consideran el proyecto de ley de presupuestos, aprueban sus enmiendas y reciben información sobre su ejecución. Encuentra su desarrollo en los reglamentos de las Cámaras (artículos 28, 96, 207, 208, 210 y 211 del Reglamento del Senado; artículos 176, 177, 178, 179, 180, 181 y 182 del Reglamento de la Cámara de Diputados)"* (Villarroel Cáceres, Álvaro. (2012). El protocolo de acuerdos de la Ley de presupuestos del

sector público. Revista de derecho (Valparaíso), (38), 617-657. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000100015).

**17°.-** En el mismo sentido, cabe destacar que en el ciclo presupuestario si bien es predominante la participación del ejecutivo, a través de la iniciativa exclusiva del Presidente. Es indiscutible que en la etapa de discusión y aprobación es predominante la intervención parlamentaria, pues *"El Ejecutivo ingresa el proyecto de ley de presupuestos, a más tardar el 30 de septiembre de cada año, en la Cámara de Diputados, que lo remite a la Comisión Especial Mixta de Presupuesto. Ésta, integrada por 13 senadores y 13 diputados, debe quedar constituida dentro del mes de septiembre de cada año, fija en cada oportunidad sus normas de procedimiento y forma las subcomisiones que estima necesarias. Así, ha establecido que el quórum necesario para sesionar y adoptar acuerdos sea de 5 senadores y 5 diputados, y que el reglamento aplicable sea el del Senado. La preside un senador, en la práctica el que encabeza la Comisión de Hacienda, quien la convoca para, en los primeros días del mes de octubre, conocer el Estado de la Hacienda Pública, presentación del ministro de Hacienda sobre las perspectivas de la economía chilena, las fortalezas fiscales y supuestos macroeconómicos, y los principales contenidos del proyecto de presupuestos. A partir de esta ocasión, las subcomisiones de la Comisión Especial Mixta de Presupuesto celebran las sesiones en que reciben a los representantes del Ejecutivo y de otras instituciones para el análisis de las partidas presupuestarias, las que, desde que son puestas en discusión, son susceptibles de las indicaciones de los colegisladores. En el caso de los parlamentarios, cualquier diputado o senador puede formularlas. A ellos asiste, además, el derecho a solicitar votación separada de los diferentes subtítulos, ítems, asignaciones y sub-asignaciones propuestas, así como de las glosas de las diferentes partidas"* (Op. Cit). Queda claro que el proyecto de ley de presupuestos sí puede ser objeto de indicaciones, y ello debe ser reiterado, pues el requerimiento sostiene que no podría haber indicaciones en nada que tenga que ver con administración financiera del Estado, por ser materia de iniciativa exclusiva, lo cual es un exceso argumentativo que dejaría sin efecto la potestad de formular indicaciones a la ley de presupuestos.

**18°.-** Además de todo lo ya dicho, acerca de la atribución parlamentaria de introducir normas a la ley de presupuesto por vía de indicaciones, cabe recordar lo ya señalado con anterioridad por este Tribunal, en orden a que *"…para nadie es un misterio que la aprobación de la Ley de Presupuestos es un ejercicio de negociación política que tiene dos etapas. Una se lleva a cabo antes de su envío. Todos los organismos del sector público tienen que presentar sus propuestas de ingresos y gastos a la Dirección de Presupuestos, de acuerdo al calendario que ésta determine (artículo 13 del D.L. N° 1.263). Esta repartición, en conjunto con el Ministro de Hacienda, el Ministro sectorial respectivo y el Presidente de la República, definen los gastos que en definitiva serán propuestos para cada órgano al Congreso Nacional, de acuerdo a los recursos disponibles y a los objetivos, metas y prioridades de cada gobierno. La segunda etapa se lleva a cabo entre el Ejecutivo y el Congreso Nacional. El presupuesto es aprobado luego de conversaciones y diálogos formales e informales, en que se llega a acuerdos, transacciones y compromisos, que se reflejan en indicaciones y protocolos complementarios a la ley. Dicha negociación no tiene nada de malo o espúreo; es la consecuencia de que la facultad de aprobación radica en un órgano plural y representativo de la sociedad. Además, dicha negociación se realiza de un modo transparente, en que sus avances y retrocesos, si bien pueden escapar al ciudadano común, no escapan a la atenta mirada de un observador avezado. A fin de que esta negociación no se dilate, existe el plazo de sesenta días para que el Congreso despache el presupuesto"*, agregando que *"Como consecuencia de lo anterior, las potestades con que la Constitución dota al Ejecutivo no pueden interpretarse estáticamente y descontextualizadas de la realidad en que operan. Es más, considerarlas de manera binaria, es decir, que el rol del Congreso se limite a aceptar o rechazar, puede llevar a rigidizar el proceso de negociación de esta importantísima ley"* y que *"producto de este ejercicio de negociación y a pesar de las enormes potestades del Ejecutivo, el Congreso Nacional ha logrado avanzar en materia de información del gasto público"* (Rol N° 1867, cons. 27° y 28°), cuestión que también cabe predicar en orden a velar por el cumplimiento de otras normas legales, al establecer el acreditamiento de su observancia como requisito para traspasos de recursos a privados, o al disponer requisitos de no discriminación e igualdad de trato para realizar un gasto público específico.

**19°.-** Dicha transparencia e información a que se alude en la cita anterior no son un fin, sino un medio para el logro del escrutinio por parte del ciudadano en un régimen democrático y también un medio de examen para verificar el cumplimiento de la sumisión a derecho, entendida como el cumplimiento de la ley y de la Constitución en un Estado de Derecho. En este sentido, es posible introducir por vía de indicación normas sobre ejecución, control, fiscalización y eficacia, que obedezcan a un fin constitucionalmente legítimo, sin aumentar el gasto, sin crear gastos nuevos y sin alterar el objeto y fin de la glosa respectiva

**20°.-** Por otra parte, se concluye que el requerimiento hace una interpretación extensiva de la iniciativa exclusiva e invalidante de la potestad parlamentaria de formular indicaciones, lo que significa dejar sin efecto además lo razonado en los precedentes jurisprudenciales antes citados. Así, en una errada interpretación se deja sin efecto útil la norma del artículo 69 que permite presentar indicaciones a *"todo proyecto"* y ello es un error, pues se requeriría norma constitucional expresa que impida presentarlas, y en el texto vigente ello no existe.

**21°.-** A este respecto, cabe señalar que es un error argumentar en esta sede sustentándose en el artículo 24 de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, pues debiendo fallar este Tribunal conforme a derecho (artículo 92 de la Constitución), lo que está dentro de la competencia de esta Magistratura resolver en el marco de la atribución del artículo 93, numeral 3°, de la Constitución, son las "cuestiones de constitucionalidad", y no las de legalidad, que se susciten durante el proceso legislativo. En este orden, los conflictos en torno a las reglas especiales que establezca el aludido artículo 24 de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional son evidentemente conflictos de legalidad, no cuestiones de constitucionalidad, y es el artículo 25 de la misma ley la que establece el mecanismo de resolución de los mismos, confirmando que el artículo 24 es entonces una norma de rango legal, sobre admisibilidad de indicaciones en proyectos de ley. A este respecto, este Tribunal, en razonamientos que este sentenciador hace suyos en esta ocasión, que ha resuelto que:

> *"Que, en primer lugar, cabe señalar que las atribuciones de este Tribunal están taxativamente indicadas en el artículo 93 de la Constitución, de manera tal que sólo tiene jurisdicción para pronunciarse sobre las materias que están contenidas en los dieciséis numerales que dicho precepto contempla.*
>
> *Por otra parte, y en lo concerniente al asunto que ahora se estudia, es menester precisar que la señalada disposición de la Carta Política, en su número 3º, que es el invocado por los requirentes, sólo autoriza para resolver "las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso". En otras palabras, la competencia del Tribunal está circunscrita a resolver problemas de constitucionalidad, pero no de infracción legal o de reglamentos internos de las Cámaras. La misión primordial de esta Magistratura es velar por la supremacía constitucional y no por la infracción de normas legales o infra-legales"* (Rol N° 464, cons. 14°)

**22°.-** Aún así, deben precisarse algunas cuestiones acerca de los aludidos artículos 24 y 25 de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, cuyo texto es el siguiente:

> *"Artículo 24.- Sólo serán admitidas las indicaciones que digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto.*
>
> *No podrán admitirse indicaciones contrarias a la Constitución Política ni que importen nuevos gastos con cargo a los fondos del Estado o de sus organismos, o de empresas de que sea dueño o en que tenga participación, sin crear o indicar, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender a tales gastos.*
>
> *En la tramitación de proyectos de ley los miembros del Congreso Nacional no podrán formular*

*indicación que afecte en ninguna forma materias cuya iniciativa corresponda exclusivamente al Presidente de la República, ni siquiera para el mero efecto de ponerlas en su conocimiento. No obstante, se admitirán las indicaciones que tengan por objeto aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que haya propuesto el Presidente de la República.*

*Artículo 25.- Corresponderá al Presidente de la Sala o comisión la facultad de resolver la cuestión de admisibilidad o inadmisibilidad que se formule respecto de las indicaciones a que se refiere el artículo anterior. No obstante, a petición de cualquiera de sus miembros, la Sala o la comisión, en su caso, podrá reconsiderar de inmediato la resolución de su presidente.*

*La declaración de inadmisibilidad puede ser hecha por el Presidente de la Cámara respectiva o de una comisión, de propia iniciativa o a petición de algún miembro de la Corporación, en cualquier momento de la discusión del proyecto.*

*La circunstancia de que no se haya planteado la cuestión de admisibilidad o inadmisibilidad de una indicación durante la discusión en general en la Sala, no obsta a la facultad del Presidente de la comisión para hacer la declaración, ni de la Comisión para reconsiderar de inmediato la resolución de su Presidente.*

*Una vez resuelta por la Sala o por su Presidente la cuestión de admisibilidad o inadmisibilidad de una indicación, ella no podrá ser revisada en comisiones.*

*La cuestión de admisibilidad o inadmisibilidad de indicaciones resuelta en comisiones no obsta a la facultad de la Sala de la Cámara respectiva para hacer la declaración de admisibilidad o inadmisibilidad de tales indicaciones."*

**23°.-** En primer lugar, no es este un tribunal de apelación o revisión de lo obrado por las Presidencias de Sala o Comisión al resolver la admisibilidad de indicaciones o al ejercer atribuciones emanadas de normas legales o reglamentarias al respecto.

**24°.-** En segundo lugar, no puede interpretarse aislada y literalmente la parte del artículo 24 aludido que señala *"En la tramitación de proyectos de ley los miembros del Congreso Nacional no podrán formular indicación que afecte en ninguna forma materias cuya iniciativa corresponda exclusivamente al Presidente de la República, ni siquiera para el mero efecto de ponerlas en su conocimiento"*. En efecto, si se pretende aplicar tal regla en el presente caso y es interpretada prescindiendo de las normas del resto del artículo, que sí reconocen potestades de formular indicaciones, las mismas quedarían sin efecto útil y además se llega a una conclusión que es *contra constitutionem*: se entendería que el artículo 69 de la Constitución, que consagra que todo proyecto puede ser objeto de indicaciones, aparecería modificado por una norma de rango legal que establece las limitaciones materiales de indicaciones que la Constitución no solo no establece, sino que niega al consagrar que "todo proyecto", sin distinción, puede ser objeto de las mismas.

**25°.-** Como ya se señalara, por limitada que sea la intervención del Congreso en la ley de presupuestos, sí pueden los parlamentarios formular indicaciones, con los siguientes límites:

- No exceder las ideas matrices, tanto de ley de presupuesto, como en el objeto y fin de cada gasto en cada glosa
- No pasar a regular cuestiones de manera permanente
- No aumentar los gastos propuestos
- No crear gastos nuevos no contemplados en la iniciativa presentada por el ejecutivo.

**26°.-** A contrario sensu, dentro de dichos límites sí se pueden especificar, modificar, limitar o adicionar -todo ello por vía de indicación- las normas referidas a casos y formas de cada gasto particular, además de agregar normas sobre control, transparencia, ejecución y escrutinio de los gastos ya propuestos por el ejecutivo.

**27°.-** El requerimiento centra gran parte de la impugnación en que la sola existencia de indicaciones en materia de presupuestos vulneraría la iniciativa exclusiva en materia de administración financiera del Estado, tesis que nuevamente lleva a confundir iniciativa con indicaciones, a cercenar y eliminar el rol deliberativo del congreso y a eliminar la potestad de formular indicaciones contra texto expreso que señala que todo proyecto puede ser objeto de ellas

**28°.-** Identificada la idea matriz de la ley de presupuesto, debe examinarse además la finalidad, funcionalidad y objeto de cada gasto en cada glosa, lo cual es relevante a efectos del examen de legalidad de la ejecución presupuestaria, pues sin normas específicas al respecto, la potestad de gasto no tiene límites, pasaría a ser un poder en blanco y no podrían determinarse los casos, formas, objetivos asociados que la delimitan en específico. En efecto, sin tal examen es imposible hacer efectivo el principio de responsabilidad por infracción de la sumisión a derecho que contemplan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política. Tan relevante es ello que incluso en materia penal tales factores son elemento de juicio, en especial los fines a los cuales la ley destinó los recursos, ya que ello debe ser evaluado a la hora de determinar si concurre o no un delito de malversación de caudales públicos, siendo además relevante en el examen de cuentas cuando las responsabilidades financiera y administrativa están en cuestión. Es por ello que la especificación de contenido habilitante para determinados casos y formas de gastos puede llegar a ser tan relevante y preciso en la tramitación de la ley de presupuestos, pues de otro modo la legalidad de esos gastos pudiese ser cuestionada, derivando en las señaladas responsabilidades administrativas, financieras y eventualmente penales.

**29°.-** Así, los casos y formas habilitantes y limitantes de cada gasto son in extremis relevantes en la ley de presupuesto, y desde ya debe señalarse que los mismos pueden ser objeto de indicaciones, con los límites generales y específicos ya señalados, pues su deliberación, modificación o corrección son parte de la discusión legislativa y de las indicaciones a que alude el artículo 69 de la Constitución, que entonces pueden referirse perfectamente a los casos y formas de ejecución del gasto. En este orden, no debe olvidarse que la ley de presupuesto es una estimación, por lo que el eventual aumento de gasto debe tener un fundamento certero y claro, no ser solamente una cuestión especulativa y además no puede ser determinado por los parlamentarios sin que el ejecutivo lo proponga.

**30°.-** Adicionalmente, debe tenerse presente la obligación constitucional es indicar la fuente de todo gasto que se apruebe, lo que además debe ser comprendido en la medida que los ingresos y egresos son una mera estimación, que finalmente al año siguiente puede o no ser acertada por diversos factores, como el rendimiento tributario o el precio del cobre, entre muchos otros. A este respecto, si la fuente de recursos asignada a un gasto en particular finalmente resulta ser insuficiente, no es ni un ejercicio predictivo y una declaración de inconstitucionalidad el efecto jurídico que ello deriva, sino que es otro totalmente diferente, que está expresamente establecido por la propia constitución: en tal caso se está en presencia de los casos y formas habilitantes para el ejercicio de la potestad de reducción proporcional de gastos del artículo 67 constitucional, poder que además se ve complementado por las normas del decreto ley 1.263 sobre administración financiera del Estado, que permiten poder de dictar decretos de traspasos y reasignaciones para engrosar ítems y glosas presupuestarias sin que el ejecutivo tramite modificaciones a la ley de presupuestos. Sin perjuicio de ello no debe cometerse el error de "constitucionalizar" el contenido regulatorio y potestativo de tal decreto ley, que además es pre constitucional, sin perjuicio de las reformas que le han afectado. En efecto, las normas y procedimientos de tal decreto ley no son parte del contenido de la Constitución, y su texto original está elaborado para un Estado en el que no existía separación de poderes ni Congreso Nacional, ni el proceso legislativo actual ni menos la Descentralización que se conoce hoy en nuestro país.

**31°.-** Así, es dable señalar que no debe confundirse la iniciativa con la potestad de formular indicaciones, pues la iniciativa es, como lo dice el nombre, el punto de partida o el inicio, la primera etapa, la fase de decidir la apertura del proceso legislativo, debiendo considerarse tiene limitaciones materiales específicas en el artículo 65 para los parlamentarios, en un régimen que determina reparto de poder de iniciativa, estableciendo normas especiales para el ejecutivo. La potestad de formular indicaciones en cambio, se desarrolla en el marco de un proyecto ya iniciado y ya declarado admisible -en etapa de discusión, no de presentación- y tan diferenciable es que no puede haber indicaciones sin iniciativa en trámite. A su vez, un proyecto puede versar sobre cualquier materia de ley, sin embargo las indicaciones solo pueden referirse a las ideas matrices de un proyecto ya en tramitación.

## Aumento de gasto público e iniciativa exclusiva.

**32°.-** Es del caso señalar que conociendo de una impugnación de normas de proyecto de ley por una alegada invasión de iniciativa exclusiva, en la medida que por una indicación de aumento del quantum de sanciones se generaría un aumento de la población adolescente bajo sistema de reclusión y, por ende, del gasto de infraestructura y de personal ligados a la administración de los recintos de reclusión, constituyendo un eventual efecto colateral de la moción parlamentaria que se planteó incidía en la política carcelaria del país y por ende un mayor gasto, se razonó por este Tribunal que tal situación *"no puede, sin embargo, afectar su constitucionalidad. Si se llegase a una conclusión contraria significaría que ningún parlamentario podría iniciar proyectos de ley que aumentaran la penalidad de delitos o, incluso, crear nuevos tipos penales que importen privación de libertad, considerando el aumento consiguiente del gasto que ello puede implicar"* (Sentencia Rol N° 786, cons. 13).

**33°.-** Este estándar, creado a propósito de gasto penitenciario, se predica respecto de todo gasto público indirecto o colateral, que sea eventual y que no sea determinable con certeza y especificidad, al punto que, comentando dicha sentencia, un destacado autor señaló que *"entrega un nuevo antecedente importante de considerar, que podría plantearse del siguiente modo: los parlamentarios tienen atribuciones para presentar indicaciones o mociones que puedan, eventualmente, generar gasto, sólo si ello es un efecto colateral de la moción o indicación parlamentaria. Constituirían un efecto colateral aquellas consecuencias indirectas, que no están destinadas a aumentar el gasto público, pero que eventualmente podrían afectarlo por su aplicación"* (Sebastián Soto Velasco: Iniciativa exclusiva e ideas matrices: los aportes del Tribunal Constitucional, HEMICICLO Revista de Estudios Parlamentarios, Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, N°1, segundo semestre de 2009, p. 53), razonamiento que es plenamente pertinente en gran parte de las impugnaciones planteadas en este caso, en caso de haber algún aumento indirecto de gasto y en función de tal estándar, este sentenciador estuvo por declarar solamente dos inconstitucionalidades.

## Reducción por el ejecutivo del presupuesto de gobiernos regionales.

**34°.-** En uno de los diversos capítulos del requerimiento, se impugnan normas introducidas por vía de indicación para requerir acuerdo por 2/3 de los miembros del Consejo Regional para los casos que el poder ejecutivo ejerza la potestad presidencial establecida en el decreto ley 1.263 en orden a reducir partidas de presupuesto, en tal caso respecto del presupuesto de gobiernos regionales.

**35°.-** A este respecto, lo primero que cabe reflexionar es el sentido de los artículos 3, 111 y 113 de la Constitución Política. En primer lugar, el artículo 3° dispone que a pesar de ser Chile un Estado unitario, la administración del mismo será territorial y funcionalmente descentralizada o desconcentrada de conformidad a la ley, debiendo los órganos del Estado promover el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas. Dicha norma, elevada al nivel de principio y objetivo en el capítulo de Bases de la institucionalidad, establece un deber activo de propender a la regionalización y a fortalecerla como proceso, lo que significa profundizarla y a la vez aumentar la capacidad de gestión administrativa de las regiones, cuestión que es un imperativo normativo y que incluye por cierto su capacidad decisoria en materia presupuestaria, alcanzando también a la dotación de recursos a las regiones como eje interpretativo. Es del caso señalar lo obvio, cuál es que el deber constitucional de fortalecer a las regiones y propender a su mayor descentralización y autogestión tiene el carácter de norma jurídica, y no de declaración vacua.

**36°.-** En tal sentido, la misma Constitución dispone en el artículo 111 dispone que la administración superior de cada región reside en un gobierno regional, que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región, agregando que el gobierno regional estará constituido por un gobernador regional y el consejo regional. Para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio, no dejando lugar a dudas que el mismo es distinto del patrimonio del poder central y que además es auto gestionado, cuestión que se colige del concepto de "patrimonio propio" y de administración por una persona jurídica que no es el poder central, constitucionalmente reconocida como descentralizada.

**37°.-** A su vez, en el artículo 113 de la Constitución dispone que corresponderá al consejo regional aprobar el proyecto de presupuesto de la respectiva región considerando, para tal efecto, los recursos asignados a ésta en la Ley de Presupuestos, sus recursos propios y los que provengan de los convenios de programación. Es decir, la atribución de disposición presupuestaria del gobierno regional es de fuente constitucional, contenida en una norma de carácter auto ejecutivo, introducida a la Constitución por una norma posterior a las atribuciones que se establecen desde la dictación del decreto ley 1.263, le entrega al ejecutivo, en una norma pre constitucional y anterior también al régimen de descentralización regional vigente al día de hoy, las cuales se contienen en un decreto legislativo dictado por una Junta sin Congreso Nacional en funciones, para un régimen administrativo que nada tiene que ver con el vigente hoy. De esta forma, lo que podría resultar de dudosa constitucionalidad es aplicar por extensión o analogía la atribución del poder central de modificar presupuestos regionales y exigir entrega de dineros de los mismos, pues a la luz de las normas constitucionales aludidas, la existencia de una atribución presidencial en ese orden debiera tener fuente constitucional al ser una limitación y una excepción que va en sentido frontalmente contrario a lo normado por los artículos 3°, 11 y 113 de la Constitución a propósito de la autogestión regional. De todas formas, no es en esta sede de control preventivo que este Tribunal deba pronunciarse sobre normas legales vigentes, como lo son las pre constitucionales del decreto ley 1.263, que además son pre descentralización vigente.

**38°.-** Siendo la atribución de aprobación de presupuesto regional una de aquellas de explícita fuente constitucional, resulta evidente que la modificación de ellos mismos tiene al mismo titular y al mismo procedimiento: al poder constituyente, mediante el procedimiento de creación de nuevas normas constitucionales. A mayor abundamiento, la especificación legislativa de las atribuciones constitucionales de aprobación y disposición de presupuesto regional se contienen en el artículo 36 de la Ley N° 19.175, en una norma permanente y de tipo orgánico constitucional.

**39°.-** En efecto, en el marco de la reserva de ley orgánica del artículo 113 de la Constitución, el artículo 36 c) de la Ley N° 19.175 específica y detalla las normas por las que se le entrega al Consejo Regional la aprobación del presupuesto regional. La reducción del presupuesto emana de las atribuciones del decreto ley 1.263, como ya se ha dicho, anterior al texto actual de la Constitución. En este sentido, las normas de la glosa en cuestión solamente reiteran lo dispuesto por el artículo 113 de la Constitución y por el artículo 36 de la Ley N° 19.175, cuál es que la determinación del presupuesto regional es atribución del Consejo, agregándose que la norma en cuestión introduce un límite no permanente -de vigencia anual- a las facultades del pre constitucional decreto ley 1.263 que el ejecutivo aplica por analogía o extensión. A partir del claro texto artículo 113 constitucional resulta perfectamente colegible que una reducción del presupuesto regional requiere acuerdo del Consejo regional, pues un decreto ley pre constitucional no puede entenderse que modifica una norma constitucional posterior y tampoco puede entenderse que la ley de presupuestos otorgue facultades presidenciales por sobre el mismo artículo 113 constitucional, de lo que se colige que la norma sólo reitera que la decisión de disposición modificatoria de presupuestos regionales requiere acuerdo de los consejos respectivos conforme a la normativa constitucional y legal vigente, concluyéndose que la única innovación es el establecimiento de un quorum especial de 2/3.

**40°.-** Desde esta perspectiva, lo único que puede tenerse por inconstitucional en dicha glosa es el quorum nuevo y especial de 2/3, mas no la atribución en sí misma. En efecto, el quorum especial viene a ser uno de los casos y formas de ejercicio nuevo y específico de la preexistente atribución, que se enmarca en la reserva de ley orgánica constitucional de atribuciones de los Consejos regionales, establecida en el inciso primero del artículo 113 de la Constitución Política. Así, no habiéndose aprobado el nuevo quorum de 2/3 con la votación correspondiente a norma de ley orgánica constitucional, la exigencia de tal quorum resulta inconstitucional por forma.

## Glosa sobre normas de licitación de retiro de basura.

**41°.-** Como ya se señalara, no tienen nada de inconstitucional que los parlamentarios formulen indicaciones acerca de los casos y formas en las cuales será ejecutado el gasto propuesto por el ejecutivo, mientras no aumenten el ítem ni creen gastos nuevos, estando además perfectamente facultados para introducir normas de escrutinio, eficacia del derecho, probidad y control. Lo expresado cobra aún más sentido si las indicaciones se refieren a que para verificar la erogación de recursos públicos se requiere promover el cumplimiento de la ley laboral y previsional, verificando que el destinatario de los dineros la ha cumplido, para que los recursos públicos no signifiquen un subsidio a su incumplimiento como parte de un negocio particular.

**42°.-** En este caso, no puede preterirse que el cumplimiento de la ley laboral y previsional es la verificación empírica de la eficacia de las normas de garantía de los derechos fundamentales a la seguridad social y a la protección constitucional del trabajo (las cuales son parte del catálogo de derechos fundamentales y de sus garantías, en los numerales 16° y 18° del artículo 19 de la Constitución), por lo que su resguardo es un fin constitucionalmente legítimo, más aún si no se irroga gasto adicional ni se crea uno nuevo, en el marco del pago con fondos públicos de servicios prestados en un rubro de trabajo altamente expuesto a accidentes y que presta servicios en la calle, en condiciones de higiene y seguridad por definición difíciles y con sueldos que histórica y empíricamente han sido bajos, en el rubro de retiro y tratamiento de basura .

**43°.-** Por lo expuesto, el requerimiento será rechazado a este respecto.

## Glosa sobre compra de terrenos para proyectos habitacionales.

**44°.-** En consonancia con lo ya señalado, cabe señalar que las indicaciones que dan origen a las normas cuestionadas no se refieren a otra cosa que los casos y formas de gasto, sin modificar ideas matrices ni aumentar gasto final, sino solamente refiriéndose a la exigencia de una certificación relativa a los usos y aptitud del suelo.

**45°.-** En efecto, lo cuestionado se refiere a la exigencia de requisitos de orden urbanísticos en compra de inmuebles por órganos públicos, lo cual es claramente una cuestión de mérito legislativo, de examen de razonabilidad técnica, de determinación de usos de suelo, pero no una cuestión de constitucionalidad, en el marco de la regulación del gasto en un área que enlaza con materias específicas y de orden técnico reguladas en la Ley General de Urbanismo y Constituciones y en la ordenanza del ramo, debiendo recordarse además que el uso del suelo es una materia regulada a nivel de instrumentos de planificación comunal y regional, que reconoce especificidades altamente técnicas también.

**46°.-** A su vez, la norma no ordena comprar tales o cuales terrenos, sino que sólo se refiere a la regulación de la determinación de inmuebles que pueden o no ser comprados, sin aumentar el ítem de gastos y sin crear gastos nuevos, dentro del objeto y fin del gasto propuesto por el poder ejecutivo.

**47°.-** De tal forma, el requerimiento a este respecto debe ser rechazado, pues no aparecen vulneradas las normas constitucionales ni de iniciativa, ni de aumento ni de creación de gastos públicos en la ley de presupuestos.

## Glosa de inclusión curricular de Chiloé.

**48°.-** Que, examinada la impugnación formulada respecto de la glosa referida a inclusión curricular de contenidos educativos en Chiloé, debe precisarse que también se refiere a casos y formas de ejecución de gasto para facultar su destinación en el mismo rubro educativo, no vulnerando la idea matriz, que en específico se refiere a gasto en educación, dentro de un determinado marco curricular.

**49°.-** A este respecto, no establece un contenido mínimo obligatorio nuevo para planes y programas, tampoco se establece un "deber de gasto", ni tampoco un nuevo gasto, solo señala que con esos recursos "se podrá estudiar" la inclusión de contenidos referidos a la incorporación de Chiloé y Magallanes al territorio de Chile y la incorporación de ramos referidos a fortalecer pertenencia cultural y tradiciones de territorios chilotes y de la región de los lagos, lo cual no es sino ejercicio de atribuciones de sostenedores de establecimientos educacionales en el marco del uso de recursos públicos, respecto de los cuales siempre existen usos determinados y cargas asociadas.

**50°.-** A partir de ello, solamente se especifican contenidos opcionales que quedan habilitados para el uso de recursos educativos, en una clara alusión a materias de identidad regional, que claramente tienen que ver con el fortalecimiento de la identidad de la región, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 3 de la Constitución, sin crear un gasto nuevo y sin aumentar el monto de recursos.

**51°.-** Es por ello que en esta materia el requerimiento debe también ser rechazado, pues no aparecen vulneradas las normas constitucionales ni de iniciativa, ni de aumento ni de creación de gastos públicos en la ley de presupuestos.

## Glosa sobre bono manipuladoras de alimentos zonas extremas.

**52°.-** En lo referido a las normas sobre el bono para manipuladoras de alimentos de zonas extremas, cabe mencionar que las normas introducidas por vía de indicación, y que se cuestionan, tienen varios ejes normativos.

**53°.-** En primer lugar, la indicación tiende a especificar y determinar normas de igualdad de trato y no discriminación entre los trabajadores destinatarios de tal bono, incluyendo reglas que explicitan pagos proporcionales, que en materia laboral pueden ser perfectamente colegibles por vía interpretativa. En ese orden, introducir normas referidas a la eficacia y cumplimiento de la garantía constitucional de igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado, constituye un fin constitucionalmente legítimo, que se refiere a los casos y formas de ejecución del gasto, sin crear uno nuevo gasto, por lo que a este respecto tales normas no resultan ser inconstitucionales.

**54°.-** Otro tema es la determinación del monto del bono y su reajustabilidad, pues de los antecedentes allegados al proceso y lo argumentado en el requerimiento, tal parte de las indicaciones, al fijar un monto del aludido bono, estaría aumentando el gasto, en un monto que la Dirección de Presupuesto estimaría en 1.300 millones de pesos, obrando en autos antecedentes suficientes para constatar el monto original y el monto final resultante, siendo claro que el gasto es aumentado por vía de tal indicación.

**55°.-** Desde esa perspectiva, resulta ser inconstitucional la frase "tendrá un valor mensual equivalente a $100.000" y también la norma que seguidamente dispone el reajuste, por infringir el artículo 67 de la Constitución al aumentar el gasto propuesto por el proyecto de ley de presupuestos.

## Glosa sobre porcentaje de asignación presupuestaria del fondo solidario de elección de vivienda.

**56°.-** Respecto a las normas cuestionadas de la Glosa de de asignación presupuestaria del fondo solidario de elección de vivienda, cabe observar nuevamente que la norma cuestionada no crea nuevo gasto, ni aumenta uno propuesto, sino que solamente se refiere a los casos y formas del mismo, sin alterar el objeto ni el fin de la glosa respectiva. En efecto, solamente se agrega por la indicación que con esos recursos se podrán hacer estudios preliminares y adquirir terrenos, dentro del motivo y fin de la glosa aludida.

**57°.-** Así, de acuerdo a lo expuesto, en este capítulo procede rechazar también el requerimiento, pues la norma se refiere solamente a casos y formas de la misma partida y dentro del mismo monto, por lo que no aparecen vulneradas las normas constitucionales ni de iniciativa, ni de aumento ni de creación de gastos públicos en la ley de presupuestos.

## Glosa impugnada de reposición de vacantes.

**58°.-** A este respecto, se cuestiona una norma generada por vía de indicación, que establece el deber de proveer en breve plazo cargos vacantes, en el marco de ítem presupuestario de pago de remuneraciones para funcionarios.

**59°.-** A este respecto, cabe observar que no hay aumento de gasto propuesto, sino norma de eficacia y garantía de ejecución presupuestaria, en una glosa que contempla pago de remuneraciones para planta completa por los 365 días del año, agregando normas de eficacia y celeridad para

la ejecución presupuestaria en lo relativo a la provisión del personal que servirá y devengará tales remuneraciones, reconociendo la necesidad de regularidad y continuidad de la prestación del servicio público, lo cual no tiene vicios de constitucionalidad más allá de los problemas de técnica y merito legislativo, pues el derecho administrativo suele enseñar que los plazos para la administración no son fatales, de lo que deriva que los procedimientos administrativos de concurso difícilmente podrán verificarse en tan breve plazo, pero ello no constituye cuestión de constitucionalidad sino una materia propia de la legalidad administrativa, en la medida que en ella se regulan los procedimientos de provisión de cargos por concurso.

## Glosa sobre atención a victimas de VIF.

**60°.-** Se cuestionan también normas creadas por vía de indicación, en lo que se refiere al programa de prevención y atención de violencia contra mujeres.

**61°.-** De la sola lectura de las normas cuestionadas y del nombre de la glosa se constata que las indicaciones se refieren al objeto del programa, incorporando expresamente la VIF, en cumplimiento del deber estatal de asistencia a víctimas de violencia, que tiene incluso fuentes de derecho internacional. En este sentido, lo que hacen las reglas introducidas por vía de indicación no es aumentar el ítem de gastos ni crear beneficios, pues mal podría señalarse que la atención a víctimas de violencia ilegítima sea un "beneficio" del Estado, que debe garantizar y promover su derecho a la integridad física y síquica.

**62°.-** En este orden, no se aumenta el monto de gasto, las normas solamente redundan al referirse a casos y forma, o más bien a destinatarios, con mayor especificidad dentro del objeto y fin de la glosa, además de lo cual se especifica un parámetro para examinar la eficacia de la ejecución del gasto.

**63°.-** Nada de lo expuesto precedentemente resulta entonces contrario a la Constitución.

## Glosa sobre reglas para el otorgamiento de pensiones de gracia.

**64°.-** Como primer tema, cabe señalar que la atribución presidencial de otorgar pensiones de gracia encuentra su fuente explícita en el numeral 11 del art. 32 de la Constitución, debiendo ejercerse "de conformidad a la ley", reserva de dominio legislativa que se establece en términos amplios y sin grandes límites en el texto constitucional, de lo cual resulta que el legislador aparece dotado de una amplia capacidad normativa al respecto. La materia se regula entonces en la Ley N° 18.056 desde 1981, su art. 2 dispone que "Podrán solicitar pensiones de gracia:

a. Las personas que hubieren prestado servicios distinguidos o realizado actos especialmente meritorios en beneficio importante del país, más allá de su personal deber. En caso de fallecimiento de las personas indicadas, podrán solicitar el beneficio su cónyuge, padre, madre o hijos.
b. Las personas afectadas por accidente o catástrofe, respecto de las cuales existan circunstancias extraordinarias que justifiquen el otorgamiento de una pensión.
c. Las personas que se encuentren incapacitadas o con graves e insalvables dificultades para ejercer labores remuneradas que les permitan su subsistencia y la del grupo familiar que viva a sus expensas, en razón de enfermedad, invalidez, vejez o cualquier otra causa debidamente justificada.".

**65°.-** La misma ley establece en su artículo 6° agrega que "El Presidente de la República podrá otorgar pensiones de gracia, aunque no se reúnan las exigencias previstas en esta ley para optar a ellas, en casos calificados y por decreto supremo fundado." es decir, si ya en el artículo 2° de la ley aludida aparece que la potestad es amplia, el artículo 6 permite ir más allá de dichos casos y formas, solamente utilizando un decreto supremo e invocando motivos calificados, que al estar fuera de las reglas de derecho del artículo 2, serán siempre motivos de hecho.

**66°.-** Se observa entonces que el ejercicio de la facultad de otorgamiento de pensiones de gracia no emana de la ley de presupuesto, sino de la constitución y de leyes permanentes, y se encuentra recogida en términos bastante amplios, por lo que mal puede estar ampliando "un beneficio", como se señaló en la discusión, la indicación cuestionada, pues el mismo es ya lo suficientemente amplio, al punto que el poder presidencial en la materia permitiría, por la vía del artículo 6°, otorgar pensiones de gracia a todo el universo de personas a que alude la indicación, además de que lo regulado por el proyecto de ley de presupuesto en este ítem, antes y después de la indicación, podría tener cabida en la ley 18.056 ya aludida, por lo que la glosa nada innova, salvo especificar casos y formas posibles para un gasto ya determinado, y habilitado de forma abierta, en una ley permanente.

**67°.-** Adicionalmente, la norma cuestionada no establece directamente el otorgamiento de pensiones, es decir, no crea un gasto ni aumenta otro, sólo alude a la posibilidad de que se otorguen nuevas pensiones en ejercicio de potestades presidenciales pre existentes, las cuales ya emanan del texto de la ley 18.056 y de la propia Constitución. A lo más, puede decirse que la norma se refiere a casos y formas del gasto en pensiones de gracia, pero sin aumentar el ítem ni crear gasto nuevo, agregando reglas expresas para el ejercicio de la atribución, es decir, incorporando normas de ejecución presupuestaria.

**68°.-** Es por ello que el requerimiento a este respecto también debe ser rechazado.

CAPÍTULO III

# *Votos sobre Derecho Procesal Constitucional.*

1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

Resolución de no admisión a trámite Rol 10.774-2021 688

Sentencia Rol 11.230-2021 700

Sentencia Rol 11.820-2021 733

Resolución de inadmisibilidad Rol 13.605-2023 740

2. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO DE LA GESTIÓN PENDIENTE Y EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD.

Sentencia Rol 9062-2020 745

Sentencia Rol 8518-2020 750

Sentencia Rol 9431-2020 750

3. SOBRE LA NATURALEZA DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD Y EL CASO CONCRETO.

Sentencia Rol 8606-2020 751

Sentencia Rol 13.170 753

4. SOBRE EL EFECTO DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS DE INAPLICABILIDAD.

Sentencia Rol 13.466-2022 754

Sentencia Rol 8907-2020 769

5. SOBRE PLANTEAMIENTOS DE CUESTIONES DE MERA LEGALIDAD.

Sentencia Rol 10.825-2021 770

6. SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

Sentencia Rol 10.778-2021 770

7. SOBRE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Sentencia Rol 12.147-2022 772

# 1. Competencia del Tribunal Constitucional de control de constitucionalidad.

## RESOLUCIÓN DE NO ADMISIÓN A TRÁMITE ROL 10.774-2021
## VOTO MAYORÍA

[…]

### I. ACERCA DE LA COMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL EN ESTA SEDE

**1°.-** El artículo 93, numeral 3° de la Constitución Política otorga competencia jurisdiccional de tipo contenciosa a esta Magistratura, para resolver mediante el proceso las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley, de reforma constitucional o de acuerdo aprobatorio de un tratado internacional, con el objetivo que dicha inconstitucionalidad no haga nacer una norma viciada en cuanto a su constitucionalidad.

**2°.-** Por su parte el artículo 63 de la ley orgánica de esta Magistratura determina requisitos específicos de admisión a trámite, para identificar y delimitar el conflicto del que conocerá este Tribunal en el proceso que eventualmente abra, en el marco de competencias y requisitos de procesabilidad tasados y restringidos, que por ende no pueden ser interpretados de forma extensiva.

**3°.-** Ello convoca a recordar que la jurisdicción constitucional es llamada a la resolución de conflictos jurídicos en materias reguladas por la Constitución mediante el proceso, en ejercicio de la jurisdicción, lo cual exige diferenciar el control político del jurídico y además especificar y determinar el estricto carácter jurídico del conflicto planteado, ya que si ello no es verificado, no se está en presencia de una materia de competencia de un tribunal constitucional, sino en presencia de una discrepancia de valoración política. En efecto, el control jurídico exige un parámetro objetivado, que no es otro que la propia Constitución, y es por ello que en los presupuestos de admisión a trámite se exige una precisa indicación de la infracción constitucional, lo que presupone determinar un estándar de constitucionalidad fundado directamente en normas y su significado, para alegar posteriormente que el mismo se encuentra infringido, y la forma en que ello se ha producido en el proceso legislativo.

**4°.-** En contraposición a lo anterior, el control político, ubicado dentro de los frenos y contrapesos al ejercicio del poder propios del sistema democrático, corresponde a los órganos que ejercen funciones de tipo político, electos en las urnas a tal efecto, y se canalizará por los mecanismos propios del régimen democrático plasmado en un Estado Constitucional. Los órganos de control jurídico no tienen por función deliberar en dicha órbita, sino que examinar actos jurídicos particulares para determinar su apego o alejamiento del marco jurídico que delimita el ejercicio del poder, para contrastarlos con un parámetro de control escrito y objetivado llamado normas jurídicas, en este caso, en un ejercicio de control de constitucionalidad, en un sentido estrictamente técnico jurídico, que conlleva la exclusión del control de mérito, bondad u oportunidad de decisiones políticas, el cual en un caso como este cabe dentro de la órbita deliberativa de los órganos colegisladores.

**5°.-** En consecuencia, mediante el proceso jurisdiccional se resuelven conflictos de relevancia jurídica, por un tribunal y en el estricto marco de su competencia, en este caso tasada y establecida constitucionalmente, a lo cual se agrega el marco procedimental, de admisión y admisibilidad

establecido en su corresondiente ley orgánica, todo lo cual, en el lenguaje del artículo 7° de la Constitución, delimita los casos y formas en los que este tribunal ha de actuar dentro de su competencia. Por otra parte, las cuestiones de discrepancia de mérito político han de ser resueltas dentro de los canales deliberativos, decisionales y transaccionales que el régimen democrático establece en la Constitución Política de la República, erigiéndose como un verdadero sistema autocompositivo y mediador de conflictos políticos y de producción legislativa, marco en el cual solo podrán ser ventilados en un tribunal aquellos de estricta dimensión jurídica.

**6°.-** A lo anterior cabe agregar que si bien existe norma expresa (artículo 3º inciso segundo de la Ley Nº 17.997) que consagra la inexcusabilidad como mandato en materia de justicia constitucional, ello no debe ser entendido como una carta blanca para conocer todo tipo de cuestiones, pues el primer presupuesto de la regla de inexcusabilidad es que la materia del conflicto formulado sea de competencia del tribunal, y el segundo es que su jurisdicción sea requerida en forma legal, todo lo cual reconduce a que esta Magistratura analice en esta etapa de admisión a trámite el cumplimiento de los fundamentos y presupuestos necesarios para entrar al conocimiento de una cuestión que ha de ser de naturaleza jurídico-constitucional.

**7°.-** Precisamente, es en este contexto de análisis de los requisitos para la admisión a trámite en el cual parece discutible la existencia de una cuestión de constitucionalidad concreta, susceptible de ser analizada -al menos en este momento- considerando la etapa en que se encuentra, las negociaciones existentes entre los colegisladores que permita destrabar la controversia y, aún más, encontrándose aún pendiente el ejercicio del veto presidencial que podría tener efectos modificatorios respecto de la iniciativa legal.

**8°.-** Es en el marco de las diferenciaciones anteriormente expuestas que se observa diferencia entre el trabajo de un tribunal ejerciendo jurisdicción y el del de una hipotética tercera cámara legislativa -si existiera- y es en tal sentido las normas sobre apertura del proceso deben ser leídas y comprendidas, y así la admisión a trámite es un verdadero examen de reconocimiento de los elementos, caracteres, límites y sentido del conflicto planteado, constituyendo el examen de los presupuestos de admisión a trámite la verificación del carácter de control jurídico de competencia de este Tribunal acerca del conflicto que cualquier requirente plantee.

**9°.-** Cabe expresar así que el Derecho Procesal Constitucional (jurisdicción constitucional o justicia constitucional) importa la proscripción y superación de la autotutela en materia de conflictos político-constitucionales, para ser sustituida por un debido proceso que deberá concluir con una resolución fundada jurídicamente. A la vez, ello tiene un límite y una significación: la jurisdicción contenciosa y sus procesos solo pueden referirse a conflictos específicos, delimitados y de clara dimensión jurídicos, exigiendo alto estándar de legitimación activa, competencia, formulación y delimitación.

**10°.-** Como se verá, al no acoger a tramitación el requerimiento presidencial, este Tribunal no está excusándose de conocer, sino que simplemente está constatando que el conflicto no se encuentra asentado jurídicamente de manera definitiva con los elementos planteados en el requerimiento que formularlo en esos términos es parte de las cargas procesales de quien requiera la intervención de éste órgano jurisdiccional, ya que de otra forma el conocimiento de la cuestión planteada, habiéndose aperturado el debate legislativo sobre la misma materia y entre los mismos órganos, actuando como colegisladores, llevaría a este tribunal decidir políticamente y no jurídicamente en sentido estricto, lo cual excede la órbita de un conflicto de aquellos que este tribunal debe conocer, siendo la etapa de admisión a trámite la correspondiente a la identificación del conflicto planteado en este tipo de procesos.

## II. EN CUANTO A LA FORMULACIÓN DEL CONFLICTO EN EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1

**11°.-** Que este Tribunal, en el marco de sus atribuciones jurisdiccionales, ha entrado a conocer y resolver un requerimiento de inconstitucionalidad, interpuesto por S.E. el Presidente de la República, referido a un conjunto de cuestiones de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines N° 13.950-07, 14.054-07, y 14.095-07 refundidos).

**12°.-** Que de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal en esta etapa procesal sólo corresponde resolver si se dan o no por verificados los requisitos jurídicos y procesales que aquélla dispone para admitirlo a tramitación y, eventualmente, de cumplirse, poder entrar a conocer y resolver el fondo de lo formulado en el requerimiento tras emplazar y oir a los otros órganos legitimados. En consecuencia, en esta etapa procesal no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto de reforma constitucional.

**13°.-** Así, es necesario precisar que al verificar el examen de admisión a trámite del requerimiento el Tribunal no toma ni puede tomar en cuenta la existencia o la bondad de una política pública determinada, ni menos su mérito, ni tampoco realizar la cuantificación de una crisis económica o social, pues este examen es estrictamente jurisdiccional y jurídico procesal. En efecto, es menester recalcar que lo que este tribunal es competente para enfrentar son las "cuestión de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley", como expresa y limitadamente lo establece el artículo 93, numeral 3°, de la Constitución Política al delimitar su competencia de control de constitucionalidad y resolución de conflictos constitucionales.

**14°.-** En tal orden de cosas, cabe recordar lo señalado precedentemente, en cuanto a que la competencia que se le atribuye a este Tribunal en el numeral 3° del artículo 93 de la Constitución, en concordancia con el artículo 63 de la Ley Nº 17.997, es de naturaleza tasada y limitada a resolver sobre "todas las cuestiones que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley de reforma constitucional", lo que exige delimitar con precisión el conflicto que el Tribunal conocerá, pues no puede extender su competencia a temas no comprendidos en la traba de la Litis, quedando fuera de ella cuestiones de mérito legislativo y conflictos diferentes de los calificables como jurídico-constitucionales.

**15°.-** En cuanto al presente proceso, al igual como ocurrió a propósito del anterior requerimiento de inconstitucionalidad (Rol 9797), del proyecto de reforma constitucional que permitía un segundo retiro del 10% de los fondos previsionales de cuentas de capitalización individual, la Presidencia de la República viene nuevamente a requerir ante esta Magistratura la inconstitucionalidad del proyecto de reforma constitucional que busca autorizar un tercer retiro de fondos desde las cuentas aludidas, pretendiendo que se resuelva en este proceso una controversia con el Congreso, al cual le atribuye una serie de vicios, tanto de forma en la tramitación del proyecto, expresados en una eventual transgresión de las normas que regulan el proceso de reforma constitucional (en particular al artículo 127 constitucional), así como algunos en el fondo, ante lo que sería una transgresión al artículo 19 Nº 18° de la Carta Fundamental, relativo al derecho a la seguridad social.

**16°.-** En este sentido, a partir de estas dos eventuales infracciones constitucionales centrales, el requirente deriva una serie de otros cuestionamientos que pondrían en entredicho la constitucionalidad del proyecto. A lo anterior, se suman las objeciones de constitucionalidad a

la posibilidad de que los pensionados o sus beneficiarios por renta vitalicia puedan adelantar el pago de sus rentas hasta por un 10% del valor correspondiente a la reserva técnica que mantengan en la respectiva compañía de seguros, con un límite máximo de 150 UF. En este último caso se plantean como posibles vulneraciones, una transgresión a la garantía del derecho de propiedad respecto de los dineros que han sido traspasados en virtud de un acuerdo contractual desde los pensionados a las compañías aseguradoras, así como una vulneración a la igualdad de las cargas públicas al imponer un sacrificio patrimonial sobre tales compañías, el que deben soportar sin mayores compensaciones, además de una infracción al artículo 68 constitucional.

**17°.-** En este sentido, regido el presente proceso por el principio dispositivo y sujeto a traba de litis determinada, en el requerimiento se alegan inconstitucionalidades de forma, pero posteriormente se constata que lo requerido es el texto del proyecto, según se desprende de fojas 2, al señalar que el objeto del requerimiento es "que este Excmo. Tribunal declare la inconstitucionalidad del proyecto" y en la parte petitoria del requerimiento "que declare contrarios a los artículos 1° inciso cuarto, 5°, 6°, 7°, 19, N°s 18, 20° y 24°, y 65 incisos tercero y cuarto N° 1 y 6, todos de la Constitución Política y todos en relación al artículo 127 de la misma, como también los artículos 68 y 94 de la Constitución, el proyecto…". En su sentido natural y obvio, la voz "el proyecto" alude al texto de la iniciativa, es decir a su texto, lo que es coherente con lo expresado en la parte petitoria y con lo señalado a fojas 2.

**18°.-** Cabe señalar que el requerimiento se centra en la invocación de vicios de constitucionalidad de forma, que como tales se refieren a cuestiones que en ocasiones pueden ser calificables como de atribución, procedimentales o de solemnidades de derecho público, referidos a actos más que textos de normas, como podrían ser alegaciones de invasión de iniciativa exclusiva, quorum impropio e idoneidad de las disposiciones transitorias como fuentes del derecho. En este sentido, no puede preterirse que los denominados vicios de constitucionalidad de forma, al consistir en infracciones atributivas, procedimentales o de formalidades específicas, en todos los casos establecidas por normas constitucionales, durante el proceso de generación de una determinada fuente del derecho, se traducen en actos del proceso de generación de la norma, en los cuales recae la potencial irregularidad que se alegue, la que no necesariamente se ve expresada en el texto normativo, sino más bien en su génesis, no arrancando exclusivamente el vicio desde el texto normativo. En tal sentido, es prístino que los vicios de constitucionalidad de forma alegados no son solo vicios "de texto" de la norma, entendiendo como tales aquellos que se desprendan de la sola lectura del texto de la norma cuestionada, en enunciados normativos que pugnen con el texto de la Constitución. Así, en el proceso legislativo chileno consisten en vicios de forma la presentación de un proyecto, la invasión de iniciativa exclusiva, la formulación de indicaciones misceláneas a un proyecto en trámite, la omisión de quórums especiales, etc.

**19°.-** Al contrario, para la detección de vicios de forma ha de examinarse completamente la historia de la norma, desde la presentación de la iniciativa, pasando por las actas en las que conste el quorum de aprobación, los boletines de indicaciones, etc., debiendo explorarse el iter legis, señalándose por la doctrina que "[…] en consecuencia, la inconstitucionalidad de forma no está presente en el texto o enunciado normativo, ni en la interpretación que los autores o la jurisprudencia puedan elaborar del mismo" (VERDUGO RAMIREZ, Sergio.

INAPLICABILIDAD Y VICIOS DE FORMA: ¿UN PROBLEMA RESUELTO?. Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2010, vol.23, n.2 [citado 2021-04-27], pp.83-112. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000200005&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000200005).

En tal sentido el artículo 93, numeral 3°, de la Constitución Política es claro, en orden a incluir como objeto de impugnación no "el texto" del proyecto, sino "las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación" de un proyecto, incluyendo así los conflictos de constitucionalidad de forma, que no emanan necesariamente del texto.

**20°.-** Adicionalmente, no debe olvidarse que el control de constitucionalidad a priori de proyectos de normas establecido en el numeral 3° del artículo 93 es una potestad tasada, contenciosa, regida además por el principio de competencia específica, restringida, de última ratio e incompatible con el control de mérito, de lo que redunda que sus presupuestos de admisión a trámite no pueden ser interpretados extensivamente.

**21°.-** En tal sentido, la alegación de vicios de constitucionalidad de forma, a efectos de cumplir los presupuestos de admisión a trámite del artículo 63 de la Constitución Política, exige determinar claramente el objeto de impugnación, pues el objeto de control de constitucionalidad será ese y no otro, y en el presente caso no puede omitirse que en el requerimiento lo impugnado no son actuaciones del proceso de tramitación del proyecto, sino su texto.

**22°.-** Cabe señalar que, en específico, la "cuestión de constitucionalidad" que se ha suscitado durante la tramitación de este proyecto de ley sería una suerte de un examen global, integral, macro e integrado del proyecto de reforma constitucional, lo cual forzosamente tendría que hacerse cuestionándolo a la luz del proyecto de ley de reforma presentado por el Presidente de la República sobre la misma materia. En este sentido, no puede perderse de vista que tanto el objeto de control como los efectos normativos del presente proceso se refieren solamente al proyecto cuestionado, pero no puede preterirse que, para entender el conflicto que se expresa en requerimiento de fojas 1, la cuestión resulta ser más amplia, puesto que uno de los pilares estructurales que lo sustenta es el cómo se entendió el voto de acogimiento en empate de la sentencia Rol N° 9797 de este Tribunal y cómo ello empalma con el proyecto cuestionado actualmente y con el proyecto de ley sobre la misma materia presentado por el Poder Ejecutivo, puesto que así se englobarían los asuntos que se aluden en el conflicto.

## III. ACERCA DE CÓMO SE ALEGAN LOS VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD DE FORMA.

**23°.-** Las pretendidas invasiones a iniciativa exclusiva, quorum y presentación de un proyecto desechado que se alegan, no tienen conexión necesaria con la impugnación del texto del proyecto, sino que forzosamente se han de referir a las actuaciones específicas del proceso de generación de la norma, constituyente derivado en este caso, y no simplemente legislativo.

**24°.-**La cuestión de la distinción entre el texto y los actos del proceso legislativo, en tanto materia de conflicto de constitucionalidad en esta sede, ha sido reconocida tanto por el propio Poder Ejecutivo -requirente en este caso- como por este mismo Tribunal (véase por ejemplo, el proceso Rol N° 2025 de esta Magistratura, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de la actuación ejecutada por el Senado y la consecuente modificación introducida al nuevo artículo 197 bis, que se incorpora al Código del Trabajo, mediante el Proyecto de Ley que crea el permiso post natal parental y modifica dicho Código, Boletín No 7526-13, por contradecir los artículos 6°, 7° y 65 de la Constitución Política).

**25°.-** Que, de esta forma, al referir los vicios de forma alegados al texto del proyecto y no a las actuaciones del proceso de reforma constitucional en el que se producirían, no se indica en forma precisa la cuestión de constitucionalidad planteada y no se permite a este Tribunal conocer e identificar los pretendidos vicios sobre los que tendría que pronunciarse.

## IV. EN CUANTO AL TEXTO DEL PROYECTO PLANTEADO COMO OBJETO DE CONTROL

**26°.-** Adicionalmente, en cuanto a los eventuales vicios referidos al texto de las normas del proyecto de ley, a fojas 14 y ss. del requerimiento se contiene un capítulo denominado "Antecedentes del Proyecto", dando cuenta descriptiva de los hitos de tramitación y modificaciones al texto, hasta llegar al segundo trámite constitucional en el Senado y concluir a fojas 41. Es del caso señalar que no se señala en dicho capítulo cuál sería el texto preciso impugnado (ya asentado en el petitorio y a fojas dos, en la que se pide la declaración de inconstitucionalidad de texto). No obstante ello, no habiéndose formulado modificaciones al requerimiento, cabe suponer que el "texto" cuestionado sería el vigente del proyecto al momento de requerir la inconstitucionalidad con fecha 20 de abril de 2021, conociendo la parte requirente que el mismo fue modificado, según consta de los escritos acompañando documentos y solicitando oficios con posterioridad a la presentación del requerimiento, pero sin que el mismo fuese modificado.

**27°.-** En tal perspectiva, cabe mencionar que el texto del proyecto de reforma constitucional, al momento de examinar los presupuestos de admisión a trámite, no es el mismo que al requerir de inconstitucionalidad, por lo cual el objeto de control, materia del conflicto, no es actual, presupuesto esencial del ejercicio de la jurisdicción, que no puede ser preterido.

**28°.-** Es decir, el objeto del presente conflicto, que es determinado, formulado y planteado por la parte requirente, no se refiere a las actuaciones conexas y necesarias para la configuración de los vicios de constitucionalidad de forma alegados, además de que el texto del proyecto no es el mismo al día de formulación del requerimiento y al día de la cuenta de admisión a trámite, puesto que el texto actualizado es el correspondiente a la reforma constitucional aprobada por el Congreso Nacional.

**29°.-** En efecto, las modificaciones introducidas por la Comisión De Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, aprobadas con posterioridad a la presentación del requerimiento, tanto en segundo como en tercer trámite constitucional, inciden en los siguientes incisos del proyecto anterior:

» Inciso duodécimo, reemplazado, por el siguiente: "A partir de la publicación en el Diario Oficial de esta reforma y hasta los 365 días siguientes, los pensionados o sus beneficiarios por renta vitalicia podrán, por una sola vez y de forma voluntaria, adelantar el pago de sus rentas vitalicias hasta por un monto equivalente al diez por ciento del valor correspondiente a la reserva técnica que mantenga el pensionado en la respectiva compañía de seguros para cubrir el pago de sus pensiones, con un tope máximo de ciento cincuenta unidades de fomento." (Indicaciones Nºs. 11 y 12. Aprobadas con enmiendas por mayoría 4x1).

» Inciso décimo tercero, sustituido, por el siguiente: "El retiro que efectúen los pensionados o sus beneficiarios que opten por solicitarlo, se imputará al monto mensual de sus rentas vitalicias futuras, a prorrata, en forma proporcional y en igual porcentaje que aquel que represente el monto efectivamente retirado." (Indicación Nº 14. Aprobada con enmiendas por mayoría 4x1).

» A continuación, intercalar un inciso décimo cuarto, nuevo, del siguiente tenor: "Las reglas relativas a la intangibilidad y naturaleza de estos recursos, la tramitación de la solicitud, el pago de pensiones de alimentos impagas y la información a las autoridades correspondientes, incluida la Comisión para el Mercado Financiero, contenidas en los incisos precedentes de esta reforma, serán aplicables a las solicitudes de anticipos que

efectúen los pensionados o sus beneficiarios por rentas vitalicias. Con todo, el pago de los fondos solicitados se efectuará al pensionado o sus beneficiarios en un plazo máximo de 30 días corridos, contados desde la recepción de la solicitud. La Comisión para el Mercado Financiero dictará las instrucciones necesarias para la aplicación de los incisos precedentes." (Indicación Nº 15. Aprobada con enmiendas por mayoría 4x1).

**30°.-** Este Tribunal no puede, sin incurrir en ultra petita, subsidiar el requerimiento ni modificar el objeto de la litis planteado, extendiendo el examen de constitucionalidad a un texto diferente del impugnado ni a actos que no han sido específicamente cuestionados. Adicionalmente, el ejercicio de la jurisdicción supone que el conflicto que se ha de conocer y resolver ha de ser "actual", pues es el objeto del proceso, y si el texto del proyecto ha sido cuestionado in integrum y además ha cambiado, es evidente que ya no es el correspondiente al proyecto, por lo que cabe concluir que el conflicto planteado ha perdido actualidad por modificación de su objeto.

**31°.-** Dentro de los requisitos de existencia o presupuestos necesarios de todo proceso jurisdiccional se encuentra su objeto, que en materia contenciosa es un conflicto actual a resolver, el que además debe estar dotado de relevancia jurídica, en la medida que el objetivo de la función jurisdiccional es la resolución de conflictos, de tal manera que si los elementos de los mismos desaparecen o mutan, el objeto de ejercicio de la jurisdicción decae, lo que hace que la misma pierda sus presupuestos, incluso de forma sobrevenida, al variar el objeto del conflicto.

**32°.-**De esta forma, el presente proceso carece hoy de objeto, en la medida que el conflicto a resolver ha dejado de ser actual por motivos sobrevenidos (el cambio del texto del proyecto cuestionado), motivo por el cual corresponde no acoger a tramitación el presente requerimiento.

**33°.-**Por lo ya señalado los antecedentes sobre los cuales argumenta la parte requirente resultan incompletos, ya que -pudiendo hacerlo antes de que este Tribunal se pronunciara sobre la admisión a trámite del requerimiento- no complementó, aclaró ni modificó su presentación para pronunciarse sobre las innovaciones que contiene el actual proyecto, siendo una carga procesal suya hacer las distinciones entre las normas originalmente reprochadas y las que ahora contiene el proyecto, por lo que no queda clara cuál es la cuestión de constitucionalidad sobre la que esta Magistratura debe pronunciarse. De este modo el requerimiento no cumple con el requisito de contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo y de indicar en forma precisa la parte impugnada del proyecto, como exige el art. 63 de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional.

## V. ACERCA DE LA RESERVA DE CONSTITUCIONALIDAD FORMULADA

**34°.-** Por otra parte, en la reserva de constitucionalidad formulada -de la que se da cuenta a fojas 41- no se contienen todas las infracciones a la constitución que se alegan en el presente requerimiento, en la medida que la reserva transcrita alude solamente a los arts. 19, numerales 18° y 24°, 65, 94 y 127 y hay alegaciones de inconstitucionalidad adicionales en el requerimiento, referidas a otras normas constitucionales y a "precedente" de la sentencia Rol N° 9797. Cabe mencionar que la reserva de constitucionalidad, cuando se formula, cumple la función de dar un debate de constitucionalidad ad intra en el propio Congreso Nacional, para que tales cuestiones sean discutidas y abordadas, reforzando el carácter de última ratio del control de constitucionalidad que desarrolla esta Magistratura, reconociendo que la deliberación legislativa dentro de los márgenes constitucionales adopta, prima facie, un verdadero cariz de mecanismo autocompositivo de resolución de conflictos y que solo tras no resultar eficaz emergerán la jurisdicción y el proceso para su solución.

## VI. ACERCA DE LA ALEGACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE INFRACCIÓN A PRECEDENTE

**35°.-** Adicionalmente, a fojas 122 y siguientes se alega como infringido el efecto de la sentencia de empate Rol N° 9797 de esta Magistratura, a partir del artículo 94 de la Constitución, pre suponiendo, como cuestión de fondo, un efecto de cosa juzgada extra proceso y extra proyecto cuestionado en dicha causa. En ese sentido, si la alegación se sustenta en aquella parte del artículo 94 de la Constitución Política que señala que "Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley", cabe señalar que la tramitación del proyecto no ha concluido con la promulgación del mismo, sino que se encuentra pendiente el plazo para ejercer la atribución presidencial de veto (ejercicio que puede terminar con la sustitución o supresión del proyecto, pues puede ser total y supresivo, o bien total y sustitutivo), establecida en el artículo 73 de la Constitución Política. Respecto a tal circunstancia, cabe traer a colación lo razonado por esta Magistratura en resolución dictada en el proceso Rol N° 6662-19-CPT, en tanto "El Tribunal Constitucional tiene una función jurisdiccional de garantía de la supremacía constitucional o, como se expresó en estrados, de "defensa de la Constitución", pero ello no lo convierte en un suprapoder omnímodo puesto que la Constitución asigna, distribuye y arbitra atribuciones y competencias a un conjunto mucho más amplio de órganos del Estado", agregando que " Entre las funciones asignadas a partir de la ley de reforma constitucional N° 20.050, compete a todos los órganos del Estado "garantizar el orden institucional de la República" (inciso primero del artículo 6° de la Constitución)" y que "Con ello, el constituyente nos recuerda, respecto de tan emblemático papel, que no se trata solamente de una dimensión retórica sino que de la garantía y defensa de la Constitución. Con ello, se sostiene la noción de que la suma de comportamientos leales al ordenamiento democrático profundiza su respeto y desarrollo. Lo anterior, tiene un conjunto denso de deberes sobre los cuales no cabe, en esta oportunidad, pronunciarse. Sin embargo, estamos contestes en que una de las maneras en que se garantiza el orden institucional de la República es mediante el respeto a los procedimientos que nos hemos dado y a los ámbitos de competencia que dimanan de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental. Ese es un punto de partida razonable para obtener resultados constitucionalmente valiosos" (cons. 19).

**36°.-** En este sentido, la alegación de infringirse la fuerza de un precedente pre exige una construcción conceptual necesaria si es que ello es un conflicto constitucional: la elaboración argumental de un sistema de precedentes a partir de normas constitucionales sobre la materia, expresando los fundamentos de un estándar de constitucionalidad, la infracción de normas específicas y explicitando cómo se produce, nada de lo cual se hace en el requerimiento, que además omite parte del artículo 94 de la Constitución, pues se argumenta que su texto dispone que " Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley", pero se omite señalar expresamente que a continuación se incluye la frase explicativa "en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate", omitiendo además que en Chile los criterios plasmados en sentencias de órganos jurisdiccionales pueden legítimamente cambiar en casos sucesivos, en el marco de la legítima actividad hermenéutica del derecho. Adicionalmente, tal ejercicio argumental se hace desde una sentencia de empate, dando el carácter de "precedente constitucional" a un voto de empate que es sentencia por la vía de un voto dirimente que se establece no por la Constitución sino por ley orgánica del Tribunal, además de que tal sentencia recayó en un proyecto de reforma constitucional que autorizaba un segundo retiro de los fondos previsionales, que había sido rechazado por la Cámara revisora y cuya tramitación se paralizó por haberse dictado la ley N° 21.295 - promovida por el propio Poder Ejecutivo que había presentado el requerimiento en contra del proyecto de reforma- cuerpo legal que también autorizaba tal retiro.

**37°.-** Adicionalmente, el propio Poder Ejecutivo, requirente en estos autos- al igual como sucedió cuando propició la ley que permitió a los afiliados a una AFP efectuar un segundo retiro del 10% de sus fondos previsionales- presentó un proyecto de ley sobre la misma materia e idea matriz que se contiene en el cuestionado en estos autos, ejerciendo así la atribución de iniciativa en materia de ley para aperturar el mismo debate que se tacha de inconstitucional en esta sede.

**38°.-**En efecto, con fecha 26 de abril se ha presentado en la Cámara de Diputados el "MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 21.295 Y ESTABLECE UN RETIRO EXTRAORDINARIO DE FONDOS PREVISIONALES Y RECUPERACIÓN DE AHORROS PREVISIONALES EN LAS CONDICIONES QUE

INDICA", N° 061-369. De ello deriva que el poder ejecutivo ya ha ejercido la iniciativa legislativa, sin que pueda entonces existir al día de hoy la posibilidad de sostener una eventual infracción constitucional en la discusión de tal materia, sin preterir que diversos aspectos cuya constitucionalidad son objeto de reproche en el presente requerimiento de inconstitucionalidad, particularmente los relativos a una afectación al sistema de seguridad social emanado del numeral 18° del artículo 19 de la Constitución, que se configuraría por destinar aquellos fondos a una finalidad diversa de la protección a las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o sobrevivencia parecen contradecirse, por cuanto la iniciativa presidencial recientemente presentada formula similares consecuencias y contenidos normativos, cuestión sobre la cual no se emitirá pronunciamiento de constitucionalidad en esta oportunidad al no abrirse proceso y al no ser el nuevo proyecto objeto de control.

**39°.-** Entonces, mediante la tramitación de un proyecto de ley de su autoría, que contiene la misma idea matriz del proyecto de reforma constitucional cuestionado, el Ejecutivo requirente resulta desdiciéndose de sus reproches de constitucionalidad a través de un acto propio suyo.

**40°.-** Es en este punto que se hace aún más necesaria la satisfacción de la carga procesal de modificación del requerimiento para haber logrado actualizar, o bien precisar con claridad y permanencia el objeto de control de la litis planteada al requerir, puesto que al perder actualidad y modificarse la norma, aparece que no es un conflicto que haya terminado de delimitarse. A este respecto, la presentación del proyecto de ley ¿Cómo es posible debatir sobre la vulneración al derecho a la seguridad social y a las rentas vitalicias si por iniciativa del mismo órgano requirente se estaría permitiendo que los mismos mecanismos cuestionados se reproduzcan en otro proyecto de ley, más aún citando como precedente un voto de empate que se refiere expresamente a tales cuestiones en la destinación de los fondos previsionales? Es evidente entonces se convoca al Tribunal a razonar y fundamenta y a las cámaras a legislar fuera de los estándares de constitucionalidad que el propio requerimiento busca sustentar .

**41°.-** Estamos en presencia no solo de una necesidad de actualizar el objeto de control al texto finalmente resultante del proyecto, sino que además a ello debió agregarse fundamentación sustantiva, en los términos del artículo 63 de la ley orgánica de esta Magistratura, que se hiciera cargo de lo señalado en el razonamiento precedente, lo cual no es una agregación de minucias ni detalles, pues resulta ser la argumentación de derecho parte del núcleo ineludible de la formulación del conflicto constitucional en los términos del numeral 3° del art. 93, numeral 3° de la Constitución Política, pues el planteamiento de los vicios de aludidos ha sido oscurecido por hechos propios: la presentación de un proyecto de ley que no se incorporó a este expediente constitucional y que se refería a similar materia y con similar regulación, por lo cual la formulación del conflicto se ha deconstruido sobrevenidamente.

## VII. ACERCA DEL ESTÁNDAR ARGUMENTATIVO DE UN REQUERIMIENTO SOBRE PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

**42°.-** Adicionalmente, el presente proceso se refiere al control de constitucionalidad de un proyecto de reforma constitucional, es decir, a los límites materiales del poder constituyente, que, sea originario o derivado, es la más alta manifestación del derecho de autodeterminación de los pueblos en el marco de un sistema democrático. Es por ello que, estando contemplada tal atribución de control para este Tribunal en el artículo 93, numeral 3°, de la Constitución, el estándar argumentativo y de formulación de un conflicto de constitucionalidad de control de reforma constitucional requiere de alta precisión y específica delimitación, de forma inequívoca y clara, pues tal atribución convive con el poder de reforma constitucional de los órganos constituyentes derivados. En ese mismo sentido, es la dimensión jurídica de la Constitución aquello que este tribunal ha de garantir, y lo anterior cobra especial relevancia si el proyecto en cuestión ha sido aprobado con un quorum holgadamente superior a los 2/3 máximos exigidos en cada cámara para una reforma a la constitución, lo que obliga a plantear el conflicto con la precisión necesaria.

**43°.-** Junto a lo anterior, se reitera que el conflicto formulado ha perdido actualidad, en la medida que lo que se presenta como contexto para el análisis de la presente controversia de constitucionalidad carece de certezas, configura un conflicto de escenario hipotético y deja a esta Magistratura teniendo que decidir respecto de cuestiones que, en la práctica, el mismo requirente pretende concretar a través de una iniciativa legislativa de similares características. En este sentido, nuestra facultad jurisdiccional debe ser ejercida respecto de conflictos actuales y no eventuales, pues esta Magistratura carece de atribuciones de jurisdicción consultiva o de mera certeza en esta sede, debiendo honrar los límites de las potestades entregadas por la Constitución en el artículo 93, en específico su numeral 3°, y teniendo especial consideración el respeto irrestricto al ordenamiento constitucional y la trascendencia de sus decisiones, atendidos sus efectos dentro del orden constitucional, político, jurídico y social, siendo, por tanto, inconsistente con tal estándar el pronunciarse respecto de situaciones hipotéticas o carentes de certidumbre, que no favorecen el resguardo del orden constitucional ni la protección de la labor encomendada por la propia Carta Fundamental a esta Magistratura.

**44°.-** Que el voto por acoger de la sentencia de empate Rol 9797 que se cita como precedente, citándola parcializadamente y respecto de solo alguna de las cuestiones que aborda, abordó cuestiones que no eran parte de las líneas jurisprudenciales de este Tribunal, y tuvo dos votos antagónicos de 5 Magistrados cada uno, sin que en el requerimiento se señale cómo ni por qué uno de ellos tendría fuerza de precedente más allá del voto dirimente, y sin hacerse cargo de las argumentaciones contenidas en el otro voto de empate, en especial las referidas a la formulación del requerimiento. En tal sentido, no puede darse por satisfechos los presupuestos argumentativos de admisión a trámite.

**45°.-** Que, debe reiterarse que en esta etapa procesal, de acogimiento a tramitación, no corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la denunciada inconstitucionalidad del Proyecto de Ley reclamado, sino que le compete examinar -únicamente- la completitud e integridad del presente requerimiento presidencial. El artículo 63 de la Ley N° 17.997, orgánica constitucional de esta Magistratura, al respecto, exige que un requerimiento de esta índole debe contener "una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo"; lo que demanda un grado todavía mayor de condensación y densidad cuando el Jefe de Estado deduce -como ocurre en esta ocasión- una acción que afecta a un señalado acto parlamentario, e incide en una materia en que ya se ha mediado un previo veredicto constitucional. Siendo este

último antecedente -la STC Rol N° 9797-20- el que el escrito presentado por S.E. el Presidente de la República no ha tenido a bien considerar completa ni suficientemente;

**46°.-** Que, en efecto, la recién citada sentencia no puede leerse como teniendo por objeto dirimir solamente lo que sería una suerte de contienda de competencia entre el Jefe de Estado y el Congreso Nacional, en que se zanjara quién de los dos podía impulsar una ley relativa al retiro de los fondos previsionales amparados por la Constitución y el DL N° 3.500, de 1980.

**47°.-** En realidad, en vez de zanjar lo que correspondería a uno o lo que se proscribe al otro, la aludida sentencia de empate fue clara y tajante, el voto por acoger argumentó claramente en orden a que tales fondos son intangibles para el legislador, puesto que tendrían un destino predeterminado, no siendo lícito darles otra aplicación pública diferente de aquellas que justificaron su creación, a menos que se establezca un nuevo estado de necesidad, de esos que -naturalmente- aquejan a las personas en forma habitual (considerando 26°). Fruto de ello es que, para el Tribunal Constitucional, no correspondería entonces que estos fondos previsionales se dediquen a paliar los efectos de un virus contagioso, que configura una situación excepcional, a raíz de la cual la autoridad ha prohibido a las personas trabajar (cuestión que en el voto de rechazo fue controvertida, argumentándose acerca de la diferencia de los temas regulados a nivel constitucional y a nivel de ley, y cuiuál sería consecuencialmente el estándar de constitucionalidad para analizar eventuales infracciones).

**48°.-** Si el Ejecutivo estimó que esta distracción de fondos solo aplicaba para impedir una ley nacida en el Congreso Nacional, en tanto cuestión de forma, y no a una ley nacida por iniciativa presidencial, alegando a la vez una vulneración al derecho a la seguridad social, de modo que los parlamentarios no podrían hacer lo que él sí está haciendo en un proyecto de ley paralelo, está en su derecho; pero debió especificarlo así en su requerimiento, sin reservas al aludir a dicha STC Rol N° 9797 como un "precedente", a fin de delimitar la congruencia del planteamiento y los contornos jurídicos exactos de la controversia, argumentándolo en los términos del artículo 63 de la ley orgánica de este Tribunal.

**49°.-** En síntesis, el pretendido "precedente", es citado parcialmente, solo en algunas partes del voto por acoger la inconstitucionalidad, que entonces sustentó la decisión por voto dirimente, pero sin hacerse cargo u omitiendo lo desfavorable que en él se contiene, y por cierto omitiendo hacerse cargo de lo razonado por la otra mitad del tribunal.

## VIII. OTRAS CONSIDERACIONES

**50°.-** Al margen de las cuestiones de constitucionalidad planteadas, y sin perjuicio del debate de fondo que podría haberse realizado ante esta Magistratura, el presente requerimiento de inconstitucionalidad nos vuelve a enfrentar con un legítimo cuestionamiento en orden a determinar la verdadera controversia existente detrás de esta presentación del Ejecutivo. Lo anterior, porque no resulta desconocida la situación de constante disputa entre los colegisladores (Ejecutivo – Congreso) respecto a las iniciativas legislativas en múltiples materias, pero en particular en lo relativo a los mecanismos para hacer frente a las dificultades económicas y sociales que sufre el país.

**51°.-** En tal sentido, no debemos perder de vista que el elemento rector que guía el ejercicio de potestades por nuestra Magistratura, es el de hacer garantizar mediante la jurisdicción la supremacía de la Constitución vigente, en el marco de los principios de primacía de la constitución y de garantía institucional del sistema constitucional. A ese respecto, no se debe perder de vista que este texto señala expresamente en su Capítulo I, referido a Las Bases de la Institucionalidad, que consagra el principio de respeto por la dignidad del ser humano, señalando además, "El

Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

**52°.-** El tenor de lo indicado deja en evidencia un verdadero mandato que recae sobre todos los órganos que componen el Estado, cual es actuar en aras de la dignidad, servicialidad y del bien común, mandato que lamentablemente no es siempre atendido debidamente, en particular cuando los órganos que integran los diversos poderes del Estado no interactúan armoniosa ni fructíferamente en ejercicio de sus poderes en tal dirección, sin lograr vías de entendimiento en el ejercicio de las funciones colegisladoras. Precisado lo anterior, cabe indicar que al igual como ocurrió con el proyecto de segundo retiro del 10% de fondos de AFP resuelto en el proceso Rol N° 9797, se intenta revestir del carácter de conflicto de constitucionalidad sola la falta de entendimiento, coordinación, dialogo y colaboración entre los colegisladores. Esto es un conflicto político que se trae al Tribunal Constitucional para resolverlo con votos y no con la necesaria deliberación democrática entre los poderes ejecutivo y legislativo, queda de manifiesto cuando el Ejecutivo interpone un requerimiento de inconstitucionalidad frente a la iniciativa del Legislativo, mientras en paralelo, es aquel mismo poder del Estado el que presenta una iniciativa legal destinada al mismo objetivo. Es frente a ello que cabe preguntarse si resulta inexcusable, pertinente y hasta competente la intervención de esta magistratura, órgano jurisdiccional, ante un conflicto de tipo político que puede ser resuelto por los propios colegisladores mediante la tramitación de otros proyectos, el veto y la calificación de urgencias.

## IX. CONCLUSIÓN

**53°.-** Que, por todo lo expuesto, no pueden darse por establecidos los presupuestos de admisión a trámite del artículo 63 de la ley orgánica constitucional de esta Magistratura respecto del requerimiento de fojas 1, en tanto establece que el libelo debe contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho, así como señalar en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas correspondiendo resolver que el requerimiento no se acoge a tramitación.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, Nº 3º, e incisos cuarto a sexto, de la Constitución Política de la República y lo prescrito en los artículos 61 y siguientes de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**1) QUE NO SE ACOGE A TRAMITACIÓN EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1. TÉNGASE POR NO PRESENTADO PARA TODOS LOS EFECTOS LEGALES. A LOS OTROSÍES, A TODO, A SUS ANTECEDENTES Y ESTÉSE A LO RESUELTO.**

**2) A FOJAS 515, 572, 651, 657, 662, 680, 685, 715, 721, 725, 803, 832, 840 Y 845, A TODO, A SUS ANTECEDENTES Y ESTÉSE A LO RESUELTO.**

**SENTENCIA ROL 11.230-2021.** *Publicada el 17 de marzo de 2022.*

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo único, incisos decimosegundo, decimotercero y decimocuarto, de la ley N° 21.330. Bice Vida Compañía de Seguros S.A. En el proceso Rol N° 263- 2021, sobre reclamo de ilegalidad, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.*

**VOTO DISIDENCIA.**

[…]

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, de la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por rechazar** el requerimiento, por las siguientes razones:

## I. INAPLICABILIDAD Y OBJETO DE CONTROL: INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL EN EL PRESENTE PROCESO

**1°.-** La jurisprudencia del Tribunal, en sentencia de inadmisibilidad 2848 señaló que "la expresión precepto legal "como ya ha resuelto esta Magistratura, es equivalente a la de norma jurídica (de rango legal), la que puede estar contenida en una parte, en todo o en varios de los artículos en que el legislador agrupa las normas de una ley. Así, por lo demás, ya tuvo oportunidad de razonarlo y concluirlo la sentencia de inadmisibilidad Rol 626, de 16 de enero de 2007, en cuyo considerando 1º, luego de examinar la jurisprudencia y la doctrina, se concluye que "en suma, debemos aceptar que los vocablos "preceptos legales" son equivalentes al de regla o norma jurídica, aunque de una determinada jerarquía (legal)".

**2°.-** En el considerando 3º de esa misma sentencia, se razonó que "una unidad de lenguaje debe ser considerada un "precepto legal", a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución" y de dejar de producirlo en caso de ser declarada inaplicable. Por último, en el considerando 6º de esa misma sentencia se estableció que para que una unidad lingüística pueda ser considerada una norma o precepto legal de aquellos que trata el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa o autárquica. Por lo demás, esta Magistratura ha declarado inaplicables preceptos legales que constituyen sólo parte de un inciso de un artículo. (Sentencias de 31 de agosto de 2007, Rol 747 y de 31 de marzo de 2008, Rol 755)" (Sentencia de 13 de mayo de 2008, Rol Nº 944).

**3°.-** En el mismo sentido, este Tribunal ha razonado que la expresión precepto legal "es equivalente a la de norma jurídica (de rango legal), la que puede estar contenida en una parte, en todo o en varios de los artículos en que el legislador agrupa las normas de una ley", en términos tales que es equivalente a "regla o norma jurídica, aunque de una determinada jerarquía (legal)". Concluyéndose que "una unidad de lenguaje debe ser considerada un 'precepto legal', a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución y de dejar de producirlo en caso de ser declarada inaplicable" (sentencia de 28 de mayo de 2009, Rol Nº 1204, reiterado en sentencia de veinticinco de agosto de dos mil nueve, Rol Nº 1288)"

**4°.-** En un pronunciamiento diferente y anterior, en la sentencia Rol Nº 993, de 13 de mayo de 2008, el tribunal razona que "todo precepto legal que se impugne no constituye generalmente una norma aislada, sino que es un enunciado que, puesto en aplicación, guarda relaciones de interdependencia y operatividad con otros, a la luz de los cuales cabe ser interpretado y aplicado".

**5°.-** De la misma forma, la sentencia de inadmisibilidad Rol Nº1416, de 14 de julio de 2009, se reitera que "como ya se ha sentenciado, la expresión precepto legal es equivalente a la de norma jurídica de rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo o en varios artículos en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así, se ha razonado que "una unidad de lenguaje debe ser considerada un 'precepto legal', a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución" (Roles Nº 626/2007 y 944/2008). De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino autárquica o, en otros términos, que se baste a sí misma".

**6°.-** Así, en general, cuando la impugnación se refiere a un acto administrativo o a una revisión de actos procesales o investigativos del Ministerio Público, es declarada inadmisible por no recaer en un precepto legal, al ser normas infralegales, independientemente de su contenido, pues es primer término es la dimensión formal, y no otra, lo que determina que una norma es o no "precepto legal".

**7°.-** Por otra parte, frente al planteamiento de cuestiones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en las que se ha pretendido impugnar normas constitucionales, este tribunal tiene dos pronunciamientos de inadmisibilidad que son paradigmáticos, cuales son los Roles N°s 2392 y 2124.

**8°.-** En efecto, en el cons. 9 de la interlocutoria de inadmisibilidad Rol N° 2392 se señala expresamente que "en cuanto a la impugnación de la disposición octava transitoria de la Constitución Política, procede declarar la inadmisibilidad, por no ser procedente respecto de preceptos que no tengan rango legal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 84 de la citada ley Orgánica de esta Magistratura", delimitando claramente la competencia de este Tribunal en sede de inaplicabilidad.

**9°.-** A su vez, el cons. 13 de la sentencia de inadmisibilidad Rol N° 2124, referida a una impugnación del artículo 20 de la Constitución, razonó que "se colige claramente que el requerimiento no recae en un precepto legal en los términos usados por el numeral 4º del artículo 84 de la citada ley orgánica constitucional", por ser precisamente una norma constitucional.

**10°.-** Es errada la tesis que plantea que es el contenido y no la forma lo que determina si una norma es o no precepto legal. En efecto, en un Estado constitucional y democrático, la voluntad del legislador, representante directo de la pluralidad del pueblo -entendido como soberano y titular del poder- se manifiesta mediante el procedimiento legislativo, en el marco del principio de separación de poderes y dentro de los canales institucionales determinados por la Constitución.

**11°.-** Así, en un régimen democrático es ley lo que el pueblo manifieste de esa forma como su voluntad, por intermedio de sus representantes. Es por ello que las normas del iter legis, sobre iniciativa, indicaciones, plazos, veto, promulgación y todas sus otras materias, no son solo cuestiones técnico-jurídicas, sino que son las normas que concretan la canalización de la voluntad del soberano en el desenvolvimiento diario de la toma de decisiones en el sistema político. Al mismo tiempo, es la Constitución la norma que establece el sistema de fuentes del derecho, determinando las materias de cada norma, sumado a las competencias, procedimientos y formalidades para cada una de ellas.

**12°.-** A su vez, siendo las constituciones normas dinámicas y siendo el poder constituyente la primera y más relevante manifestación de la soberanía, entendida como derecho de autodeterminación de los pueblos, su ejercicio no se agota con la dictación de una constitución, sino que el pueblo retiene y mantiene su poder constituyente en todo momento, sin el cual

jamás sería soberano. Es por ello que todo documento jurídico que conceptualmente merezca el nombre de constitución ha de contemplar procedimientos de reforma de la misma, sean parciales o totales, sea por los poderes constituidos o sea apelando a una manifestación de voluntad constituyente originario (cuestión que en materia de reforma integral la carta de 1980 no tuvo en su texto hasta la dictación de la Ley de reforma constitucional N° 21.200).

**13°.-** De ello derivan varias cuestiones, pues las normas impugnadas en este caso son de rango y fuerza constitucional, dictadas en función de poderes constituyentes derivados ejercidos desde el Congreso Nacional y en el procedimiento que la propia norma constitucional vigente contempla. Así, cabe concluir que es imposible que este tribunal se erija en un órgano capaz de anular o inaplicar las normas constitucionales que tiene por función defender. En efecto, este tribunal se encuentra sometido a las normas constitucionales y no sobre ellas, pues es un órgano creado por la norma constitucional y no un creador de normas constitucionales, ya que ese poder en la constitución vigente se le entrega al Congreso Nacional actuando con el Presidente de la República, o a la Convención Constitucional, con mandato y ratificación del pueblo.

**14°.-** Este tribunal no es un órgano constituyente, y en un régimen democrático jamás podría serlo, pues no es el depositario de la inalienable soberanía de la cual emana el poder constituyente y tampoco es un representante de su titular electo en urna. Por eso, sostener el pretendido carácter constituyente de este tribunal, pugna con la concepción de república democrática del artículo 4° de la Constitución vigente y con la titularidad de la soberanía establecida para nación y pueblo por artículo 5° de la Constitución, pues el elemental poder constituyente es parte de ella y no es a un tribunal a quien corresponde en una república democrática, sino al titular de la soberanía.

**15°.-** Corolario de ello es que incluso en el texto original de la carta de 1980 pueden leerse claramente sus artículos 6° y 7°, de los cuales cabe señalar varias cosas: la primera es que este tribunal es un órgano del Estado, por lo que está sometido a las normas constitucionales y no sobre ellas, debiendo además garantizarlas como parte del orden institucional de la república, lo cual es todo lo contrario de inaplicarlas. La segunda es que este Tribunal no tiene más potestades que las entregadas en el artículo 93 de la Constitución y desarrolladas en su ley orgánica constitucional, de lo cual deriva que la conceptualización y delimitación de lo que es o no precepto legal no es una cuestión académica ni creativa: es ni más ni menos que la delimitación de los poderes de este tribunal en sede de inaplicabilidad, y como toda delimitación de potestades no puede ser interpretada extensivamente, pues este órgano del Estado solamente puede actuar en los casos y formas que determine la ley.

**16°.-** Ello determina que en el catálogo de atribuciones de este tribunal, en el artículo 93 de la constitución, y en las normas procedimentales de su ley orgánica, se determinan los casos y formas en los que puede ejercer sus potestades, teniendo presente que el objeto de control y los requisitos de admisibilidad son algunos de dichos elementos. Así, cabe mencionar que cuando a este tribunal se le han otorgado atribuciones de control sobre normas de tipo constitucional se ha señalado ello expresamente en el artículo 93, numeral 3°, de la Constitución -en control preventivo- y no podría ser de otra forma, pues el artículo 7° de la misma constitución exige señalarlo expresamente y delimitar el objeto de la atribución, a lo cual se agrega que no podría sino ser en control preventivo, pues de otra forma este tribunal no tendría límites externos en la constitución para el ejercicio de sus propias potestades al disponer por sí y ante sí de ellos, erigiéndose no como un garante de normas constitucionales sino como un cercenador de ellas, cuestión que es un sin sentido conceptual y a la vez la negación de su carácter de poder constituido y sometido a derecho en la misma constitución.

**17°.-** Es en tal sentido que si la inaplicabilidad se refiere a "precepto legal", ello tiene un significado que delimita las atribuciones de este tribunal: la potestad del numeral 6° de la Constitución se refiere solamente a normas de rango legal, no supra ni infra legales, ni menos a normas constitucionales, que pasarían a ser a la vez objeto y parámetro de control sin que la constitución lo disponga, dependiendo de la sola voluntad del intérprete el señalar cual de las normas invoca como primacista para hacer desaparecer la que no le guste, en un ejercicio a lo menos errado.

**18°.-** En este sentido, acoger los presentes requerimientos es desconocer el legítimo ejercicio de las atribuciones constituyentes derivadas del Congreso Nacional al crear la norma, y señalar que se hace porque se refiere a una materia reglada en el decreto ley 3500 es un error, pues en un sistema democrático el constituyente, originario o derivado, puede constitucionalizar la regulación de la materia que le plazca, teniendo como límite solamente el derecho internacional de los derechos humanos, motivo por el cual se estudia centenariamente la figura de la constituciones extensas o desarrolladas, en atención a la cantidad de materias que recogen y a la especificidad de su regulación, sin que por ser desarrolladas, extensas y específicas dejen de tener naturaleza y rango de normas constitucionales, ya que ello es un elemento de forma y no de contenido.

**19°.-** Por más que en el voto por acoger se invoque doctrina y normativa comparada, ello es un ejercicio errado y estéril, pues no son ni pueden ser fuente de potestades en el derecho chileno, que por virtud del artículo 7° de la constitución vigente requiere de norma jurídica de derecho positivo que de forma expresa entregue la potestad. Así, el voto por acoger tiene una carga imposible de cumplir: encontrar norma expresa que entregue a este tribunal la explícita y literal potestad de dejar sin efecto normas constitucionales vigentes, y la acción de inaplicabilidad no alcanza para ello, pues se refiere solamente a "preceptos legales" contrastados con norma constitucional en los efectos de su aplicación, siendo así la norma constitucional parámetro y no objeto de control.

**20°.-** Que, por otro lado, no es la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad una vía idónea para determinar perjuicios patrimoniales, por lo que es un error pretender darlos por establecidos en esta sentencia. En efecto, la acción de inaplicabilidad no es de tipo declarativa ni menos de naturaleza patrimonial, y no tiene término probatorio porque en ella no hay hechos litigiosos, de lo que deriva que no tiene un período de discusión con réplica ni dúplica ni menos normas regulatoria prueba para su rendición y valoración, pues no existe en ella prueba alguna. En efecto, todo ello en el sistema chileno corresponde a los tribunales del fondo, por disposición expresa del artículo 76 de la Constitución vigente, al ser parte de las atribuciones de conocer y juzgar, no teniendo este tribunal facultad alguna en la resolución de conflictos declarativos patrimoniales civiles, porque incursionar en dicha materia a propósito de esta causa sería una intromisión en las atribuciones de los tribunales del orden civil para conocer eventuales litigios entre las aseguradoras requirentes y el Estado de Chile por posibles perjuicios patrimoniales, si es que se ejerciesen esas acciones.

**21°.-** En efecto, si los requirentes y los ministros por acoger creen -erradamente- que la norma cuestionada es precepto legal, entonces estaríamos frente a una cuestión de responsabilidad patrimonial del Estado por actividad pretendidamente legislativa, y es en un posible juicio declarativo de ese tipo (sin entrar a calificar el estatuto de ello en el derecho chileno) en el marco de lo cual debiese entonces ventilarse la presente cuestión. En ese sentido, se derivan dos grandes cuestiones: en primer lugar no es efectivo que exista vulneración del derecho a la acción como lo pretende la requirente -por lo que tal alegación es descartada desde ya- y en segundo lugar las gestiones invocadas en procesos de este tipo son simples contenciosos administrativos de mera legalidad formal contra actos de la Comisión para el Mercado Financiero, tutelas jurídicas en

las cuales el debate de derecho nada tiene que ver con una acción declarativa de responsabilidad patrimonial ni menos con actividad probatoria de avaluación de perjuicios, por lo que la sentencia no puede tener el efecto que se le atribuye por los requirentes.

**22°.-** Así, no es el de inaplicabilidad el proceso debido para declarar perjuicios patrimoniales, y en clave constitucional del numeral 3° del artículo 19, no es este el proceso previo legalmente tramitado que corresponde para pretender declarar perjuicios patrimoniales, como tampoco son idóenas para ello las sedes de reclamo de ilegalidad contra la Comisión para el Mercado Financiero ni menos una acción de protección. En el mismo orden, en ningún proceso declarativo civil se declararía la existencia no menos el monto de tales perjuicios sin etapa probatoria ni rendición de prueba ni examen ni objeción de la misma por la contraparte, y además ningún sentenciador civil tendría por prueba del daño planillas Excel e informes financieros emanados de la propia parte que los presenta y que pretende la declaración de perjuicios, documentos que además no tienen la aptitud de cambiar la naturaleza jurídica de una acción de inaplicabilidad ni menos de alterar el reparto de potestades entre este tribunal y la judicatura civil.

**23°.-** Como si lo anterior fuese poco, cabe tener presente los caracteres y elementos de la gestión pendiente en los 6 procesos planteados respecto de la normativa cuestionada en estos autos y que tuvieron vista conjunta el día 09.12.2021, roles 11230/11350/11559/11560/11633/11683-21. Las gestiones pendientes se refieren a reclamo de ilegalidad por actos de la Comisión para el Mercado Financiero, y a acción de protección, nada de lo cual tiene que ver algo con declaración o indemnización de perjuicios ni menos con litigios acerca del derecho de propiedad sobre algún objeto de la misma, sino sobre cuestiones contencioso administrativas de legalidad formal. Así, cabe tener presente que la sentencia que acoja no tendrá en la gestión pendiente incidencia alguna para restituir algún derecho de propiedad pretendidamente tocado. A su vez, las gestiones pendientes nada tienen que ver con litigios ante tribunales internacionales ni organismos financieros ni menos con temas relacionados con tratados de libre comercio, y si lo tuvieran, no es esta Magistratura la que tenga atribuciones para resolver ello, de manera tal que si ello es ponderado o si fue tenido en cuenta, es nuevamente exceder la órbita potestativa de este órgano, en infracción al artículo 7° de la Constitución, al no tener potestades para ello.

**24°.-** Es decir, el requerimiento no debió ser declarado admisible, y nunca este proceso debió haber llegado a esta etapa, pues este Tribunal no tiene competencia ni atribución alguna para declarar inaplicable una norma constitucional vigente, motivo que ya es suficiente para rechazar el requerimiento sin siquiera examinar el fondo.

## II. ESTE TRIBUNAL Y LOS PROPIOS PODERES CONSTITUYENTES DERIVADOS RECONOCIERON EL CARÁCTER DE NORMA CONSTITUCIONAL -Y NO DE PRECEPTO LEGAL- DE LAS REGLAS CUESTIONADAS EN ESTOS AUTOS

**25°.-** En el proceso en el proceso Rol 10774-21-CPT, Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por S.E. el Presidente de la República respecto del proyecto de ley que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales, en las condiciones que indica (Boletines N° 13.950-07, 14.054-07, y 14.095-07 refundidos), ante este tribunal se formuló un requerimiento acerca de un proyecto de reforma constitucional, que dio origen a la normativa cuestionada en estos autos.

**26°.-** Cabe señalar que tanto el Presidente de la República, la dos cámaras y este Tribunal entendieron y dieron por hecho que se estaba en presencia de un control preventivo y contencioso de un proyecto de reforma constitucional, y no de norma con rango y fuerza de ley. En efecto, el Presidente de la República a fojas 1 y ss. del proceso Rol N° 10774 identifica normas de un

proyecto de reforma constitucional, y a fojas 2 señala que "… al ser una enmienda implícita de sus disposiciones permanentes, violenta el sentido mismo de la Constitución…", debiendo recordarse que el proyecto en las cámaras se presentó y tramitó como uno de reforma a la Constitución. Es decir, por más que en 142 páginas de requerimiento presidencial se quisiera decir lo contrario en dicho proceso, en lugar de ello a fojas 2 se reconoce lo obvio: que un proyecto presentado, etiquetado y tramitado como reforma constitucional se modifica la normativa contemplada en la Constitución. Adicionalmente, es evidente que el entonces proyecto de reforma constitucional, hoy norma constitucional vigente, tuvo por materia la regulación de una materia ya constitucionalizada: el retiro de fondos previsionales, que ya se reguló en las normas de la propia Constitución mediante la dictación de la ley de reforma constitucional N° 21.248, publicada en el diario oficial de 30 de julio de 2020, que permite el retiro excepcional de los fondos acumulados de capitalización individual en las condiciones que indica, regulando tal materia mediante la introducción de una nueva disposición transitoria a la Constitución, cual es la trigésimonovena.

**27°.-** Es del caso señalar que este Tribunal no tiene en el catálogo cerrado de potestades del artículo 93 de la Constitución poder alguno para "desconstitucionalizar" ni menos para "transformar en materia de ley" alguna materia que el constituyente derivado introduzca a la normativa constitucional mediante reformas parciales e incluso temporales a la Constitución con posterioridad a su dictación, cual es el caso de lo que se verificó con la dictación de la ya citada Ley N° 21.248, sin que ahora se pueda hacer ello en un proceso de inaplicabilidad, pues no hay competencia pare ello y por otro lado se erigiría este órgano en un administrador de la voluntad constituyente derivada, lo cual supera su rol de órgano de control jurídico sometido a las normas constitucionales vigentes.

**28°.-** A este respecto, cabe traer a colación lo razonado por esta Magistratura en resolución dictada en el proceso Rol N° 6662-19-CPT, en tanto *"El Tribunal Constitucional tiene una función jurisdiccional de garantía de la supremacía constitucional o, como se expresó en estrados, de "defensa de la Constitución", pero ello no lo convierte en un suprapoder omnímodo puesto que la Constitución asigna, distribuye y arbitra atribuciones y competencias a un conjunto mucho más amplio de órganos del Estado", agregando que " Entre las funciones asignadas a partir de la ley de reforma constitucional N° 20.050, compete a todos los órganos del Estado "garantizar el orden institucional de la República" (inciso primero del artículo 6° de la Constitución)" y que "Con ello, el constituyente nos recuerda, respecto de tan emblemático papel, que no se trata solamente de una dimensión retórica sino que de la garantía y defensa de la Constitución. Con ello, se sostiene la noción de que la suma de comportamientos leales al ordenamiento democrático profundiza su respeto y desarrollo. Lo anterior, tiene un conjunto denso de deberes sobre los cuales no cabe, en esta oportunidad, pronunciarse. Sin embargo, estamos contestes en que una de las maneras en que se garantiza el orden institucional de la República es mediante el respeto a los procedimientos que nos hemos dado y a los ámbitos de competencia que dimanan de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental. Ese es un punto de partida razonable para obtener resultados constitucionalmente valiosos" (cons. 19°), cuestión que cobra relevancia a propósito de los límites de las atribuciones de este Tribunal en el proceso de inaplicabilidad, en lo relativo al objeto de control.*

**29°.-** *A su vez, la resolución que no admitió a tramitación el requerimiento del Presidente de la República en el proceso Rol N° 10.774-21-CPT, señala en su cons. 25° "Que, de esta forma, al referir los vicios de forma alegados al texto del proyecto y no a las actuaciones del proceso de reforma constitucional en el que se producirían, no se indica en forma precisa la cuestión de constitucionalidad planteada y no se permite a este Tribunal conocer e identificar los pretendidos vicios sobre los que tendría que pronunciarse". Cabe observar que al aludir el objeto del requerimiento este Tribunal entonces calificó las normas como propias de reforma constitucional, y no como de ley, calificación que ahora se pretende cambiar para sostener que sería "precepto legal"*, lo cual es en sí misma una adulteración del sistema de fuentes del derecho que carece de sustento normativo.

**30°.-** Si lo dicho expresamente en tal considerando precedentemente transcrito no resulta suficiente el lector, cabe señalar que la aludida resolución tiene además un título VII, que comienza en su razonamiento 42°, cuyo nombre es "ACERCA DEL ESTÁNDAR ARGUMENTATIVO DE UN REQUERIMIENTO SOBRE PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL", considerando 42 en el cual se señala que *"Adicionalmente, el presente proceso se refiere al control de constitucionalidad de un proyecto de reforma constitucional, es decir, a los límites materiales del poder constituyente, que, sea originario o derivado, es la más alta manifestación del derecho de autodeterminación de los pueblos en el marco de un sistema democrático. Es por ello que, estando contemplada tal atribución de control para este Tribunal en el artículo 93, numeral 3°, de la Constitución, el estándar argumentativo y de formulación de un conflicto de constitucionalidad de control de reforma constitucional requiere de alta precisión y específica delimitación, de forma inequívoca y clara, pues tal atribución convive con el poder de reforma constitucional de los órganos constituyentes derivados. En ese mismo sentido, es la dimensión jurídica de la Constitución aquello que este tribunal ha de garantir, y lo anterior cobra especial relevancia si el proyecto en cuestión ha sido aprobado con un quorum holgadamente superior a los 2/3 máximos exigidos en cada cámara para una reforma a la constitución, lo que obliga a plantear el conflicto con la precisión necesaria"*. En lo que atañe a este proceso, es evidente que la incorporación de normas sobre tercer retiro de fondos previsionales, incluyendo a pensionados de rentas vitalicias, es norma constitucional y no precepto legal, y este Tribunal no solo lo entendió así, sino que lo expresó, razonó y resolvió detallada, fundada y expresamente.

**31°.-** Es por ello que no cabe sino concluir que la normativa cuestionada no solo no es precepto legal, sino que no podría serlo, ya que los órganos constituyentes derivados y este mismo Tribunal ya han reconocido su indiscutible carácter de norma constitucional.

## III. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL PROCESO ROL 10774-21-CPT, NO ACOGIDO A TRAMITACIÓN POR ESTE TRIBUNAL AL CONSIDERAR QUE NO EXISTÍA CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO QUE DA ORIGEN A LAS NORMAS CONSTITUCIONALES CUESTIONADAS

**32°.-** Cabe tener presente que la resolución que no admitió a tramitación el requerimiento del Presidente de la República en el proceso Rol 10774-21-CPT, identificando las pretendidas cuestiones planteadas, constató que:

> *"16°. En este sentido, a partir de estas dos eventuales infracciones constitucionales centrales, el requirente deriva una serie de otros cuestionamientos que pondrían en entredicho la constitucionalidad del proyecto. A lo anterior, se suman las objeciones de constitucionalidad a la posibilidad de que los pensionados o sus beneficiarios por renta vitalicia puedan adelantar el pago de sus rentas hasta por un 10% del valor correspondiente a la reserva técnica que mantengan en la respectiva compañía de seguros, con un límite máximo de 150 UF. En este último caso se plantean como posibles vulneraciones, una transgresión a la garantía del derecho de propiedad respecto de los dineros que han sido traspasados en virtud de un acuerdo contractual desde los pensionados a las compañías aseguradoras, así como una vulneración a la igualdad de las cargas públicas al imponer un sacrificio patrimonial sobre tales compañías, el que deben soportar sin mayores compensaciones, además de una infracción al artículo 68 constitucional.*
>
> *17°. En este sentido, regido el presente proceso por el principio dispositivo y sujeto a traba de litis determinada, en el requerimiento se alegan inconstitucionalidades de forma, pero posteriormente se constata que lo requerido es el texto del proyecto, según se desprende de fojas 2, al señalar que el objeto del requerimiento es "que este Excmo. Tribunal declare la inconstitucionalidad del proyecto" y en la parte petitoria del requerimiento "que declare contrarios a los artículos 1° inciso cuarto, 5°, 6°, 7°, 19, N°s 18, 20° y 24°, y 65 incisos tercero y cuarto N° 1 y 6, todos de la Constitución Política y todos en relación al artículo 127 de la misma, como también los artículos 68 y 94 de la Constitución, el proyecto...". En su sentido natural y obvio, la voz "el proyecto" alude al texto de la iniciativa, es decir a su texto, lo que es coherente con lo expresado en la parte petitoria y con lo señalado a fojas 2.".*

**33°.-** Es decir, en un proceso de tipo abstracto y de efectos erga omnes, la mayoría de las cuestiones de constitucionalidad planteadas en el presente proceso fueron descartadas in limine litis, motivo por el cual resulta además anómalo resucitarlas hoy estando fenecido el proceso Rol N° 10.774 que las descartó, más a pretexto de un proceso de inaplicabilidad, pues no son estas normas un precepto legal de aquellos a que se refiere como límite a esta potestad el numeral 6° del artículo 93 de la propia Constitución.

## IV. INVOCACIÓN ERRADA DE SENTENCIA DE EMPATE ROL N° 9797 COMO PRETENDIDO PRECEDENTE

**34°.-** Por otro lado, se pretende traer a colación como precedente lo resuelto en la sentencia de control preventivo dictada en empate en el proceso Rol N° 9797 y lo razonado en el voto de acogimiento en empate que circunstancialmente contó con la adhesión de quién presidía el tribunal. Cabe mencionar que siendo este proceso uno de inaplicabilidad, las sentencias de este tipo requieren en su fundamentación 6 votos de 10, en la medida que el numeral 6° del artículo 93 de la Constitución requiere "mayoría de miembros en ejercicio" para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por lo que nada que tenga menos de 6 votos puede ser tenido como fundamento de la sentencia. Es del caso señalar que el mal pretendido precedente Rol N° 9797 es una sentencia de empate, en una materia en la que la ley orgánica de este tribunal contempla el voto dirimente, que en inaplicabilidad no tiene cabida porque en esta sede empate significa rechazo por no haber mayoría para acoger. Adicionalmente, control preventivo abstracto y control a posteriori concreto (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), son materias y atribuciones diferentes, en un sistema jurídico en el que además no se contempla ni se regula la fuerza obligatoria del precedente, motivo por el cual tal construcción argumentativa no puede tener cabida en esta sentencia.

**35°.-** En efecto, la invocación del voto de empate por acoger en la sentencia Rol N° 9797 como un pretendido precedente no es una cuestión nueva, y ya fue descartada expresamente por este tribunal en la resolución que no admitió a tramitación el requerimiento del Presidente de la República en el proceso Rol N° 10.774-21-CPT ya aludido, al señalarse que *"…se alega como infringido el efecto de la sentencia de empate Rol N° 9797 de esta Magistratura, a partir del artículo 94 de la Constitución, pre suponiendo, como cuestión de fondo, un efecto de cosa juzgada extra proceso y extra proyecto cuestionado en dicha causa…" (cons. 35), recalcándose posteriormente que "la alegación de infringirse la fuerza de un precedente pre exige una construcción conceptual necesaria si es que ello es un conflicto constitucional: la elaboración argumental de un sistema de precedentes a partir de normas constitucionales sobre la materia, expresando los fundamentos de un estándar de constitucionalidad, la infracción de normas específicas y explicitando cómo se produce, nada de lo cual se hace en el requerimiento, que además omite parte del artículo 94 de la Constitución, pues se argumenta que su texto dispone que "Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley", pero se omite señalar expresamente que a continuación se incluye la frase explicativa "en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate", omitiendo además que en Chile los criterios plasmados en sentencias de órganos jurisdiccionales pueden legítimamente cambiar en casos sucesivos, en el marco de la legítima actividad hermenéutica del derecho. Adicionalmente, tal ejercicio argumental se hace desde una sentencia de empate, dando el carácter de "precedente constitucional" a un voto de empate que es sentencia por la vía de un voto dirimente que se establece no por la Constitución sino por ley orgánica del Tribunal, además de que tal sentencia recayó en un proyecto de reforma constitucional que autorizaba un segundo retiro de los fondos previsionales, que había sido rechazado por la Cámara revisora y cuya tramitación se paralizó por haberse dictado la ley N° 21.295 - promovida por el propio Poder Ejecutivo que había presentado el requerimiento en contra del proyecto de reforma- cuerpo legal que también autorizaba tal retiro"* (cons. 36°).

**36°.-** Adicionalmente, la misma resolución, frente a la misma pretensión de efecto de precedente, se señaló que *"el voto por acoger de la sentencia de empate Rol 9797 que se cita como precedente,*

*citándola parcializadamente y respecto de solo alguna de las cuestiones que aborda, abordó cuestiones que no eran parte de las líneas jurisprudenciales de este Tribunal, y tuvo dos votos antagónicos de 5 Magistrados cada uno, sin que en el requerimiento se señale cómo ni por qué uno de ellos tendría fuerza de precedente más allá del voto dirimente, y sin hacerse cargo de las argumentaciones contenidas en el otro voto de empate…"* (cons. 44°), lo cual es evidentemente necesario en sede de inaplicabilidad, que requiere a lo menos 6 votos de 10 para justificar una decisión estimatoria.

**37°.-** Es decir, este tribunal ya rechazó hace más de 6 meses que el voto de empate por acoger de la sentencia Rol N° 9797 pudiese ser un precedente, incluso en un proceso de la misma materia, cuyo no es este caso, en el que el empate no tiene voto dirimente. Así, el argumento de pretendido precedente no puede sino ser rechazado.

## V. INAPLICABILIDAD Y VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD DE FORMA

**38°.-** En el caso concreto se ha alegado un vicio de constitucionalidad de forma, consistente en una pretendida invasión de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de seguridad social, contenida en el artículo 65 de la Constitución Política, al iniciarse la tramitación de la reforma constitucional por iniciativa parlamentaria.

**39°.-** Además de lo ya señalado acerca de la naturaleza de norma constitucional y no de precepto legal de la norma cuestionada, lo que desde ya determina el rechazo del requerimiento por motivos de forma, si efectivamente estuviésemos en presencia de un precepto legal, no puede preterirse el carácter concreto propio de la acción de inaplicabilidad, el cual determina que el vicio de constitucionalidad en esta sede es el pretendido y potencial efecto contrario a la Constitución que la aplicación de la norma produce en el caso concreto [24]. En este sentido, este Excmo. Tribunal Constitucional al ejercer el control concreto de la constitucionalidad de la ley, lo hace centrado en la aplicación al caso *sub lite*, cuya resolución se limita a que las disposiciones legales determinadas, en sí mismas, resulten en cuanto reglas de derecho, inconciliables en sus efectos con normas *iusfundamentales* de la CPR, siempre en su aplicación en el caso concreto . Por ello, la jurisprudencia de este tribunal ha sostenido que la acción de inaplicabilidad por inconstitucional tiene por objeto el impedir la aplicación de un precepto legal que, rectamente entendido e interpretado, trae como resultado una contravención a la Constitución [25].

**40°.-** En tal sentido, la problemática de los vicios de constitucionalidad de forma ha sido claramente reconocida por la doctrina: ya en el año 2010 se señala que *"el vicio de forma se produce antes de que el precepto legal exista, lo que lo aleja de los efectos que la norma jurídica producirá una vez que entre en vigencia. el vicio de forma, entonces, no se relaciona con los casos que se presenten ante el juez"* [26], por lo que *"[…] en consecuencia, la inconstitucionalidad de forma no está presente en el texto o enunciado normativo, ni en la interpretación que los autores o la jurisprudencia puedan elaborar del mismo"* [27]. Si se llegara a estimar, erradamente, que hay vicio de constitucionalidad de forma, a su vez, la profesora Miriam Henríquez Viñas, en su trabajo "Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia" [28], nos recuerda que, en primer lugar *"[…] Los vicios de inconstitucionalidad de forma y de fondo que afectan las normas legales vigentes son distintos. Los*

24 STC, Rol Nº1300-09, 25 de mayo de 2009.

25 STC, Rol N°2740-14, 20 de agosto de 2015.

26 Verdugo Ramírez, Sergio. INAPLICABILIDAD Y VICIOS DE FORMA. ¿UN PROBLEMA RESUELTO?, Revista de derecho, Universidad Austral, vol. XXiii - nº 2 - diciembre (2010) páginas 83-112.

27 Id. ant.

28 Henríquez Viñas, Miriam. Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia, (2017). Disponible en http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n15/2393-6193-rd-15-00049.pdf

*primeros no suponen una contradicción normativa con la Constitución, sino el hecho del incumplimiento por el legislador de las normas constitucionales procedimentales para su producción o que existan vicios de competencia. La distinta naturaleza del vicio justifica un diferente régimen de invalidación", por lo que en este sentido, el vicio de forma o infracción constitucional propia, como un vicio de origen, afecta la validez de la norma contenida en un precepto legal. Agrega la autora que "[…] la infracción constitucional propia afecta la validez de la norma legal y tal invalidez debe ser declarada. Como se ha dicho, la acción de inaplicabilidad de ninguna manera busca enjuiciar la validez de un precepto legal, sino determinar si su aplicación produce efectos inconstitucionales en un caso concreto."* [29]. Cabe insistir sobre el punto. La sentencia estimatoria de inaplicabilidad tiene efectos particulares, los cuales no son coherentes con un pronunciamiento sobre un pretendido vicio que afecta la validez de un precepto legal, concluyendo que no se puede controlar el vicio de constitucionalidad de forma por medio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que además ha de referirse a preceptos legales y no a normas constitucionales.

**41°.-** De igual forma, Valeria Lübert sostiene que, al analizar un vicio de forma en sede de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional se estará pronunciado sobre la ley en abstracto, con total prescindencia de las circunstancias del caso e instrumentalizándolo para emitir un pronunciamiento de carácter general[30], que es justamente lo que se pretende en este caso.

**42°.-** Examinado el requerimiento de autos, cabe concluir que no cumple desde esta perspectiva con comunicar de forma precisa el pretendido efecto en el caso concreto de la aplicación de la norma en su conexión causal con los pretendidos vicios de constitucionalidad de forma, más bien parece un intento forzado de justificar su acción con clara intención de transformar un control abstracto de una norma constitucional vigente en una inaplicabilidad de un pretendido precepto legal que se debiera traducir en un control concreto de la norma. Ello vulnera el evidente y prístino texto del numeral 6° del artículo 93 de la Carta Fundamental, prescindiendo del efecto de aplicación que dicha norma exige ponderar, radicando el vicio en una cuestión abstracta como es el *iter legis*, es decir, en el proceso legislativo y en las supuestas e inexistentes infracciones cometidas por el legislador -actuando como constituyente derivado- lo que no satisface el estándar argumental de control concreto que la Constitución y la Ley N°17.997 exigen.

**43°.-** De esta forma el requerimiento no explicita cómo los pretendidos vicios de constitucionalidad de forma o competencia inciden en la aplicación de la norma legal cuestionada al caso concreto, siendo suficiente ello para rechazar la invocación de tal vicio.

## VI. ¿INICIATIVA EXCLUSIVA POR ANALOGÍA EN MATERIA DE REFORMA CONSTITUCIONAL?

**44°.-** No obstante lo expresado en el capítulo anterior, y sin preterir que cabe tener presente una vez más el indiscutible carácter de norma constitucional de la preceptiva cuestionada, cabe agregar que al igual que en la sentencia de empate Rol 9797 se pretende en el voto por acoger la construcción de una verdadera entelequia argumentativa: la supuesta existencia de iniciativa exclusiva de ley extendida por analogía en materia de reforma constitucional, lo cual es una trampa argumentativa, al construirse una potestad presidencial por analogía con el proceso legislativo, analogía que además es falsa y errada al ser contra norma expresa por no estar cubierta en la remisión que el artículo 127 hace a artículo 65 a propósito de lo que se aplica al procedimiento de reforma constitucional de lo dispuesto en el iter legis. En efecto, no hay iniciativa exclusiva

29 Íd. ant.

30 Lübbert, Valeria, "El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma", Revista de Derecho Público, N° 76 (2014), p. 383

del Presidente de la República en leyes de reforma constitucional ni ésta facultad se puede crear por analogía sin vulnerar. Eso es un contrasentido al poder constituyente derivado que no pueda decidir y ni siquiera toca presupuestos constitucionales esenciales como el régimen democrático y la defensa de derechos fundamentales. Por eso, se concluirá que no existe infracción al artículo 65 de la Constitución.

**45°.-** Adicionalmente, existen un conjunto de diferencias entre las normas de rango legal y de rango constitucional, cuestión que es anterior e independiente de su contenido. Todo ello podría quizás abordarse suficientemente a nivel de un tratado, pero claramente no se puede agotar en la presente sentencia. Aún así, cabe considerar una serie de cuestiones. La primera de ellas es que la caída del régimen democrático el 11 de septiembre de 1973 implicó la muerte –o extinción en un sentido técnico constitucional- de la Carta de 1925 ese mismo día en tanto constitución real -sin perjuicio de los copiosos e infructuosos esfuerzos por decir lo contrario, desmentidos en la praxis por la propia junta al señalar por medio del decreto ley N° 128 el sentido que le autoasignó al decreto ley N° 1 que dictó, en orden a que se autoatribuye poderes para redactar e imponer lo que después será la constitución en su texto original [31] - y la dictación de la carta de 1980 por el régimen militar mediante su decreto ley 3.464 de 1980, echaron por tierra –como en muchas otras materias- los 140 años de historia constitucional a este respecto, pues la carta originalmente otorgada por la junta, en los artículos 116 a 119 del texto original, establecía procedimientos especiales de reforma constitucional, con un grado exacerbado de rigidez, pero sin alusión alguna a los trámites de formación de la ley, con las solas excepciones señalar que se origina por mensaje o por moción y que se aplica el sistema de urgencias del proceso legislativo, lo que era declarado expresamente en el artículo 116, inciso final. Lo anterior era complementado mandatando expresamente al legislador orgánico constitucional para que en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional estableciera lo concerniente a los vetos y tramitación de los proyectos de reforma en todo lo no establecido por la Constitución, y a ello cabe agregar que el texto original de la Constitución de 1980 estableció las normas de formación de la ley dentro del Capítulo de "CONGRESO NACIONAL" en sus artículos 62 a 72, sin que ellas a la vez contuvieran alusión alguna a la reforma constitucional.

**46°.-** A todo lo expuesto cabe agregar que en la comúnmente denominada "historia fidedigna" [32] del establecimiento de la carta de 1980, el Consejo de Estado suprimió la posibilidad de constituir comisiones mixtas en el proceso de reforma constitucional, cuestión que fue establecida recién en la reforma constitucional de 2005 por medio de la Ley N° 20.050.

31 "El Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno..." señala en su artículo 3° el referido decreto ley 128, a lo cual debe agregarse lo dispuesto en su artículo 2, en orden a que "Las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella", de lo cual deriva que la Constitución de 1925 deja de ser un límite jurídico y externo al poder y lo poco que formalmente sobrevive de su texto pasa a ser disponible por la sola voluntad de la junta.

32 A este respecto no parece adecuado hablar de "historia fidedigna" respecto de actas de meros órganos asesores y consultivos, que nunca tuvieron el carácter de resolutivo-constituyentes ni menos un mandato democrático del pueblo en las urnas, por lo que no fueron constituyentes ni en sentido deontológico ni ontológico, pues la potestad constituyente, entendida solo como un factum de fuerza, estuvo radicada de hecho en la junta militar, que expresamente lo declaró así precisando que se la había auto atribuido ab initio, mediante la dictación del decreto ley 128 de 1973, que "aclara" el sentido y alcance del decreto ley N°1. A causa de ello cabe recordar que muchas normas de la Constitución carecieron incluso de referencias en su sentido de origen (baste citar por ej. el actual artículo 63 no. 20° por ejemplo), pues las actas de la junta y del Consejo de Estado fueron secretas hasta bien entrada la década del 2000.

**47°.-** Con todo lo ya expuesto, la constitución en su texto originario eliminó el histórico y tradicional "reenvío" al proceso legislativo (el que sólo fue reestablecido mediante la ley 20.050 de 26 de Agosto de 2005, en su artículo único, N° 50), disponiendo que la tramitación de la reforma constitucional se normaría en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso, lo que –interpretando literalmente y prescindiendo de todo otro criterio hermenéutico- en principio lleva a concluir que la tramitación de un proyecto de reforma constitucional y la de un proyecto de ley aparecerían -en lo general- diferenciadas enteramente en el texto original, al punto de poder caracterizarse como instituciones del todo autónomas entre sí, con una aplicación meramente supletoria y en vacío de las normas del proceso legislativo. Un antecedente muy revelador es que a pesar de que los artículos 116 a 119 del texto original de la carta del 80 sólo hablaban de "reforma constitucional", en ninguna parte de los mismos se hablaba de "ley de reforma constitucional", terminología que tampoco figura en el originario artículo 63.

**48°.-** A pesar de ello, y siguiendo la tradición política y jurídica, ha sido una convención política y jurídica unánime el denominar "ley de reforma constitucional" a las modificaciones a la Constitución, y aún más que ello, darles número de ley, lo que ha sido practicado por los poderes colegisladores, constituyentes derivados y aun por los órganos de control. Lo anterior es indicativo que el aparente cambio normativo en orden a diferenciar la reforma constitucional de la ley, stricto sensu, no es parte de lo que en sociología se denominaría como "la constitución real", en su dimensión de praxis de la misma, pues en el período 1981-2005 el sistema político ha asimilado la reforma constitucional a la ley, en todo lo que no esté especialmente reglado a su respecto, al punto que incluso la primera reforma a la Constitución de 1980, la reforma plebiscitada el año 1989, es etiquetada como una ley, con número y forma de ley (N° 18.825), agravada con las formalidades propias de la reforma, convención que ha seguido operando hasta la fecha.

**49°.-** Lo antes dicho resulta de especial relevancia, pues el sistema político entero, Tribunal Constitucional y Contraloría incluidos, han entendido que salvo las formalidades específicas del Capítulo XV de la carta de 1980, la reforma constitucional se tramita como una ley, de lo que deriva que se sancione, promulgue, publique en el Diario Oficial y se le asigne numeración correlativa de legislación, lo que no está dispuesto en ninguna parte, y por ende, emana de una convención política y no de una norma jurídica que sea parte de la constitución formal, es decir, es parte de lo que Ferdinand Lassalle llamaría "constitución real" (¿Qué es una Constitución?, Ferdinand Lassalle, Ed. Ariel, Madrid, 2001), en un sentido sociológico, al punto que en las cátedras de Derecho constitucional es enseñada como "ley de reforma constitucional", terminología que muy difícilmente puede llamar a equívocos.

**50°.-** Respecto de la tramitación del proyecto de reforma, es del caso señalar que a lo largo del período 1990-2005 los órganos constituyentes derivados han dado tramitación de proyecto de ley a las reformas constitucionales, agregando en lo pertinente las formalidades del capítulo de reforma constitucional contenido en la Constitución de 1980. De lo anterior, se concluye que el problema de dudar si era o no aplicable el proceso legislativo a la reforma constitucional surge sólo con el advenimiento de la Constitución de 1980, y en realidad sólo desde la instalación del Congreso el 11 de marzo de 1990, hasta la dictación de la ley 20.050, pues desde 1833 hasta el 11 de septiembre de 1973, las normas de los propios textos constitucionales, la práctica del proceso legislativo y el propio sistema político hicieron que no cupiera duda alguna que la respuesta era afirmativa sin excepción alguna, a lo que se agregaban las formalidades especiales y agravadas propias del procedimiento de reforma constitucional, que no eran más que las establecidas expresamente.

**51°.-** Este cambio aparente trajo una serie de complicaciones, tales como la facultad de insistir, las indicaciones, la formación de comisiones mixtas ante el rechazo en una cámara, etc.; frente a ésta última cuestión se señaló que estar en presencia de un verdadero "vacío constitucional" [33] (que parecía ser más aparente que real), por la suerte de nebulosa normativa que se produciría respecto de ciertas situaciones durante la tramitación de la reforma constitucional, vacío que en realidad significaba la omisión de algunos trámites -comisión mixta por ejemplo- y que vino a ser "llenado" o "cubierto" mediante un importante cambio normativo, que es la norma del nuevo artículo 127, instituido por la reforma de la ley 20.050, que hace aplicables expresamente las normas de formación de la ley en lo no reglado expresamente a propósito del procedimiento de reforma, con el límite del respeto de los quórums de reforma constitucional.

**52°.-** A la luz de lo expuesto, entonces es necesario concluir que la diferenciación de la tramitación de un proyecto de reforma a la constitución y de un proyecto de ley en sentido estricto está hoy dada por lo que expresa y directamente determine una norma constitucional que es diferente. Tampoco cabe confundir la función que se le entrega al Tribunal Constitucional de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales de aquella que le compete cuando el control recae sobre fuentes de derecho que tienen una jerarquía inferior a la de la Carta Fundamental. Ello es consecuencia de que la finalidad que persiguen es diferente. En el caso del control sobre reformas **"[e]l objeto del control está representado por normas de rango super-primario, dotadas de fuerza para modificar, mediante un cambio, una adición o abrogación, una parte de la Constitución"** (Ragone, Sabrina (2012).Ob. cit., p. 191). Según Pedro De Vega, la reforma constitucional actúa, en primer lugar, **"[c]omo un instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. En segundo término, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. Y, por último, como institución básica de garantía"** (De Vega (1985). Ob. cit., p. 67). Tales finalidades no se dan estrictamente en la ley porque ésta, teniendo una jerarquía inferior a la de la Carta Fundamental, busca regular y concretar -en reglas generales, abstractas y predeterminadas- los valores, principios y reglas contenidas en ella.

**53°.-** Así, las particularidades de las reformas constitucionales explican que el procedimiento para aprobarlas sea diverso respecto al común aplicable a la legislación, exigiéndose un consenso más elevado que la usual mayoría relativa u otra forma de agravamiento. De tal forma, es un error y un acto de cercenamiento de atribuciones parlamentarias el querer aplicar normas sobre el proceso de formación de la ley al procedimiento de reforma constitucional, no existiendo jurisprudencia o doctrina que valide dicha interpretación. En efecto, el procedimiento legislativo de reforma constitucional tiene reglas propias a las cuales se le incorporan algunas del proceso de formación de la ley. Atendido lo señalado, el único sentido plausible que es posible adjudicar al artículo 127 de la Constitución es que la iniciativa de reformas constitucionales le corresponde tanto al Presidente de la República como también a quiénes integran alguna de las Cámaras legislativas del Congreso Nacional, como dispone su propio texto. En efecto, si los proyectos de reforma constitucional pueden iniciarse por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, estas últimas sólo tienen la restricción a que alude el inciso 1° del artículo 65 vinculada al número de parlamentarios que la pueden suscribir en una y otra Cámara, sin que se apliquen a su respecto las demás disposiciones contemplados en el artículo 65 referidas a la iniciativa legal exclusiva del Presidente de la República.

**54°.-** Así, precisada la diferencia entre proyecto de ley y proyecto de reforma constitucional en tanto fuentes del derecho, en su dimensión procedimental cabe señalar que en materia de iniciativa

33 En este sentido ver el ya aludido trabajo de Francisco Zúñiga Urbina, "Reforma del Capítulo XV, "Reforma de la Constitución", en "Reformas Constitucionales", VVAA, libro colectivo, ed. Lexis Nexis, Stgo., 2005.

de proyectos de ley goza el sistema vigente de dos normas en su artículo 65: en primer lugar, una regla general, cuál es que los parlamentarios pueden iniciar proyectos, y en segundo lugar, una regla especial de excepción, que reserva ciertas materias propias de ley a la iniciativa presidencial, en aquello que el presidencialismo latinoamericano llama "iniciativa exclusiva", y que constituye una de sus principales diferencias con el régimen presidencial originario o estadounidense. En efecto, *"Los presidentes latinoamericanos disponen a menudo de las siguientes atribuciones que no posee constitucionalmente el Presidente de Estados Unidos: iniciativa de ley; iniciativa exclusiva de ley en ciertas materias; declaración de urgencia en la tramitación de los proyectos de ley; participación en el debate parlamentario de la ley a través de los ministros de Estado; ejercicio del veto suspensivo parcial, delegación de facultades legislativas hechas por el Congreso al Presidente, entre otros factores institucionales"* (Nogueira Alcalá, Humberto. "La tipología de gobiernos presidencialistas de América Latina y gobiernos semipresidenciales en Europa", Estudios constitucionales [online]. 2017, vol.15, n.2 [citado 2020-12-23], pp.15-82. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000200015&lng=es&nrm=iso>.ISSN0718-5200. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000200015.).

**55°.-** A su vez, no debe perderse de vista que las reglas especiales y de excepción en materia de derecho público son de derecho estricto, por lo que no pueden ser interpretadas analógica ni extensivamente, más aún si se refieren a poderes, pues la regla más preciada en un Estado de Derecho es la sumisión del poder a la norma jurídica, cuestión que en Chile se contiene en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política. Así, no hay más casos y formas para ejercer potestades que los que se establezcan expresamente y la interpretación analógica no puede ser usada para evadir la sumisión a la norma generando potestades no contempladas expresamente. Al contrario, arrogarse potestades de iniciativa exclusiva por analogía, como lo sería en materia de reforma constitucional, constituiría una violación flagrante al artículo 127 de la Constitución vigente. Ese es el prisma que debe usarse para analizar si el proyecto de reforma constitucional sometido a control es o no materia de iniciativa exclusiva presidencial. En este sentido, el artículo 65 de la Constitución dispone la iniciativa exclusiva presidencial como una regla especial que excepciona a la regla general de iniciativa parlamentaria. En el mismo orden, la iniciativa exclusiva se establece solamente para las materias de ley y para la fuente del derecho denominada "ley" en sentido estricto, es decir, leyes ordinarias, de quorum calificado u orgánicas constitucionales.

**56°.-** En ese orden, lo anterior significa que: a) El mensaje o moción son iniciativas idóneas para comenzar el proceso de reforma constitucional, sin limitaciones materiales al no estar establecidas expresamente, y, por tanto, en el caso concreto, no se altera las reglas procesales ni materiales del ejercicio del poder constituyente derivado en el marco de las reglas constitucionales establecidas para su ejercicio en el marco del régimen democrático. b) Lo único remitido para la reforma constitucional al artículo 65 es lo reglado en su inciso primero, descartándose la analogía de distinción de materias por una pretendida iniciativa exclusiva al estar en otras normas del ismo artículo 65, al ser reglada expresamente en sentido contrario por haber remisión expresa y además limitada solo a una parte del artículo 65 y no al resto del mismo.

**57°.-** Entonces, si no existe entonces una esfera reservada a la iniciativa exclusiva del Presidente para iniciar un proyecto de reforma constitucional, ella puede originarse por moción parlamentaria independientemente de que por la materia de que trate eventualmente el proyecto podría haber sido reglamentado por una ley reservada a la iniciativa exclusiva del Presidente.

**58°.-** En efecto, las disposiciones sobre la iniciativa exclusiva legal del Presidente "[n]o se aplican en materia de iniciativa constitucional, porque no son reglas de tramitación, de procedimiento, sino sustantivas", señaló en 1965 un Informe de la Comisión de Constitución del Senado que,

recogiendo la opinión del senador Francisco Bulnes Sanfuentes, se pronunció sobre diversos aspectos relacionados con el despacho de los proyectos de reforma constitucional y, especialmente, con la interpretación de los arts. 108 y 109 de la Constitución de 1925 que reglamentaban la tramitación de una reforma (Rolando Acuña Ramos (1971): La Constitución de 1925 ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Ed. Jurídica de Chile, p. 777). Refuerza la idea lo dicho por el profesor Sebastián Soto: "[l]as materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República tienen un ámbito de aplicación exclusivamente legislativo, esto es, circunscrito a la tramitación de los proyectos de ley. No implica, por lo tanto, una limitación parlamentaria en las demás atribuciones de ambas cámaras como son, entre otras, fiscalizar o proponer acuerdos. De este modo, no hay limitación alguna para que una comisión investigadora o un acuerdo de alguna de las salas aborden estas materias." afirmando "[n]o existe en materia de reformas constitucionales materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República" (Soto Velasco, Sebastián (2015). *Congreso Nacional y Proceso Legislativo.* Teoría y Práctica. Legal Publishing, p. 231 y 224).

**59°.-** Así, se concluye que las reglas constitucionales sobre iniciativa exclusiva legal del Presidente aluden a la distribución de competencias entre el Ejecutivo y el Congreso en un sistema presidencialista como el nuestro y únicamente en relación a la común tarea que tienen ambos en su calidad de colegisladores, al reconocerse que es atribución del Presidente de la República "concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas" (artículo 32 N° 1).

**60°.-** Por una parte, el listado de materias de ley contenido en el art. 63 se establece para regular cuales son las que necesariamente deben tener jerarquía legal con el objeto de que no puedan ser reguladas por el Ejecutivo en ejercicio de su potestad reglamentaria. De este modo la Constitución contemplando un dominio máximo legal o "total de competencia", como señala el profesor José Luis Cea (Cea Egaña, José Luis (1999). *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y Comparado.* Ediciones Universidad Católica, p. 141).

**61°.-** Además el artículo 127 de la Constitución no señala en parte alguna que exista una limitación de materias para dotar de contenido específico a un proyecto de reforma constitucional y no podría hacerlo en la medida que la propia Constitución proclama en su artículo 4° que Chile es una república democrática y en el artículo 5° se determina la titularidad de la soberanía en la nación, dentro de la cual no debe olvidarse que el poder constituyente es la primera de sus manifestaciones, entendida como el derecho de autodeterminación de los pueblos, comprendido como un principio imperativo de acción *"(…)conformado por un haz de cuatro derechos, autoafirmación, autodefinición, autodelimitación y autodeterminación (…)"* (Forno, G., Apuntes sobre el Derecho a la autodeterminación de los pueblos, Agenda Internacional, Año IX, Nº 18, p. 108), que se manifiesta como un derecho del pueblo y un deber del Estado, y que sirve de piedra angular para el desarrollo de los demás derechos fundamentales.

**62°.-** Por otra parte, no puede preterirse que modificar el régimen de iniciativa exclusiva legal del Presidente contenido en el art. 65 de la Carta requiere de un quórum de los 3/5 de los parlamentarios en ejercicio. Si el constituyente no quiso enmendarlo en esta oportunidad de manera general y específica en el artículo 65, es porque no resultaba adecuado ni lógico para establecer un estatuto jurídico de tipo temporal y de plazo limitado. Así, por la materia de que trata el proyecto cuestionado, juzgó apropiado regular la materia a través de una regla de excepción transitoria, porque para cumplir con su objetivo no requería alterar el sistema de iniciativa exclusiva permanente que sólo se aplica a las leyes.

**63°.-** Asimismo, la práctica del constituyente demuestra que han habido reformas constitucionales iniciadas por mociones parlamentarias que, de acuerdo a su sustancia, podría considerarse que recayeron en materias de iniciativa exclusiva legal del Presidente. Desde ya cabe anotar que la gran reforma de la ley N° 20.050, de 2005, fue iniciada por moción parlamentaria y muchas de sus normas regulan materias que podría considerarse que revisten esa característica. Ellas han recaído no sólo en reglas permanentes, sino en disposiciones transitorias, como las Nº 29, 30, 31 y 37, todas las cuales tuvieron su origen en mociones de parlamentarios.

**64°.-** Adicionalmente, se concluye que el constituyente chileno ha obrado así ajustándose al régimen republicano y democrático establecido en el artículo 4° constitucional. Al efecto no puede olvidarse que, como dice Karl Loewenstein, a partir de las reglas que regulen el procedimiento de reforma constitucional "[s]e puede deducir el carácter político del régimen" ya que "[l]a ideología del Estado constitucional democrático exige que la competencia para la reforma constitucional no sea el monopolio de un único detentador del poder, sino que debe estar lo más distribuida que sea posible", de manera que participen en ella el Gobierno, el Parlamento y el pueblo (Loewenstein, Karl (1976). Teoría de la Constitución, 2° ed, Barcelona, Ed. Ariel, p. 172).

**65°.-** Del mismo modo, Miguel Carbonell, citando a Pedro De Vega, expresa que "[n]o es difícil constatar, por ejemplo, que es característico de los sistemas políticos autoritarios el que la competencia para la iniciar la reforma constitucional se conceda fundamentalmente al Poder Ejecutivo" (Carbonell, Miguel (1998). Ob. cit., p. 225), lo cual pone de relieve la gravedad que implica para el régimen democrático desconocer a quienes representan la voluntad popular en el Parlamento la facultad de iniciar proyectos de reforma constitucional para que, según su contenido, sólo puedan ser impulsados por el Presidente de la República. En definitiva, "[e]l sujeto que tiene la facultad de propiciar el procedimiento de reforma constitucional tiene la posibilidad de fijar la agenda del poder constituyente derivado, es decir la posibilidad de determinar el momento y el contenido que deben tener las reformas" (Carbonell (1998). Ob. cit., p. 241) por lo que atribuir únicamente al Jefe del Ejecutivo la posibilidad de iniciar una enmienda constitucional atenta contra el régimen republicano y democrático de gobierno.

**66°.-** Si examinamos el derecho comparado en aquellos ordenamientos constitucionales que establecen un sistema presidencial de gobierno, no existe una especie de super poder del Presidente de la República que reserve a su iniciativa ciertos contenidos de reforma constitucional.

**67°.-** Desde ya cabe tener presente que la Constitución de Estados Unidos que establece el modelo del régimen presidencialista no confía al Jefe de Estado, sino sólo a las dos terceras partes de ambas Cámaras, la proposición de enmiendas a su texto (artículo V). Dentro de las constituciones latinoamericanas hay algunas, como la boliviana por ejemplo, que sólo permiten iniciar el proyecto de reforma por la Asamblea Legislativa (art. 411). Otras, creando mecanismos de participación democrática del pueblo, no sólo posibilitan al Gobierno y a los parlamentarios presentar todo tipo de proyectos de reforma constitucional, sino que también a sus ciudadanos, quienes, reuniendo los requisitos que señale cada texto, pueden patrocinar un proyecto a través de la iniciativa popular. De este modo lo establecen, por ejemplo, la Constitución de Colombia (art. 375), la del Perú (art. 206), la de Bolivia (art. 144 II.), la del Ecuador (art. 441 N°2) y la del Uruguay (art. 331). Incluso hay constituciones que amplían aún más los órganos legitimados para iniciar una enmienda constitucional, como es el caso de la ecuatoriana, que no sólo permite la iniciativa popular, la del Presidente y de los congresales, sino la de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional (art. 281).

## VII. ACERCA DE LAS CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD DE FONDO

**68°.-** Que, sin caer en la trampa argumentativa y error de sostener que la normativa cuestionada sería precepto legal, y bastando las argumentaciones ya expuestas para rechazar un requerimiento que nunca debió ser declarado admisible, se contestaran las diversas alegaciones de constitucionalidad de fondo planteadas en los capítulos siguientes. Ello no obsta a que reconociendo el verdadero carácter de las normas cuestionadas, de rango y naturaleza constitucional, es imposible sostener que la reforma constitucional que las agregó no haya cambiado el sentido, regulación y alcance de las materias a que se refieren, por lo cual no puede ser tenido como parámetro de control de constitucionalidad material lo pre existente a ellas que se ve modificado, error en el cual cae el voto por acoger, petrificando sin decirlo expresamente las regulaciones constitucionales que invoque para declarar pretendida y anómalamente "inconstitucionales" las normas constitucionales que se objetan.

## VIII. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

**69°.-** De todo lo señalado, cabe reiterar algo que ya es evidente: la única potestad de control de reformas constitucionales que este tribunal tiene es el control abstracto preventivo y contencioso, con legitimación activa restringida, del numeral 3° del artículo 93 de la Constitución, no teniendo potestades de control sobre normas constitucionales vigentes y no siendo la inaplicabilidad una vía que permita ello.

**70°.-** Los requirentes en este tipo de procesos de inaplicabilidad recaídos en disposiciones transitorias de la propia Constitución, y también los Ministros que están por acoger los requerimientos, han elegido un camino distinto a abordar estos procesos como lo que son, un control de constitucionalidad de reforma constitucional, para eludir esta cuestión y calificar como "precepto legal" las normas constitucionales que no son de su agrado ni beneficio y usar contra norma expresa el control de inaplicabilidad de precepto legal.

**71°.-** Así, cabe recordar dentro del Estado Constitucional y Democrático de Derecho que nos rige, la autonomía de que goza el poder constituyente derivado para fijar tanto el contenido como la oportunidad de una reforma constitucional encuentra su límite en las normas sobre producción de la reforma que están contenidas en la propia Constitución y que se contienen en su Capítulo XV (arts. 127 a 129). Esas reglas dicen relación con la forma en que las normas sustantivas deben generarse, señalándole al poder derivado el ámbito competencial y el procedimiento al que debe ajustarse para que tales reglas puedan surgir válidamente. Al conocer de un requerimiento de inconstitucionalidad en contra de un proyecto de reforma constitucional que vulnere tales reglas procedimentales, el Tribunal Constitucional puede acogerlo en virtud de lo que dispone el artículo 93 N° 3 que le entrega tal facultad, mas no en sede de inaplicabilidad al estar fuera de su competencia.

**72°.-** Así, resulta más difícil, mientras tanto, justificar la posibilidad de imponer límites sustanciales o materiales al poder constituyente instituido o derivado por parte de los órganos encargados de ejercer el control de constitucionalidad de una reforma constitucional debido a que las funciones otorgadas a los Tribunales Constitucionales se desarrollan al interior del orden constitucional constituido para defenderlo de actos que están subordinados a la Constitución, mientras tanto que cuesta justificar que se permita controlar una modificación a la Constitución porque, como dice Sabrina Ragone, ello provoca una superposición entre el parámetro y el objeto del juicio de constitucionalidad, ya parece poco lógico controlar "una reforma que necesariamente debe modificar (o al menos integrar) la Constitución, de lo contrario no tendría sentido", lo cual

pone "[e]n discusión la dicotomía entre poder constituyente y poderes constituidos, al menos por lo que se refiere a los Tribunales Constitucionales, que se colocan por encima del legislador encargado de llevar a cabo la reforma, en una posición para-constituyente, siendo capaces de las actuaciones del órgano al que la misma Constitución ha conferido la facultad para modificarla" (Ragone, Sabrina (2012).Ob. cit., p. 11). En el presente proceso, de inaplicabilidad, se produce un efecto aún más perverso: el objeto y el parámetro de control son normas constitucionales, motivo por el cual el garante dela Constitución, se erige sin decirlo en un depurador a piacere de la misma, excluyendo normas vigentes de ella en vez de someterse a las mismas.

**73°.-** Surge entonces la duda de si el Tribunal Constitucional puede controlar no sólo los vicios de forma en que podría haber incurrido una reforma constitucional sino también los de carácter sustantivo. En ese orden, incluso en la poco ortodoxa redacción conceptual del artículo 5°, inciso primero, de la Constitución (soberanía nacional v/s soberanía popular), se reconoce el derecho de autodeterminación, en tanto ejercicio de tal soberanía por el pueblo y por los órganos de representación popular, el más plural y representativo de los cuales es el Congreso Nacional, que en este caso actúa como constituyente derivado. Así, fuera de los límites al ejercicio de la soberanía que establece el inciso segundo del mismo artículo 5°, no existe norma constitucional alguna que limite la atribución parlamentaria consistente en presentar un proyecto de reforma constitucional sobre la materia que los autores de la moción determinen.

**74°.-** Reiterando lo ya señalado acerca del derecho de autodeterminación de los pueblos, que se ejerce mediante el poder constituyente, sea originario o derivado, y al ser parte de los artículos 4° y 5° de la Constitución vigente es también parte del parámetro de control, por lo que el ejercicio de atribuciones de control de constitucionalidad no puede ejercerse denegándolo o anulándolo, lo que acarrea como consecuencia que el parámetro y el ejercicio de control deben ser estricta y claramente delimitados y específicos, sin analogías ni reglas que carezcan de explicitación, pues entonces no serían reconocibles los casos y formas de ejercicio de tal potestad, que si es ejercida de manera extensiva y amplia termina invisibilizando al poder constituyente derivado.

**75°.-** En ese marco debe responderse a la pregunta de ¿cuál es el límite de materias a regular en una constitución? Y más allá de todo esbozo técnico, se puede hablar del piso necesario a partir del contenido mínimo de derechos y limitaciones al poder, desde los principios del constitucionalismo clásico y del constitucionalismo social post segunda revolución industrial, pero si se busca un techo como límite máximo de contenidos, la respuesta no puede ser técnica, sino exclusivamente política: serán las materias que el ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos (originario o derivado) precise, por ser relevantes o "fundamentales" para el devenir de esa sociedad en ese momento histórico, como lo fue en nuestro país reglar constitucionalmente la nacionalización del cobre o el rol de las Universidades en la televisión, o como en México lo fue regular la cabida máxima de los predios agrícolas comprables por sociedades mercantiles por acciones, o como en Argentina la reivindicación soberana sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur o en Colombia el proceso de paz y de justicia especial transicional, por citar solamente unos pocos ejemplos, sin que por ser una constitución extensa y específica en sus normas, dejen de tener la misma naturaleza y rango constitucional.

## La hipótesis de los límites materiales expresos (artículo 5° inciso 2° y 19 N° 26).

**76°.-** Al efecto cabe recordar que diversas constituciones contemplan cláusulas pétreas que imponen un límite insalvable al poder constituyente derivado, ya que constituyen normas intangibles que "[n]o podrían ser reformularse ni aún con el consenso de la unanimidad de la población, con lo cual se estaría en una tensión absoluta con los elementos democráticos

presentes en el constitucionalismo moderno" (Colombo Murúa, Ignacio (2011). *Límites a las reformas constitucionales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, p. 181). En el caso chileno no se contempla declaración de petrificación de normas en el texto de la Constitución vigente, más allá de lo que podrían ser los limites del proceso constituyente en curso contemplados en el artículo 135, con los límites de justiciabilidad que tal norma establece.

**77°.-** Por lo tanto, en dichos ordenamientos constitucionales es posible considerar que existen no sólo restricciones formales o procedimentales sino también materiales o de fondo a los que el constituyente derivado debe asimismo ajustarse. En su lectura de nuestra Carta Fundamental los profesores Alejandro Silva Bascuñán, Humberto Nogueira y José Manuel Díaz de Valdés han identificado como límite material de carácter autónomo y explícito, es decir, consagrado expresamente en la propia Constitución, el contemplado en el artículo 5, inciso segundo, esto es, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

**78°.-** Al respecto don Alejandro Silva Bascuñán sostiene: "[S]i la Carta de 1980 precisa que "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" (art. 5º inc. 2º), el Poder Constituyente instituido o derivado, al reformar la Carta, no puede prescindir de la valla constitucional que ha tenido en cuenta el constituyente, por cuya autoridad se estableció el Estatuto Básico y se ha venido complementando y adaptando" y es por ello que "[e]l trazado del ámbito de competencia confiado al Tribunal Constitucional se esclarece si se toma en consideración que la Constitución Política, en la unidad de su razón, objetivo e imperatividad, es un título representativo que otorga legitimidad a las autoridades que pueden decidir conforme a ella, respetando las bases fundamentales que expresan su filosofía y que están concretadas en sus norma, entre las cuales se encuentran las que dan fuerza jurídica a valores que incluso están por sobre ella misma y que pueden resumirse en que el Estado existe para que en la sociedad se imponga el bien común y en que la soberanía está limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" (Silva Bascuñán, Alejandro (2004). *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo X, Ed. Jurídica de Chile, pp. 264-265).

**79°.-** Por su parte, según el profesor Humberto Nogueira "[u]na reforma constitucional no podría abrogar o desconocer atributos básicos de los derechos fundamentales ya asegurados por la Carta Fundamental, ya que el artículo 5º de la Constitución establece un límite sustantivo o material expreso, al determinar que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación los derechos esenciales que derivan de la naturaleza humana." (Nogueira Alcalá, Humberto (2009), "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y práctica constitucional", en Revista Ius et Praxis, Año 15, N°1, p. 260).

**80°.-** En un sentido coincidente, Díaz de Valdés indica: que "[n]o existe en el derecho absolutamente ninguna institución que pueda hoy sostenerse si no es compatible con los derechos fundamentales. Es por ello por lo que el artículo 5º de la Constitución, más que establecer un límite novedoso y de escasa aplicación práctica, está reconociendo una realidad en innegable consolidación." (Díaz de Valdés, José Manuel (2006), "Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional", en *Sentencias Destacadas* 2006, p. 157).

**81°.-** Si bien los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana limitan el ejercicio de la soberanía (art. 5 inc. 2°) -encontrándose consagrados no sólo en la Carta Fundamental sino en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes-, puede entenderse que esa limitación incluye la tarea que compete al poder constituyente derivado, en cuanto al alcance que cabe dar al vocablo "esencial" que está contenido en dicha disposición constitucional, el profesor Alejandro

Silva indica que " [e]s el mismo que debe reconocerse cuando el art. 19 N° 26 o el art. 19, N° 24 inc. 3° se refieren a él", entendiendo que "[l]os derechos esenciales deben comprenderse todas las conclusiones que derivan de lo natural", y que tal concepto "[n]o puede proyectarse hacia consecuencias más o menos lejanas de aquello que es ineludible, por corresponder más bien a las diversas alternativas de aplicación, que provengan de las distintas situaciones de hecho o de la repercusión de innumerables factores secundarios, coyunturales, relativos, discutibles, etc. que deben tomarse en cuenta para concretar las decisiones que se expresan en las normas jurídicas" ((Silva Bascuñán, Alejando (1997). Tratado de Derecho Constitucional, tomo IV. Ed. Jurídica de Chile, pp. 106-107).

**82°.-** Esta Magistratura, al interpretar el citado numeral 26 del artículo 19 constitucional, ha sostenido que se afecta el núcleo esencial de un derecho a "cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera que deja de ser reconocible, cuando se impide su libre ejercicio sometiéndolo a exigencias que lo hacen irrealizable" (STC 43 c. 21°, 200 c. 4, 226 c. 38, etc). Asimismo, ha dicho que "la determinación del contenido esencial debe tener en consideración dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho y, luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación" (STC 792, c. 13°).

**83°.-** Sin perjuicio de lo anterior, no puede olvidarse que sólo se puede hablar de democracia -porque constituye un elemento que la identifica- si existe un reconocimiento previo de los derechos fundamentales que posibilitan su ejercicio. Así una Constitución es legítima en la medida que asegura y consagra en su texto tales derechos, porque ello forma parte del ethos democrático, lo cual nos lleva a afirmar la existencia de un **Estado Constitucional y Democrático de Derecho.** Por lo tanto, si esos derechos no estuviesen establecidos como un límite explícito al poder reformador en el artículo 5 inciso 2°, de todas maneras no podrían ser vulnerados por él porque, como dice Habermas, "[e]stos principios del Estado de derecho estarán enraizados, en los motivos y en el ánimo de los ciudadanos, de un modo más libre y duradero que a través de la inmunización jurídica formal contra el deseo de modificar la constitución por parte de unas mayorías tiránicas" (Habermas, Jürgen (2004). *"El Estado de derecho democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios" en Tiempos de transiciones,* Madrid, Ed. Trotta, p. 148).

**84°.-** En efecto, no puede olvidarse que la racionalidad es la base de las deliberaciones democráticas, por lo que la esencia o núcleo fundamental de los derechos fundamentales resultará resguardado como consecuencia de un ejercicio de la razón bien conducido. Normalmente, se ejemplifican con casos extremos que pasan por alto la posibilidad racional de oponerse a esas reformas constitucionales.

## La hipótesis de los límites materiales implícitos (artículos 6° y 7°).

**85°.-** Una opción adicional no ventilada en este proceso es que la fuente de la reforma pueda alterar algún límite implícito subyacente en los artículos 6° y 7° de la Constitución.

Aquí hay un doble ejercicio retórico en la construcción de un límite. El primero, es una regla de oro del constitucionalismo chileno en orden a sostener el artículo 7° que "ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias" ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse "otra autoridad o derechos de los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes".

Sin embargo, esta tesis desconoce el origen de la potestad de los parlamentarios en cuanto a

impulsar libremente iniciativas de reforma constitucional. Las circunstancias extraordinarias que veda el artículo 7° son obrar fundado en la idea de la excepcionalidad, pero al margen de toda potestad normativa. En cambio, los proyectos de reforma constitucional, en su versión original, lo que hacen es configurar normativamente dichas potestades para hacer frente a circunstancias extraordinarias como los efectos sociales derivados de la pandemia del Covid-19. Ésta justifica el proyecto de reforma constitucional pero no se actúa al margen del derecho.

**86°.-** En ese punto, dimensionan un segundo límite derivado, ahora del inciso 1° del artículo 7° de la Constitución, en cuanto los "los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley". Esta sería un caso de curiosa transfiguración del principio de legalidad elevado a la categoría de principio competencial.

Aquí, asumiendo que los parlamentarios en el ejercicio del poder constituyente derivado configuran un órgano del Estado, están habilitados previamente por su condición de tales y por haber venido precedidos sus poderes de reforma directamente del inciso primero del artículo 127 de la Constitución.

La competencia que tienen para reformar sería limitada o cuestionada bajo un argumento que el artículo 6° y 7° de la Constitución no resuelven por sí mismos: esto es que carecerían de competencia por tratarse de materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República o por ser leyes de reforma constitucional que tienen tal nivel de detalle que son puramente leyes. En consecuencia, esta tesis no construye un límite por sí mismo desde estos preceptos constitucionales y requiere del auxilio interpretativo de otras reglas. Por eso, apenas, si es que fuera cierta esta tesis, sólo alcanza para construir indeterminados límites implícitos. Pero al ser objeto de interpretación transforman al intérprete en constituyente sin que nada diga la Constitución acerca de que el Tribunal Constitucional es el "intérprete supremo de la Constitución".

## No hay parámetro de control independiente de quién desea controlar. El problema metodológico de los límites del autocontrol.

**87°.-** La auto u hetero asignación de poderes de control de reforma constitucional, no exime de la tarea intelectual de identificar la frontera desde la cual se realiza el control y dónde la sustitución. El examen de constitucionalidad de una regla constitucional exige una técnica interpretativa que resulta ajena al deber de esta Magistratura puesto que implicaría sujetar los contenidos constitucionales a una interpretación particular ajena a las formas y competencias que la propia Constitución requiere.

A este respecto, el control de constitucionalidad material de reforma constitucional encierra un problema conceptual: las constituciones se reforman para que su texto exprese algo diferente de lo que expresan al momento de ser reformadas, por lo que si se compara el texto propuesto con el texto existente nunca serán armónicos, lo que en clave de control de constitucionalidad toda reforma sería siempre inconstitucional. Es por ello que para sostener la existencia de un control material -y no solo formal- de reforma constitucional se requiere como presupuesto necesario alguna cláusula pétrea, intangible o inmutable que constituya el parámetro de control.

Por lo mismo, este es un problema no solo normativo, sino que principalmente metodológico. No es posible concebir, a partir de los propios artículos 6° y 7° de la Constitución y fuente de actuación, sin tener certidumbre sobre la fuente de sustentación de dicho control. El problema metodológico se inicia con la singularización del artículo 93, numeral 3° de la Constitución, pero está lejos de terminar ahí. Por lo mismo, buena parte de esta tarea, en lo argumental le compete a

quién recurre en un caso tan excepcional. A ello debe agregarse que no es el caso de este proceso, que es de inaplicabilidad, y ello no es casual, pues es una sede inidónea para tal ejercicio, ya que está vedado someter a control normas constitucionales en él, ya que son parámetro y no objeto de control. Aún así, se examinarán las cuestiones de constitucionalidad de fondo planteadas, solo para demostrar que si se estuviese en presencia de un precepto legal, debiesen rechazarse en todas sus partes.

## Otras cuestiones.

**88°.-** Se ha sostenido que "el control de constitucionalidad de una reforma es, probablemente, el fragmento más delicado de toda la teoría del control de la producción estatal, en razón de que tal enjuicia y pone en evidencia quien tiene la última palabra de la arquitectura del poder y los derechos fundamentales. Visto desde esta óptica, el control jurídico se trataría, por decirlo de una vez y en pocas palabras, de la competencia de las competencias; a la función específica consistente en interpretar los significados de la realidad constitucional, los jueces agregarían la potestad de constituir las reglas mismas" (Ferreyra, Raúl Gustavo (2007). Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad. México. Ed. Porrúa, pp. 153-154).

**89°.-** A este respecto, el Tribunal Constitucional no puede convertirse en un sustituto del poder constituyente -menos en sede de inaplicabilidad de precepto legal- sino en un mero árbitro que resuelve un conflicto entre órganos cuando conoce de un requerimiento deducido por algún órgano legitimado que le plantea un conflicto jurídico y normativo para que lo resuelva ajustado a lo que la propia Carta Fundamental determina, en el marco de la potestad que para ello sea idónea, cuyo no es el caso de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de precepto de ley. En ese sentido, tiene una competencia muy acotada, debiendo actuar con prudencia y conforme a los principios de deferencia y de interpretación conforme a la Constitución, reconociendo la esfera de discrecionalidad de que goza el poder reformador. No hacerlo así conlleva el peligro de atentar en contra de su propia legitimidad al enfrentarse con un poder que es muy fuerte desde la perspectiva democrática: el poder constituyente derivado o reformatorio de la Constitución.

**90°.-** Cabe recordar al respecto que este Tribunal ha expresado que la autonomía del legislador -y por cierto también y, con mayor razón la del poder constituyente derivado como es en este caso- "comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de conveniencia y oportunidad política que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa"(STC Roles Nos. 1219, c. 10 y N° 1295, c. 28), sin que le competa emitir un juicio de mérito técnico o político sobre ella (STC Roles N° 141, c. 26°; 465 c. 22°; 1838 c. 36°; 2487 c. 15°, entre otras), por cuanto esta Magistratura "no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales" (STC Rol N° 517 c. 12°). Es por ello que este Tribunal no puede incorporar "a los fundamentos de sus resoluciones cualquier elemento de ese carácter" (STC Roles N° 231, c. 7° y N° 242 c. 3°), debiendo "prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual" (STC Rol N° 325, c. 38). Tampoco está facultado para cuestionar "la precisión, completitud y eficiencia de la ley", ya que no puede sustituir "el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea" (STC Rol N° 1295, c. 2). En definitiva, como el Tribunal Constitucional sólo ejerce un control de juridicidad o jurídico, vinculado a la constitucionalidad de los preceptos legales, y no un control político o de las "cuestiones políticas", porque esto último es facultad privativa del órgano legislativo, ha de respetar el principio del "judicial restraint" –es decir, de la auto limitación judicial- o también llamado de la "deferencia razonada" o de la "corrección funcional", el cual -según Pérez Luño- "[o]bliga al intérprete a

respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrado por la Constitución" (Pérez Luño, Antonio E. (2010). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid. Ed. Tecnos, 10° ed., p. 283), para así no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución.

## IX. LA ALTERACIÓN SOBREVINIENTE DE CONDICIONES DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

**91°.-** Que, tal como lo señalara este Tribunal en sentencia Rol N° 506, de 6 de marzo de 2007 (cons. 15), el artículo 19 número 24 de la Constitución Política del Estado asegura a todas las personas el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Esta Magistratura no desconoce que a raíz de haberse asegurado el derecho de propiedad sobre bienes incorporales, primero a través de la jurisprudencia y luego por medio del precepto constitucional aludido, se han producido efectos que han generado una cantidad abundante de debates y críticas, particularmente entre los cultores del derecho civil. No le corresponde a esta Magistratura resolver ninguno de esos debates ni referirse a ninguna de esas críticas. El texto de la Constitución es claro y su sentido inequívoco: la Constitución asegura el derecho de propiedad sobre bienes incorporales y a ello debe atenerse esta Magistratura para resolver este caso. Distinto es determinar las diferencias de la propiedad que se ejerce sobre unos y otros bienes.

**92°.-** Siguiendo la doctrina asentada en la misma sentencia Rol N° 506, ya citada, cabe observar que si bien existen diferencias evidentes en la propiedad que puede ejercerse sobre bienes corporales e incorporales, la Constitución, en el número 24 de su artículo 19, establece un mismo y único estatuto de protección para ambas especies de propiedad, por lo que sólo cabría hacer, entre ellas, las diferencias que resulten ineludibles en virtud de la naturaleza de una y otra. En lo que importa al caso, el numeral 24° del artículo 19, en su inciso 2º, dispone que sólo la ley puede establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, la que comprende cuanto exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública. Esta autorización, dada por el constituyente al legislador para disponer limitaciones y obligaciones a la propiedad, a condición de que se deriven de su función social y así lo exijan, entre otros, los intereses generales de la Nación y la utilidad pública, se aplica, prima facie, a todas las clases y especies de propiedad, incluyendo la propiedad sobre bienes incorporales, sin excluir los que nacen de los contratos, pues el propio constituyente no ha hecho distinción alguna y ha permitido que el legislador regule y limite todas las especies de propiedad. Al establecer reglas para balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada, la Carta Fundamental establece unos mismos criterios, cualquiera sea el origen o título de la propiedad adquirida. Tampoco hay nada en la naturaleza del derecho de propiedad sobre bienes incorporales que impida limitarlos en razón de la función social de la propiedad.

**93°.-** Que el texto de la Constitución no permite sostener que la propiedad sobre bienes incorporales que nacen del contrato no pueda cumplir una función social y que ésta fue establecida sólo en relación a los bienes corporales. (La doctrina de la intangibilidad de los contratos tiene consagración en otras Constituciones, donde tampoco se le ha dado un sentido absoluto, pero no en la Carta Fundamental de Chile). Sostener la intangibilidad absoluta de los derechos que nacen de los contratos no sólo carece de fundamento constitucional, sino que tendría, para ser congruente, que sostener como constitucionalmente ilícitas numerosísimas prácticas habituales de nuestro sistema jurídico, como la de otorgar, por ley, nuevos beneficios laborales o previsionales a favor de trabajadores con cargo a sus empleadores o sostener que la intangibilidad del contrato permite a un arrendatario explotar un bien del modo convenido con su arrendador, sin importar las normas que limitan tal explotación en defensa del medio ambiente. Se podrá decir que en

estas dos situaciones el límite a la propiedad tiene fundamento constitucional, pero también es un límite con fundamento constitucional el que se pueda fundar en la función social de la propiedad, conforme a las exigencias de la utilidad pública. Los derechos de propiedad sobre cosas incorporales que nacen de contratos entre privados no están inmunes a ser limitados o regulados, en conformidad a la Constitución. La Constitución valora la certeza que otorgan los derechos de propiedad adquiridos. En ellos descansa la legítima confianza que hace funcionar el sistema económico que nos rige. De allí que sean exigentes los requisitos que habilitan al legislador para afectar tales derechos de propiedad; pero las limitaciones a los derechos están constitucionalmente autorizadas, sin distinción de su origen o naturaleza.

**94°.-** Adicionalmente, el hecho que no haya impedimento para que el legislador pueda regular o limitar la propiedad sobre cosas incorporales de origen contractual, no implica desconocer las peculiaridades de esta especie de propiedad a la hora de establecer su aptitud de ser limitada. Lo anteriormente expuesto ya hace constitucionalmente admisible la preceptiva cuestionada, si es que fuera de rango legal, mas no puede preterirse además que, conforme a lo ya expuesto, es una norma de rango constitucional y es el propio constituyente el que ha determinado la normativa cuestionada, por lo que no puede ser objeto de un examen de inaplicabilidad no menos ser tachada de inconstitucional estando vigente.

**95°.-** Por otra parte, la circunstancia que un derecho se origine en un contrato privado, y no en la disposición de una ley, naturalmente hará más improbable justificar la limitación del mismo en razón de la función social de la propiedad, por así exigirlo el interés nacional o público. Esta dificultad obligará a examinar, y a hacerlo intensamente, cómo es que el legislador (ya que otro no podría hacerlo) justifica su acto de limitar, con reglas heterónomas, los derechos que nacieron de un pacto entre privados. Pero estas dificultades que puede encontrar la justificación de la limitación legal no deben, con todo, oscurecer la afirmación central de lo razonado en este apartado, cual es que la Constitución no impide al legislador limitar y regular la propiedad sobre bienes incorporales, si es que se verifican los requisitos de interés público que ella misma establece para todas las especies de propiedad. El origen contractual de un derecho de propiedad hará más improbable justificar el interés social que legitima alterarlo, pero tal origen no es, por sí mismo, un impedimento de regulación.

**96°.-** Que la distinción entre "privar" de propiedad, por una parte y "regular" o "limitar" la propiedad, por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina. A su respecto han debido pronunciarse las jurisdicciones constitucionales más influyentes del mundo. En general, puede decirse que conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse, pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa. Así, habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes). Sin embargo, si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo "regulaciones expropiatorias". Nuestra Carta Fundamental contiene una distinción muy útil para acometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales y, fundado en ello, esta Magistratura ha estimado que ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales de su dominio, como por ejemplo en el proyecto de ley sobre pensiones de seguridad social (considerandos 19 y 20 del fallo de 21 de agosto de 2001, Rol 334).

**97°.-** Que, como ya lo señalara este Tribunal hace aproximadamente 15 años, "la magnitud de la regulación no resulta entonces indiferente. Por una parte porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos de este Tribunal que han tolerado, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad" (sentencia Rol N° 506, de 6 de marzo de 2007, cons. 23).

**98°.-** Cabe así distinguir entre el fundamental estatuto constitucional de la propiedad -que no pretende agotar en la constitución su regulación- y el estatuto legal de las diversas formas de la propiedad, en una constitución que al legislador le entrega una amplia capacidad normativa del derecho de propiedad, al disponer -para todas las formas de propiedad- que "Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social", teniendo entre los elementos de la función social los que señala el mismo inciso del numeral 24° del artículo 19 se encuentran incluidos en ella, consistentes en "los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental".

**99°.-** Es así que el legislador tiene una amplia capacidad regulatoria sobre los límites, cargas y obligaciones asociadas al derecho de propiedad, y si la preceptiva cuestionada fuera de rango legal, ya ello determinaría su plena constitucionalidad, pues cabría entonces examinar si se afecta o no el contenido esencial del derecho de propiedad de las aseguradoras. A este respecto cabe señalar que esl Estado no es la ha cancelado la autorización de existencia, no les ha estatizado las primas ni les ha limitado el giro, sino que solamente les ha impuesto nuevas obligaciones, que no implican condiciones de mercado ni de gestión que hagan imposible el desarrollo de su negocio, sino que solamente ha determinado un mecanismo de adelantos de pago, con reembolso contra pagos futuros, el cual además descarta cualquier alegación de expropiación, al haber devolución y al no ser el Estado quien se apropia de los bienes en cuestión, elemento que es esencial para poder hablar de expropiación. En efecto, si no se quiere aceptar que se está en presencia de un pago adelantado contra rembolso, se debe concluir que se establece simplemente lo que es calificable como un contrato forzoso, de mutuo de dinero, con regulación de plazo y pago, un contrato forzoso como muchos existen en Chile, como lo es por ejemplo el que todo propietario de un vehículo debe celebrar justamente con aseguradoras para acceder al SOAP (seguro obligatorio de accidentes personales), sin que se plantee razonable declarar la inconstitucionalidad de la figura de los contratos forzosos.

**100°.-** En el sentido antes dicho, la aseguradora requirente plantea una suerte de derecho de propiedad, que de manera asumida o no asumida, implica per se plantear una suerte de inamovilidad normativa de carácter general y abstracta como parte de ese derecho, sustentando su pretendido derecho de propiedad en una base argumentativa feble: el sostener que el Estado no puede tocar la normativa que regula en negocio en el que ella invirtió en un momento dado. Es del caso señalar que el poder normativo del estado es parte del ejercicio de soberanía por parte de los órganos que la Constitución establece, a partir del artículo 5° de la Constitución, y que en este caso es el propio poder constituyente (derivado) el que dictó las normas cuestionadas. Valga repetir una vez más que el poder constituyente es la más alta y relevante manifestación del derecho de autodeterminación de los pueblos, y es en las normas que de él derivan donde se establece el estatuto constitucional de la propiedad, dentro de lo cual caben las normas cuestionadas, que por tener rango constitucional no pueden ceder ante las normas de rango legal que configuraban el negocio de las rentas vitalicias antes de tal reforma constitucional, pues ello

sería invertir y pervertir el paradigma de sumisión a la constitución del ordenamiento jurídico emanado del derecho interno del Estado.

**101°.-** En efecto, toda actividad económica se realiza legítimamente y dentro del marco constitucional siempre que se cumpla con la normativa legal que la regule, tal como lo dispone el numeral 21° del artículo 19 de la Constitución, y si lo cuestionado en estos autos fuera preceptiva legal (que no lo es), no cabría más que identificarla como parte de la normativa sectorial regulatoria, al igual que toda la normativa legal de la ley general de seguros y del decreto ley 3500 en lo relativo a las rentas vitalicias.

**102°.-** Que en materia de servicios de relevancia pública por parte de particulares, la función social de la propiedad tiene especial relevancia, pues la contraparte, en un sentido global, es la comunidad completa. En efecto, como se señalara en la ya citada sentencia Rol N° 506, "en la provisión de un servicio de utilidad pública esencial, como es la electricidad para la población, el legislador puede legítimamente disponer un nuevo sistema tarifario que altera, para lo futuro, el sistema de precios que se pagan entre empresas privadas que participan en el sector para proveer, con afán de lucro, el respectivo servicio, aunque con ello afecte los derechos establecidos en un contrato válidamente celebrado, siempre que, como demuestra en la especie la historia legislativa, el legislador lo haga en razón de exigencias de utilidad pública y que, con tales alteraciones, no prive a los participantes de lucro o beneficio económico o de algún otro atributo o facultad esencial de su propiedad" (cons. 36). Tales argumentaciones cobran plena validez en el caso concreto, pues la utilidad pública y la función social de las rentas vitalicias derivadas del sistema de pensiones del decreto ley 3500 es evidente.

**103°.-** A su vez, el impacto de la aplicación del precepto impugnado en flujos financieros futuros no es una cuestión que sea parte del derecho de propiedad ya constituido y amparado por la constitución, pues es a lo más una mera expectativa, que en el sistema jurídico chileno no puede constituir derecho, menos respecto de contratos de seguros, que por definición son aleatorios, y en ese sentido uno de los elementos del alea es justamente la incerteza del resultado, por lo que tal argumento implica per se una tautología leonina en la relación contractual de las partes: que el contrato sería aleatorio para el asegurado pero no para la aseguradora.

## X. COMPAÑÍAS DE SEGUROS E INVOCACIÓN DE TITULARIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

**104°.-** Que, adicionalmente, tanto en estrados como en la deliberación se invocó como pretendidamente infringido el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a propósito de la protección de las diversas formas de propiedad. Debe tenerse presente que en el presente caso una empresa de seguros, sociedad anónima de giro único, invoca como infringidas normas de derecho internacional de derechos humanos contenidas en tratados internacionales. A este respecto, no debe perderse de vista que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva OC-22/16 sobre «Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)», concluyendo que "se desprende con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano" (párrafo 70), reconociendo como excepciones parciales a las comunidades indígenas o tribales y a las organizaciones sindicales (solamente respecto de los Estados parte del Protocolo de San Salvador), en tanto serían titulares de ciertos derechos específicos, agregando que "«el ejercicio del derecho a través

de una persona jurídica debe involucrar una relación esencial y directa entre la persona natural que requiere protección por parte del sistema interamericano y la persona jurídica a través de la cual se produjo la violación, por cuanto no es suficiente con un simple vínculo entre ambas personas para concluir que efectivamente se están protegiendo los derechos de personas físicas y no de las personas jurídicas» y que «se debe probar más allá de la simple participación de la persona natural en las actividades propias de la persona jurídica, de forma que dicha participación se relacione de manera sustancial con los derechos alegados como vulnerados» (párrafo 119)", todo lo cual permite descartar las alegaciones de la requirente invocando la Convención Americana de derechos Humanos en el caso concreto.

**105°.-** A su vez, la normativa cuestionada no hace imposible ni altamente gravoso el ejercicio de la actividad económica de seguros de vida en lo referido a las rentas vitalicias, motivo por el cual, si estuviésemos frente a normas de rango legal, cabría rechazar entonces las alegaciones referidas a las vulneraciones de los derechos de propiedad y libertad económica.

## XI. EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA, SU REGULACIÓN Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

**106°.-** En efecto, el contrato de renta vitalicia a que se refiere el caso de autos no se agota con la comprensión de la decimonónica figura de derecho común contemplada convencionalmente entre particulares por el derecho privado en el artículo 2264 del Código Civil desde la década de 1850 (época en la que no existía el derecho fundamental a la seguridad social ni la legislación sobre Derecho de la seguridad social) ni con el concepto de acto mercantil de la actividad de seguros que da el artículo 3° del Código de Comercio del insigne Gabriel Ocampo (también dictado en una época en la que no existía el derecho fundamental a la seguridad social ni la legislación sobre Derecho de la seguridad social).

**107°.-** En efecto, el contrato de rentas vitalicias contemplado en los artículos 62 y siguientes del decreto ley 3500 no se ubica ni en la legislación civil ni mercantil, sino que se establece como una modalidad de pensión de un sistema de seguridad social frente al estado de necesidad llamado vejez, en el marco de un sistema normativo que pretende satisfacer el derecho fundamental a la seguridad social contemplado en el numeral 18° del artículo 19 de la Constitución, en el artículo 9 del universal Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en el artículo 17 de la Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, ambos ratificados por Chile y vigentes a los efectos dispuestos por los artículos 5° y 54 de la Constitución Política vigente.

**108°.-** A este respecto, el artículo 17 de la Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores dispone que Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social. En tal sentido, se desnuda que todo sistema de seguridad social ha de definir los estados de necesidad social que han de generar prestaciones, siendo los mínimos y elementales al año 1947 desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad, agregándose los cuidados especiales propios de la maternidad (artículo 25 de la declaración Universal de los derechos humanos).

**109°.-** Es del caso señalar que en la normativa del decreto ley 3500 se contempla un sistema de pensiones financiado por el trabajador con descuentos de su propia remuneración, con lo cual se

conforma un fondo previsional individual, en la llamada "cuenta de capitalización individual", sin aportes del empleador -que solo descuenta y entera los montos de la remuneración ya pagada al trabajador-, y solamente en el evento que dicho fondo no alcance a cubrir una pensión mínima se produce el aporte estatal del llamado "pilar solidario" del sistema de pensiones, creado por la reforma previsional del año 2008, para asegurar una pensión que de otra forma el sistema no podría cubrir. En el caso señalar que en el caso que el fondo previsional individual alcanzase para cubrir una pensión, el pensionado puede elegir modalidades de pensión con cargo al fondo: entre retiro programado, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta vitalicia con retiro programado diferido y renta vitalicia inmediata.

**110°.-** Cabe mencionar que en las modalidades de retiro programado la pensión se paga con cargo al fondo, surgiendo la elemental pregunta acerca de su agotamiento. Es del caso señalar que en pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez cada beneficiario consumirá fondos desde su subsaldo determinado en cuotas desde el fondo previsional y individual, y no procederá el pago con cargo a él una vez agotado el saldo de la cuenta. Es decir, una vez agotado el saldo, en el diseño del sistema se agota la pensión originalmente determinada en función de haberse agotado su fuente de financiamiento, no obstante que el pensionado siga evidentemente en el estado de necesidad social: vejez, invalidez u otro, lo cual pugna frontalmente con el deber estatal de asegurar el derecho a la seguridad social y con la normativa de derecho internacional de los derechos humanos ya citada, que además solamente viene a establecer estándares de piso mínimo para los Estados. En tal entorno, cabe constatar una conclusión lapidaria: El Estado de Chile, contraparte y obligado correlativo de la persona en el ejercicio y garantía del derecho fundamental a la seguridad social del numeral 18° de la Constitución Política, abdicó de su rol de garante y del cumplimiento de las obligaciones de aseguramiento del ejercicio de este derecho, traspasando al afiliado la garantía del mismo al establecer como fuente de financiamiento la propia remuneración y al establecer un sistema netamente individual, sin solidaridad, aporte patronal ni aporte estatal directo al financiamiento (siendo desde 2008 el pilar solidario un aporte subsidiario y de seconda ratio). Frente a ello, en caso de agotamiento de los fondos de la cuenta individual de financiamiento de pensiones conforme a lo precedentemente señalado, la posible respuesta para no dejar en la inopia y en el desamparo al pensionado podría ser el cumplimiento de los presupuestos para acceder a una Pensión Mínima por Garantía Estatal de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 20.255, y si no se tiene derecho ello se podría postular a una pensión asistencial, considerando además que no se accederá siempre a alguna de dichas prestaciones, pues no siempre se cumplirán sus requisitos legales de derecho estricto, además de no perderse de vista la merma en el monto de las prestaciones mensuales, considerando que en Chile el monto mínimo de las diversas tipologías de pensiones no se encuentras asociadas ni menos asimiladas al sueldo mínimo es sus pisos.

**111°.-** En tal entorno, la celebración de un contrato de renta vitalicia -entendido con su elemento esencial de pagar al pensionado una renta mensual hasta el día de su muerte, independiente del monto del fondo previsional, que se traspasa como una prima a una aseguradora- viene a ser la única forma segura y clara que el sistema jurídico chileno le deja al pensionado para poder satisfacer su derecho de acceder a una pensión segura y conocible hasta el día de su muerte, y así satisfacer el estándar mínimo de su derecho humano a la seguridad social durante su vejez, de forma tal que su celebración no es necesariamente fruto de una prístina y espontánea decisión de la autonomía de la voluntad en condiciones de igualdad frente al sistema previsional, como lo hubiese concebido la doctrina civil clásica y decimonónica del siglo XIX, sino que es una de las alternativas que ha de tomarse como decisión de vida, en la vejez, la más difícil de dichas etapas, para determinar cómo se han de obtener recursos mínimos para subsistir, si es que se obtienen, pues el sistema jurídico conduce a la individualidad en ello.

**112°.-** Así, no es posible señalar a buenas y a primeras que el Estado ha interferido en contratos libre, espontánea y voluntariamente celebrados en los que el afiliado entregó su fondo a una aseguradora, pues además de ser un contrato dirigido y fuertemente regulado, la finalidad del contrato de renta vitalicia previsional es la satisfacción de una prestación de seguridad social por parte de empresas aseguradoras. De sobra está decir que el derecho a la seguridad social no es de titularidad de la aseguradora, sino que del pensionado que es su contraparte contractual, por lo que es imposible sostener por la aseguradora un efecto inconstitucional de vulneración de normas constitucionales vinculadas a tal derecho en su favor en esta sede, por carecer de legitimación activa para ello al no ser titular de ese derecho fundamental.

**113°.-** Que, a propósito del contrato de salud entre una ISAPRE y el afiliado a ella, en la histórica sentencia de inconstitucionalidad Rol N° 1710, este tribunal señaló que "hay que considerar la naturaleza del contrato de salud que junto con ser un contrato con elementos de orden público, lo es de tracto sucesivo, no de ejecución instantánea. A diferencia de, por ejemplo, un contrato de compraventa, el contrato de salud origina una relación de permanencia entre la Isapre y el cotizante. De hecho, ésta es la razón por la cual se permiten revisiones en las condiciones del contrato. Las circunstancias fácticas que se tuvieron en consideración al momento de celebrar el contrato pueden cambiar y por ello se admiten ciertas modificaciones (en un marco de razonabilidad y proporcionalidad)". Es del caso señalar que lo expuesto resulta plena y totalmente pertinente de ser predicado y fijado como estándar en el contrato de renta vitalicia de seguridad social del decreto ley 3500, por los motivos ya expuestos, más teniendo presente que en dicha sentencia se razonó latamente acerca del derecho a la seguridad social (cons. 124 y ss.).

**114°.-** Así, teniendo el contrato de renta vitalicia del decreto ley 3500 el carácter de medio de satisfacción de prestaciones de seguridad social, no pueden preterirse los estándares que hace más de una década fijó esta magistratura al respecto. En efecto, en sentencia Rol N° 1273, de 8 de septiembre de 2009, se señala expresamente "el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es, exactamente, lo que sucede con las instituciones de salud previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la seguridad social, así como a la protección de la salud, consagrados en el artículo 19, Nºs 9º y 18º de ella, respectivamente" (cons. 37), cuestión que al referirse expresamente a la satisfacción de prestaciones de seguridad social por particulares es también un estándar en el presente proceso, agregándose en la misma sentencia que "las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero, con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud. Consiguientemente, el desarrollo de sus actividades empresariales y el ejercicio del dominio sobre sus bienes encuentran límites y obligaciones legítimas, impuestos por la ley en cumplimiento de lo previsto en la Carta Política, a propósito de las exigencias derivadas de la función social de la propiedad" (cons. 38), cuestión que reconduce y confirma lo ya señalado a ese respecto.

**115°.-** Adicionalmente, cabe reiterar que el contrato de renta vitalicia celebrado por la compañía de seguro requirente es por definición aleatorio. En efecto, el artículo 1441 del Código Civil dispone que tales contratos son aquellos en los que el equivalente de las prestaciones contractuales consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, que en este caso está dado por la

"sobrevida" del pensionado, en términos de que lo que entrega como prima -su fondo previsional- sea o no mayor que lo que la aseguradora pague y rente con él. En tal sentido, más allá de las tablas de mortalidad que el sistema y las aseguradoras tengan de referencia, la muerte de una persona natural es un hecho futuro cierto en cuanto a su ocurrencia (nadie es inmortal), pero del todo incierto en cuanto al momento o época de su ocurrencia, por lo cual al no haber certeza no puede sostenerse que frente a ello la aseguradora tenga pérdidas por alterarse el flujo derivado del uso de tales tablas, constituyendo ello a lo más una mera expectativa, mas no un objeto de derecho de propiedad. En otras palabras, la aseguradora no tiene propiedad sobre la fecha de la muerte del afiliado, y felizmente no puede determinarla, por lo que mal podría tener un perjuicio acerca de ello derivado de las normas cuestionadas. Además de lo expuesto, no puede haber objeto cierto de propiedad sobre flujos futuros derivados del incierto pago de la renta al ser el contrato aleatorio para ambas partes, descartándose así nuevamente vulneración del derecho de propiedad.

**116°.-** Todo lo expuesto precedentemente significa desde la definición del contrato de renta vitalicia previsional la compañía aseguradora no tiene derecho adquirido ni constitucionalizado respecto del alea de la posible utilidad que reclama como parte de su derecho de propiedad.

**117°.-** Cabe reiterar además y nuevamente, que nada de lo precedentemente razonado acerca de la determinación de utilidades ni de derecho de propiedad se conecta con lo que se discute en la gestión pendiente, motivo por el cual, de acogerse este requerimiento, la sentencia que acoja no podrá tener efecto alguno a este respecto en la gestión pendiente, lo cual desnuda otra falencia insalvable: el requerimiento no debió ser declarado admisible, pues al no producir el efecto atribuido por la requirente una eventual sentencia, no resulta de aplicación decisiva el precepto impugnado, contrariándose al ser declarado admisible el artículo 93, inciso undécimo, de la Constitución Política y el numeral 5° del artículo 84 de la ley orgánica constitucional de este Tribunal.

**118°.-** Todo lo expuesto en este capítulo constituye parte relevante del fundamento de la regulación del "mercado" de las rentas vitalicias, si es que se puede hablar así en materia satisfacción de derechos económicos sociales y culturales, y es esa naturaleza especial de dicho contrato de renta vitalicia de seguridad social el que motiva la existencia de cargas, obligaciones y regulaciones especiales respecto del mismo.

## XII. ACERCA DE LA RESERVA TÉCNICA EN MATERIA DE SEGUROS

**119°.-** No puede tenerse fuera de la argumentación del presente proceso la regulación de la actividad de seguros en el derecho chileno. En efecto, parte esencial de su regulación es la que se contiene en el texto actual del Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, sobre COMPAÑIAS DE SEGUROS, SOCIEDADES ANONIMAS Y BOLSAS DE COMERCIO, usualmente llamado Ley General de Seguros, que en su artículo 20 dispone que "Las entidades aseguradoras y reaseguradoras establecidas en el país, para cumplir con las obligaciones provenientes de la contratación de los seguros y reaseguros, deberán constituir reservas técnicas, de acuerdo a los principios actuariales, procedimientos, tablas de mortalidad, tasas de interés y otros parámetros técnicos que, por norma de carácter general, establezca la Superintendencia". Cabe mencionar que las reservas técnicas tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de obligaciones futuras y por ende no son recursos de libre disposición. A propósito de su conceptualización y funcionalidad, en la Circular N° 2.062 de 2012 citada en la Circular N°1208 de la Comisión para el Mercado Financiero, se define la reserva técnica base (pág. 3), a propósito del pago anticipado de rentas vitalicias. En forma muy sintética, se puede decir que las reservas técnicas son las provisiones que deben constituir las Compañías de Seguros para atender las obligaciones contraídas con

sus Asegurados (CMF, sf), y en forma un poco más detallada (CMF, sf): La reserva técnica en seguros de renta vitalicia se determinará, para cada póliza, como el valor presente de los flujos proyectados de pago de pensiones [ ], descontados utilizando la tasa de descuento menor entre la tasa de mercado vigente a la fecha de entrada en vigencia de la póliza y la tasa de venta de la renta vitalicia (ver Biblioteca del Congreso Nacional, Asesoría Técnica Parlamentaria, Mayo de 2021, Normas aplicables a reembolso de retiro en caso de clientes de rentas vitalicias: Ley N° 21.330 Antecedentes normativos y proyecto de ley, disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/32119/2/BCN_Normativa_aplicable_a_reembolso_de_10_retirado_en_Rentas_Vitalicias_coment_GW.pdf). A su vez, dentro de los 6 tipos de reservas técnicas que establece el artículo 20 del texto actual del Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, sobre COMPAÑIAS DE SEGUROS, SOCIEDADES ANONIMAS Y BOLSAS DE COMERCIO, y que las aseguradoras se encuentran obligadas a constituir, se encuentra en el numeral 5 de dicha norma la llamada "Reserva de descalce, por los riesgos originados en el descalce de plazo, tasa de interés, moneda e instrumentos de inversión, entre los activos y pasivos de la compañía". Es decir, la ley chilena y su autoridad administrativa ordenan como parte de la normativa regulatoria del negocio del seguro el constituir reservas para asegurar descalces de plazos de pago, que entonces son eventos y riesgos previstos y contemplados por la compañía aseguradora. No puede ser cierto entonces que las aseguradoras requirentes en este tipo de procesos se hayan visto sometidas a un imprevisto, a un gravamen no conocido, ni menos conocible ni a alguna carga pública que por primera vez en su vida institucional se les plantee. En efecto, siendo un adelanto con reembolso, lo establecido en la norma constitucional que se hace es determinar por una norma nueva, constitucional, el uso de la reserva técnica para descalce de plazo.

**120°.-** A lo anterior cabe tener presente que no siendo las reservas técnicas recursos de libre disposición y teniendo un fin determinado, no resulta sostenible que se pre suponga en esta sede que su destinación a pagos derivados de anticipos dispuestos constitucionalmente sea una vulneración del derecho de propiedad, pues la configuración de la reserva técnica en la ley preexistente a la norma constitucional ya la destina a tal efecto, no siendo recursos de libre disposición de la aseguradora, por lo que mal podría afectarse una inexistente libre disposición para hacerlas rentar si su fin directo es el pago de obligaciones, más allá de que sean capitalizables por expresa disposición de la ley, que a la vez regla su uso, agregando normas estrictas sobre su inversión en el artículo 21 del mismo DFL.

**121°.-** Adicionalmente, el mismo artículo 20 que establece y regula las reservas técnicas establece normas especiales para las referidas a seguros y rentas vitalicias regladas en el decreto ley 3500 -es decir, del sistema de pensiones- al señalar que *"en el caso de seguros contemplados en el decreto ley Nº 3.500, de 1980, y tratándose de cesiones de reaseguro a reaseguradores extranjeros, la deducción por reaseguro no podrá exceder del 40% del total de las reservas técnicas correspondientes a los seguros señalados o del porcentaje superior que establezca la Superintendencia. No obstante, tratándose de seguros de rentas vitalicias contemplados en el decreto ley Nº 3.500, de 1980, las tablas de mortalidad para el cálculo de las reservas técnicas serán fijadas por la Superintendencia conjuntamente con la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones."*.

**122°.-** Cabe mencionar que ninguna de dichas normas del Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, sobre COMPAÑIAS DE SEGUROS, SOCIEDADES ANONIMAS Y BOLSAS DE COMERCIO, sobre conformación, uso, destino e inversión de las reservas técnicas, ni ninguna otra sobre potestades de la Comisión para el Mercado Financiero tendientes a reglar u ordenar su uso han sido impugnadas en este proceso, motivo por el cual ningún efecto a ese respecto tendrá la sentencia de inaplicabilidad, manteniéndose la potestad de tal órgano administrativo

de ordenar pagos con cargo a ella y ordenar su ajuste en cuanto a montos, títulos y caracteres de los mismos, tanto para este proceso de inaplicabilidad como para la gestión pendiente.

**123°.-** Lo expuesto en este título refuerza y lapida lo ya concluido, en orden a que no existe ni puede existir vulneración de las garantías de la libertad de empresa y de la propiedad que se pretenden a la luz de los numerales 21° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

## XIII. ACERCA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE Y LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

**124°.-** Que siendo formalmente una relación contractual la existente entre un pensionado de renta vitalicia y la aseguradora requirente, cabe tener presente que la normativa constitucional cuestionada introduce una obligación de anticipo de pago como obligación correlativa del ejercicio de un derecho nuevo que la misma normativa establece. Así, si la compañía de seguros considera que hay un hecho nuevo que hace más gravoso y antijurídico el cumplimiento de sus obligaciones, al parecer se estaría en presencia de lo que la doctrina civil llamaría "la teoría de la imprevisión", definida como "la facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación en exageradamente onerosa" (Abeliuk, Rene, Las obligaciones, 4 a ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 756), y en el caso de autos, en particular, por un cambio normativo, no por un acto de la naturaleza ni por un hecho de un tercero, es decir, en lo que se llamaría "el hecho del príncipe" en tanto acto de autoridad superior e irresistible por las partes.

**125°.-** Cabe mencionar que, en general, en materia de contratos bilaterales y conmutativos, la ocurrencia de un imprevisto no imputable a las partes e imposible de resistir, que altere el equilibrio contractual, podría dar lugar a una modificación de los términos contratados para reestablecer el equilibrio y quizás hasta dar lugar a la exoneración del cumplimiento de las obligaciones según la entidad y magnitud del imprevisto. Es del caso señalar que la teoría de la imprevisión no tiene regulación expresa en la legislación chilena (Momberg Uribe, Rodrigo. (2010). TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN: LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN LEGAL EN CHILE. Revista chilena de derecho privado, (15), 29-64. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200002). En específico, la normativa del decreto ley 3500 tampoco contempla para las aseguradoras mecanismo que permita alegar teoría de la imprevisión, y ello no es casual, por varios motivos, entre ellos que el contrato es aleatorio y por otro lado que están satisfaciendo prestaciones derivadas de un derecho humano, cual es el derecho a la seguridad social.

**126°.-** A reglón seguido, cabe determinar si un cambio normativo es o no un real imprevisto, cuestión que no resiste análisis en un Estado democrático, pues la legislación al ser expresión de un sistema constitucional dinámico y que expresa la voluntad del titular del poder no es ni puede ser perpetua, más en un rubro como la seguridad social y las rentas vitalicias, rubro en el cual se registran diversas modificaciones legislativas en las últimas 5 décadas, de manera tal que es imposible sostener que el cambio normativo sea imprevisible.

**127°.-** Por otra parte, no puede sostenerse que el adelanto de pago sea una afectación del patrimonio de las aseguradoras que haga imposible el cumplimiento de la obligación, pues como ya se viera para ello existía y existe en la ley la reserva técnica de descalce, y con cargo a reservas técnicas -dispuestas para enfrentar imprevistos y contingencias- se hicieron los pagos, que además contemplan devolución por el pensionado en la misma norma cuestionada.

**128°.-** De tal forma, tampoco a partir de la teoría de la imprevisión podría configurarse un daño a las aseguradoras.

## XIV. ACERCA DE LAS ALEGACIONES DE DISCRIMINACIÓN Y DESIGUAL REPARTICIÓN DE CARGAS PÚBLICAS

**129°.-** Así, las alegaciones de desigual y desproporcionada repartición de cargas públicas (no. 20° del artículo 19 constitucional) y de discriminación por vulneración de la igualdad a la ley (en su vertiente común del numeral 2° y en su vertiente económica del numeral 22°, ambas del artículo 19 constitucional) pasan forzosamente por determinar si la regulación cuestionada -de ser precepto legal- carecería de fundamento razonable, cuestión que a la luz de lo expuesto se descarta desde ya. A su vez, la alegación referida a las cargas públicas pasa por la misma falacia que las del derecho de propiedad y la libertad de empresa: un pretendido derecho a inamovilidad normativa para no estar afecto a cargas de cambios normativos sobrevenidos, lo cual ya fue descartado, y sin lo cual tales alegaciones decaen, sin que pueda sostenerse que el cumplir lo dispuesto por la ley a propósito del uso y conformación de la reserva técnica de las aseguradoras sea una práctica discriminatoria o una carga pública desproporcionada, salvo que se quiera ejercer la actividad aseguradora sin cumplir con las normas de reserva técnica que garantizan solvencia y certeza en el cumplimiento de obligaciones futuras.

## XV. CONCLUSIONES

**130°.-** A partir de todo lo expuesto, se concluye que la normativa cuestionada no es precepto legal, sino norma constitucional vigente, como ya lo declarara expresamente este tribunal en el proceso Rol N° 10.774, por lo que esta Magistratura carece de competencia para enjuiciarla y el presente proceso nunca debió superar la etapa de admisibilidad

**131°.-** Adicionalmente, este tribunal es un órgano constituido, sometido a normas constitucionales vigentes, y no un órgano constituyente ni menos supra constituyente capaz de dejar sin efecto, ni en lo particular ni en general, normas constitucionales vigentes

**132°.-** Que carecen de asidero las alegaciones de vicios de constitucionalidad de forma, pues no existe iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de reformas constitucionales, como sí lo existe en el caso de normas de rango simplemente legal

**133°.-** Que bastando con lo expuesto para rechazar el requerimiento, si la normativa cuestionada fuese precepto legal, no se verifica ninguno de los pretendidos vicios sustanciales alegados en su aplicación, en primer lugar por no tener los mismos conexión alguna con la materia a discutir y resolver en la gestión pendiente, y en segundo lugar por no poder ser efectivos

**134°.-** Que por todo lo expuesto, el requerimiento ha de ser rechazado.

**SENTENCIA ROL 11.820-2021.** *Publicada el 13 de octubre de 2021*

Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de las declaraciones de inadmisibilidad aprobadas por la h. Cámara de Diputados y por el H. Senado, que recaen en siete observaciones del Presidente de la República formuladas al "proyecto de ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia", contenido en el boletín N° 10.315-18.

**VOTO DISIDENCIA.**

[…]

**Acordada la sentencia con el voto en contra del Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, quien estuvo por rechazar el requerimiento, teniendo presente únicamente las siguientes consideraciones:**

**1°.-** Que habiendo tomado conocimiento este disidente del texto del voto por rechazar solamente el día anterior a la expedición de la presente sentencia, en horas del crepúsculo, no resulta posible realizar un ejercicio de deliberación, análisis, crítica, reflexión, ni menos observaciones ni nada parecido respecto del mismo, resultando un ejercicio argumentativo poco sensato y poco prudente el adherir al mismo sin una lata revisión ni menos alguna posibilidad de intercambio argumentativo ni reflexivo sobre tal texto. A su vez, este disidente razonará en el entendido que el sistema de fuentes en Chile y sus normas son un dato, previo, necesario y plenamente reconocible respecto de la presente causa, dato que está fuera de discusión, por lo que la invocación de una suerte "primacía de la realidad" como base argumentativa es un ejercicio diferente en sede laboral que en sede constitucional, pues en esta última el hecho, el factum, el acto, unilateralmente practicados por un órgano del Estado o la simple reiteración de hechos por un poder, no constituye costumbre jurídica que pueda ser invocada como fuente del derecho constitucional orgánico, pues bastaría la voluntad y acto humano contra legem o en silencio de ley para construir potestades sin norma habilitante, haciendo así inútil y estéril la sumisión a derecho por parte del poder público que se contiene en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política. sí existen parámetros previos que utilizar respecto de cuestiones de constitucionalidad de proyectos de ley, que la justificación teórica-práctica del sistema de fuentes del derecho positivo no está en juego en esta causa, y que el sistema de fuentes del derecho chileno resulta plenamente identificable y pertinente para esta causa, por lo que parece que la distinción entre lo absoluto y lo divino no es parte de la traba de la litis en el presente proceso ni menos de lo necesario para fundar el derecho material de esta causa.

**2°.-** En mérito de lo razonado precedentemente, en el estricto sentido de la competencia específica del presente proceso, que es determinada por la formulación del conflicto, y su delimitación en base al sistema de fuentes vigente, claramente reconocible, además de los límites de la atribución del numeral 3° del artículo 93 de la Constitución Política, este disidente formulará su voto de rechazo exclusivamente en base a los razonamientos que expusiera ante sus pares al argumentar en la sesión de pleno en la que se adoptó el acuerdo de la presente causa.

**3°.-** En tal sentido, la competencia entregada a este Tribunal en el numeral 3° del artículo 93 de la Constitución se refiere a "cuestiones de constitucionalidad" en el marco de la tramitación de un proyecto de ley, lo cual llama a distinguir cuestiones de legalidad y reglamentarias, que entonces no serán "cuestiones de constitucionalidad", y por ende resultarán ajenas a la competencia de

este tribunal. En tal sentido, no es primera vez que este Tribunal debe diferenciar cuestiones reglamentarias, de legalidad y de constitucionalidad para argumentar qué es propio de su esfera de atribuciones y qué no, motivo por el cual no resultará raro al lector leer en este voto pasajes de algunos pronunciamientos emitidos hace ya varios años.

**4°.-** En efecto, el artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional dispone que *"Quedarán sujetas a las normas de esta ley la tramitación interna de los proyectos de ley y de reforma constitucional; la aprobación o rechazo de los tratados internacionales; la calificación de las urgencias; las observaciones o vetos del Presidente de la República; las acusaciones que formule la Cámara de Diputados y su conocimiento por el Senado, y el funcionamiento y las atribuciones de las comisiones investigadoras"*, en una norma declarada ajustada a la Constitución por esta Magistratura en su sentencia de control preventivo Rol N° 1602 (dictada hace más de una década), a lo cual se agrega lo razonado por esta Magistratura en su sentencia Rol N° 2646 (dictada hace bastante más que un lustro), y que debe ser traído a colación por ser plenamente pertinente:

*"II. La tramitación interna de los proyectos de ley es materia de naturaleza legal.*

*ÚNDECIMO.- Que la única norma de rango constitucional que limita el alcance del veto presidencial, en el proceso de formación de la ley, de que trata la Carta Fundamental en el párrafo correspondiente (artículos 65 a 75), es el inciso segundo del artículo 73, conforme al cual "[E]n ningún caso se admitirán las observaciones que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto, a menos que hubieran sido consideradas en el mensaje respectivo".*

*Complementariamente, el artículo 55, inciso final, prescribe que la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional regulará, entre otras materias, "todo lo relacionado con la tramitación interna de la ley". Y cierra el círculo el inciso segundo del artículo 74 que, junto con asignar al Presidente de la República la función de calificación del instituto de la urgencia, de acuerdo a la ley orgánica constitucional relativa al Congreso, agrega que esta última "establecerá también todo lo relacionado con la tramitación interna de la ley".*

*En cumplimiento de este mandato se dictó la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, cuyo artículo 2° sujetó a sus normas "la tramitación interna de los proyectos de ley", así como "las observaciones o vetos del Presidente de la República". A su vez, en relación con la tramitación de las observaciones o vetos del Presidente de la República a los proyectos de ley o de reforma constitucional aprobados por el Congreso Nacional, además de reiterar la regla del inciso segundo del artículo 73, en muy similares términos, en el inciso primero del artículo 32 """sólo serán admitidas cuando tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del mismo, a menos que las ideas contenidas en esas observaciones hubieren sido consideradas en el mensaje respectivo""" dispuso en su inciso segundo que "[C]orresponderá al presidente de la Cámara de origen la facultad de declarar la inadmisibilidad de tales observaciones cuando no cumplan con lo prescrito en el inciso anterior. El hecho de haberse estimado admisibles las observaciones en la Cámara de origen no obsta a la facultad del presidente de la Cámara revisora para declarar su inadmisibilidad.*

*"En los dos casos previstos en el inciso anterior, la sala de la Cámara que corresponda podrá reconsiderar la declaración de inadmisibilidad efectuada por su presidente. La circunstancia de que no se haya declarado tal inadmisibilidad no obstará a la facultad de las comisiones para hacerla. Dicha declaración podrá ser revisada por la Sala".*

*La normativa pertinente se completa en el Reglamento de la Cámara de Diputados, cuyo artículo 167 prescribe, sobre el tema que interesa: "Las observaciones o vetos que el Presidente de la República formule a un proyecto de ley o de reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional, sólo serán admitidas cuando tengan relación directa con sus ideas matrices o fundamentales, a menos*

*que las ideas contenidas en esas observaciones hubieren sido consideradas en el Mensaje respectivo.*

*Corresponderá al Presidente de la Cámara de origen la facultad de declarar la inadmisibilidad de tales observaciones cuando no cumplan lo prescrito en el inciso anterior. El hecho de haberse estimado admisibles las observaciones en la Cámara de origen no obsta a la facultad del Presidente en la Cámara revisora para declarar su inadmisibilidad.*

*En los dos casos previstos en el inciso anterior, la Sala de la Cámara que corresponda podrá reconsiderar la declaración de inadmisibilidad efectuada por su Presidente.*

*La declaración de inadmisibilidad podrá hacerse en todo tiempo anterior al comienzo de la votación de la observación de que se trata.*

*Estas observaciones o vetos deberán ser informados por la respectiva Comisión permanente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Por acuerdo unánime de la Sala, podrá omitirse el trámite de Comisión, excepto en el caso de los asuntos que, según ese cuerpo legal, deban ser conocidos por la Comisión de Hacienda.";*

*DUODÉCIMO.- Que el legislador, en ejercicio del cometido que le asignara la Constitución, estableció un mecanismo ordenador de la admisibilidad o inadmisibilidad de los vetos u observaciones del Presidente de la República, en su rol de co-legislador. En esta dirección, determinó: a) Que la facultad de declarar la inadmisibilidad de tales observaciones queda radicada primariamente en el Presidente de la Cámara de origen del proyecto, cuando aquéllas no cumplan con la condición de tener relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto; b) Que la declaración de inadmisibilidad formulada por el citado Presidente o por el de la Cámara revisora, en su caso, puesto que también se halla habilitado al efecto, puede ser reconsiderada por la Sala de la Cámara respectiva; c) que asimismo las comisiones de ambas cámaras están facultadas para declarar dicha inadmisibilidad, cuando no lo hubiere hecho la Sala respectiva, pero esta última podrá revisar esa declaración.*

*Si se analiza detenidamente la operatoria descrita, se puede advertir que la Cámara revisora sólo se encuentra habilitada para revisar el pronunciamiento recaído sobre las observaciones presidenciales en la hipótesis de admisibilidad, mas no en el evento de haberse evaluado el veto como inadmisible por el presidente de la Cámara de origen, sea que su criterio haya sido ratificado o no por cualquiera de las comisiones o por la Sala respectiva;*

*DECIMOTERCERO.- Que del bosquejo trazado se puede deducir, desde luego, que el constituyente no desarrolló el tema concerniente a la admisibilidad o inadmisibilidad del veto presidencial, el que dejó entregado en definitiva a la decisión del legislador orgánico constitucional, por ser propio de la "tramitación interna de la ley" a que hacen alusión los artículos 55, inciso tercero, y 74, inciso segundo, de la Ley Suprema. Simplemente fijó un criterio orientador, manifestado en el establecimiento de un límite a la discrecionalidad del órgano co-legislador, pero sin configurar la potestad, en términos de designar al encargado de dictaminar sobre la admisibilidad de las observaciones, la posibilidad de revisar tal decisión, ante quién y el respectivo alcance de la competencia de los intervinientes en ese proceso, sea en la Cámara de origen o en la revisora.*

*Toda la temática anterior fue objeto de tratamiento especial en el Título III de la Ley N° 18.918, norma de rango orgánico constitucional. Esta premisa es de obligada consideración para el análisis de legitimidad constitucional promovido;*

*DECIMOCUARTO.- Que la competencia de esta instancia constitucional está circunscrita a resolver problemas de constitucionalidad y exceden de ella los relativos a infracciones de carácter legal o reglamentario.*

*En esta perspectiva, cabe recordar que, como ya se ha anticipado, nuestra Carta Fundamental*

*no contiene norma alguna que regule la declaración de admisibilidad o de inadmisibilidad de las observaciones a un proyecto de ley, sin perjuicio de ocuparse tangencialmente del tema "en dos preceptos vinculados por una misma idea: en el artículo 69 respecto de la relación que debe existir entre las indicaciones y las ideas matrices del proyecto, y en el artículo 73, en lo atinente a la correspondencia que deben guardar los vetos con las referidas ideas matrices "¦ Y es lógico que así sea, pues la propia Carta Fundamental, en sus artículos 55 y 74, entrega a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso regular ""¦ todo lo relacionado con la tramitación interna de la ley". A su turno, la mencionada ley, en su artículo 4°, dispone que "cada Cámara tendrá la facultad privativa de dictar sus propias normas reglamentarias para regular su organización y funcionamiento interno" (considerando 15° de STC Rol N° 464, de 31 de enero de 2006);".*

**5°.-** En efecto, constatado el texto de su artículo 73, se evidencia que la Constitución no ha establecido una regulación completa, integral ni menos sistemática de la tramitación del veto legislativo, ni menos acerca de su admisibilidad, siendo la hipótesis de dicha norma solo una de las posibles respecto a una posible inadmisibilidad, pero pre suponiendo erradamente que en la Constitución habría un completo, agotado, acotado y sistemático estatuto del examen de admisibilidad, que tal norma no determina en específico ni menos regula, ni menos determina sus efectos, por lo que es evidente que su regulación ha de encontrarse en normas infra constitucionales, como en efecto ocurre en nuestro sistema, siendo ello conocido y validado por esta Magistratura a lo largo de su historia.

**6°.-** Así, la Constitución establece solamente una de las posibles hipótesis de inadmisibilidad, determinando sobre ella, y solamente sobre ella, un imperativo de declararla, pero al mismo tiempo sin señalar que pueda ser la única la única y sin establecer ni menos agotar ahí la regulación de la admisibilidad del veto, sin determinar órgano de las cámaras, procedimiento, oportunidad, revisión, efectos ni nada parecido sobre la admisibilidad, cuestión que es parte de lo que es necesario reconocer para arribar a lo razonado en la sentencia Rol N° 2646, señalándose en ella expresamente que la regulación de la tramitación del veto es entonces materia de ley orgánica constitucional, de lo cual deriva como conclusión evidente que los conflictos en torno al mismo son cuestiones de legalidad, agregándose además las cuestiones reglamentarias derivadas.

**7°.-** Al efecto, el requerimiento cuestiona la declaración de inadmisibilidad y señala buscar el resguardo del quorum de 2/3 de insistencia por parte de las Cámaras frente a las potestades presidenciales, pero a pesar de lo razonable que ello parece ser, acoger el requerimiento significa a lo menos un verdadero paso en falso, en la medida que implicaría alguna de las 3 alternativas siguientes:

a. confundir admisibilidad con quorum de votación de fondo,

b. o bien implicaría construir una verdadera analogía de quorum al asimilarlo sin norma en etapa de admisibilidad

c. o bien implicaría construir sin norma un inexistente "deber" de declarar admisible el veto a todo evento para que la única posibilidad de rechazo sea la insistencia por 2/3.

**8°.-** Ninguna de las alternativas planteadas está dotada de la más mínima sensatez, la primera es un error conceptual y las otras dos implican ejercicios prohibidos: poderes presidenciales por analogía o deberes no establecidos en ley, constitución ni reglamentos de cámaras, todo ello en contra de las facultades de examen de admisibilidad que el artículo 32 de la ley orgánica constitucional del Congreso y tales reglamentos de Cámaras establecen, lo cual refuerza la evidencia de que la cuestión planteada es una materia de legalidad y reglamentaria, mas no de inconstitucionalidad.

**9°.-** Así, queda claro que si en el requerimiento se sostiene que lo que debió hacer el Congreso era haber declarado admisibles las observaciones y si quería desecharlas tuvo que hacerlo con quorum de 2/3 en cada cámara, ello implica pre suponer un inexistente "deber" de admisibilidad y reconducir la declaración de inadmisibilidad cuestionada al examen de fondo con quorum de 2/3 para que el congreso se imponga. Ello implica, en primer lugar, examinar la juridicidad de la declaración de inadmisibilidad, que es justamente lo que en el requerimiento se pide, examen que no puede ser hecho sin controlar reglamentariedad y legalidad, lo cual no es de competencia de esta Magistratura. En segundo lugar, implica desplazar el quorum de admisibilidad a los 2/3 de votación de fondo, pre suponiendo que a todo evento se debieran votar en el fondo, lo cual implica dar como un factum inamovible la declaración de admisibilidad, en contra del expreso texto del artículo 32 de la ley orgánica constitucional del Congreso y los reglamentos de las Cámaras, que establecen potestades de examen de admisibilidad, al amparo de la regulación de lo que el artículo 74 de la Constitución señala como tramitación interna de la ley, en lo no regulado por la propia Carta Política.

**10°.-** Así, queda claro que lo que está en juego no es la atribución constitucional del Presidente de la República en orden formular observaciones a un proyecto de ley, sino las atribuciones de las Cámaras, sus comisiones y sus Presidentes, establecidas por la ley y reguladas mediante los reglamentos, para verificar el examen de admisibilidad de las mismas, pretendiéndose que respecto de ellas se ejerza algo parecido a una jurisdicción de instancia por parte de esta Magistratura, lo cual implicaría la resolución de conflictos con elementos de reglamentariedad y legalidad, fuera de la competencia de "constitucionalidad" de esta jurisdicción. En efecto, la tramitación de las observaciones, su examen de admisibilidad, la competencia y la determinación de ello, nuevamente aparece que se regulan en el artículo 32 de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional y en los artículos 168 y ss. del Reglamento de la Cámara y en los arts.187 y ss. del Reglamento del Senado, constatándose que lo cuestionado son actos regulados por dicha normativa.

**11°.-** A partir de lo expuesto, de más está decir que esta Magistratura no es una jurisdicción de instancia ni menos de apelación respecto de lo obrado por mérito de la ley ni de los reglamentos de las cámaras, ni menos algo parecido, más aún cuando se constata que el artículo 32 de la ley orgánica del Congreso Nacional dispone que:

> *"Artículo 32.- Las observaciones o vetos que el Presidente de la República formule a un proyecto de ley o de reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional, sólo serán admitidas cuando tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del mismo, a menos que las ideas contenidas en esas observaciones hubieren sido consideradas en el mensaje respectivo.*
>
> *Corresponderá al presidente de la Cámara de origen la facultad de declarar la inadmisibilidad de tales observaciones cuando no cumplan con lo prescrito en el inciso anterior. El hecho de haberse estimado admisibles las observaciones en la Cámara de origen no obsta a la facultad del presidente de la Cámara revisora para declarar su inadmisibilidad.*
>
> *En los dos casos previstos en el inciso anterior, la sala de la Cámara que corresponda podrá reconsiderar la declaración de inadmisibilidad efectuada por su presidente. La circunstancia de que no se haya declarado tal inadmisibilidad no obstará a la facultad de las comisiones para hacerla. Dicha declaración podrá ser revisada por la Sala.*
>
> *La declaración de inadmisibilidad podrá hacerse en todo tiempo anterior al comienzo de la votación de la correspondiente observación.".*

**12°.-** Puede observarse que en el inciso primero dispone que las observaciones *"sólo serán*

*admitidas cuando"*, en el inciso segundo alude a *"la facultad de declarar la inadmisibilidad de tales observaciones"*, agregando que la declaración de admisibilidad de los Presidentes de las cámaras puede ser revisada, sea en sala, en comisión, cuestión que después se especifica en las normas reglamentarias. Es decir, no existe en la norma un "deber de declarar admisibilidad", sino todo lo contrario.

**13°.-** Cabe mencionar que controlar la juridicidad de la declaración de admisibilidad cuestionada en la presente causa es entonces realizar un control de atribución y de ejercicio: órgano competente, tiempo, forma, procedimiento, motivación, lo cual no puede ser hecho sino tendiendo como parámetro las normas legales y reglamentarias ya aludidas, pues ellas y no la Constitución regulan tales materias, lo cual no es propio de la órbita de la "constitucionalidad" que determina la competencia de esta Magistratura. En efecto, quorum, momento y motivación de la declaración de inadmisibilidad no son entonces cuestiones de constitucionalidad.

**14°.-** Adicionalmente todo lo argumentado en el requerimiento y en estrados acerca de las indicaciones misceláneas y su significación histórica es impertinente, pues son estamos en un conflicto de indicaciones ni frente a parlamentarios que formulen algunas de tipo misceláneo, debiendo agregarse que tampoco estamos en presencia de una ley que pueda ser calificada como "miscelánea".

**15°.-** Cabe observar que en estrados y en el requerimiento cada una de las observaciones es expuesta, explicada y se argumenta además en torno a su relación con las ideas matrices del proyecto de ley. Tales cuestiones ponen en evidencia que lo que se pretende es que este tribunal realice labores que son de tipo reglamentario y no de tipo constitucional. En efecto, la discusión en torno a la admisibilidad discurre en torno a si las observaciones del Presidente de la República "sustituían" regulación de las ideas matrices, o si bien perdían relación con las mismas al "suprimir" las ideas matrices.

**16°.-** Así, dirimir tal cuestión no es un examen de constitucionalidad, pues no es el artículo 73 de la Carta Política el que clasifica las indicaciones según su contenido y efectos en supresivas, sustitutivas o aditivas, sino que es el artículo 173 del Reglamento de la Cámara la norma que en su inciso penúltimo dispone tal clasificación, que no es meramente pedagógica, al disponer que *"Las observaciones se calificarán de sustitutivas, supresivas o aditivas, atendiendo a la sustancia y efectos de ella, y no a su formulación literal"*, de manera tal que resolver acerca de si hay supresión o sustitución de ideas matrices y su regulación no es parte de la órbita competencial de esta Magistratura, sino una cuestión propia de la aplicación de tal norma del aludido artículo 173 reglamentario.

**17°.-** De tal forma, determinar si a la luz del contenido, la regulación contenida en las indicaciones suprimía o no elementos del derecho a defensa, o del estándar de garantía de derechos de la infancia, es una cuestión de aplicación de la específica norma del artículo 173 del reglamento de la Cámara, que ha de ser abordada y controlada dentro de la propia Cámara, por intermedio de los órganos y atribuciones que su organización interna determina.

**18°.-** Así, cabe concluir que es desde hace décadas un criterio consolidado en la jurisprudencia de este Tribunal que a éste no le corresponde pronunciarse sobre los problemas de legalidad sino sólo sobre los de constitucionalidad, (línea jurisprudencial consolidada y uniforme en el tiempo desde hace más de 20 años, fundada, entre otras, en considerando 35° de STC Rol N° 260; considerando 29° de STC Rol N° 254; considerando 14° de la STC Rol N° 464; considerandos 6° y 14° de la STC Rol N° 1216; considerando 18° de la STC Rol N° 2646). Así, en presencia de un conflicto de las características del planteado en estos autos, fuerza es concluir que esta

Magistratura carece de atribuciones para conocer del requerimiento en cuanto por éste se impugna la inconducencia de una decisión de las cámaras en orden a declarar la inadmisibilidad de diversas observaciones del Jefe del Estado al amparo de sus reglamentos.

**19°.-** Aún si este Tribunal tuviese que examinar una a una las observaciones formuladas en lo relativo a su contenido, este disidente observa que a modo global las mismas tienen consecuencias que llaman la atención en cuanto configurar una degradación y una regresión notoria en el estándar de garantía de derechos humanos específicos para niños, niñas y adolescentes, pues terminan transformando en obligaciones de medios lo que para el derecho internacional son obligaciones de resultado en materia de derechos humanos, llegando a suprimir en los hechos el derecho a defensa jurídica, a eludir garantías del debido proceso y a desconocer la titularidad de derechos humanos por los niños de manera autónoma respecto de los padres, lo cual habilitaría, por la medio de la presente ley, a invocar derecho interno para escudar el incumplimiento de normas y compromisos derivados de la Convención sobre los derechos del niño (tratado internacional de derechos humanos ratificado y vigente), cuestiones que claramente podrían llevar discutir si se infringirían o no los artículos 5° y 54° de la Constitución Política .

**20°.-** Otra de las cuestiones a determinar son las posibles, ignotas y heterodoxas consecuencias de una sentencia estimatoria: declarada "inconstitucional" la declaración de inadmisibilidad de las observaciones, ¿deben entenderse compulsivamente admisibles los vetos formulados? ¿o deben votarse nuevamente en un pretendido efecto de retrotraer la tramitación?. Cabe mencionar que ninguna de tales consecuencias es prevista ni menos determinada por la normativa constitucional y legal referida a efectos de la sentencia, ni por el artículo 94 de la Constitución Política ni menos por el artículo 71 de la ley orgánica constitucional de esta Magistratura, por lo que resulta entonces de dudosa procedencia cualquiera de ellos, quedando de manifiesto que son efectos no previstos ni por la Constitución ni por la ley.

**21°.-** Que la determinación de la forma, rango jerárquico y posición de las normas en el sistema de fuentes del derecho no es una cuestión baladí, así como la inaplicabilidad por inconstitucionalidad se refiere a "precepto legal", que en su dimensión formal es rango con norma y fuerza de ley (ni supra legal ni infra legal), la resolución de "cuestiones de constitucionalidad" en el proceso legislativo exige diferenciar las materias del iter legis que son reguladas por la Constitución y las materias que son reguladas por normas infra constitucionales (ley orgánica constitucional del Congreso Nacional y reglamentos de cámaras). Tal distinción determina ni más ni menos que la competencia de esta Magistratura, remitida solo a constitucionalidad, mas no a legalidad ni reglamentariedad, lo cual a su vez se evidencia en la identificación del conflicto, en cuanto a los fundamentos de derecho del mismo y la determinación de las normas que lo resuelven.

**22°.-** En tal sentido, el hecho de que la admisibilidad del veto se vote o no en Sala, el cuándo, el cómo y por qué ello se haga, así como las consecuencias y efectos de la inadmisibilidad, constituyen en su conjunto una cuestión que está regulada en el inciso segundo del artículo 168 del Reglamento de la Cámara de Diputados y no en la Constitución. Siendo tal cuestión esencia, estructural e ineludible para el planteamiento del conflicto por el Poder Ejecutivo, no puede dejar de observarse que se está en plena realidad en presencia de un conflicto en torno a dicha norma, es decir, reglamentario.

**23°.-** A su vez, la dimensión formal de las normas en el sistema de fuentes del derecho no puede ser preterida en base a una invocación de "principio de realidad", pues ello es un argumento de hecho y no de derecho para comprender las posibles opciones argumentativas de la delimitación de las potestades de este Tribunal, pues al ser tales atribuciones de derecho estricto, este disidente considera que el principio interpretativo de corrección funcional hace que no sea correcta tal

argumentación.

**24°.-** Que lo razonado precedentemente, fundado en las líneas jurisprudenciales de esta Magistratura, además del sustento en el sistema de fuentes vigente, para este disidente es más que suficiente para entender que el requerimiento deba ser rechazado.

**25°.-** Adicionalmente, es evidente que, tras una sentencia estimatoria, la determinación de los diversos caminos de sus posibles efectos podría ser objeto de cuestionamientos, ya que llevará a preguntar cuál podría ser el texto final del proyecto de ley, lo que podría ser controvertido a partir de lo que ocurra con la admisibilidad o inadmisibilidad del veto, motivo por el cual no sería extraño que este Tribunal tuviese que conocer algún conflicto referido a ello, a propósito del texto de su posible decreto promulgatorio.

## RESOLUCIÓN DE INADMISIBILIDAD ROL 13.605-2023

*Publicada el 4 de noviembre de 2022.*

Requerimiento formulado por el abogado Pablo Eduardo Urquízar Muñoz, para que se declare la inconstitucionalidad de "la Organización Política denominada Coordinadora de Comunidades Mapuches en conflicto Arauco Malleco, y la responsabilidad de Héctor Javier Llaitul Carrillanca".

### VOTO DE PREVENCIÓN

[…]

**La Presidenta del Tribunal, Ministra señora NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA, y el Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, concurren a lo resuelto teniendo además presentes los siguientes motivos:**

**1°.-** Que en el artículo 19, numeral 15, se consagra el derecho fundamental de libertad de asociación, expresándose algunos de los elementos explícitos de su delimitación, a saber, su inciso cuarto, al señalar que *"Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado" y su inciso sexto al señalar que "La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad"*, estableciendo en los incisos séptimo y octavo el régimen sancionatorio al respecto, el cual incluye disolución de la organización, cesación de cargos, además de inhabilidades y pérdida de derechos por un lapso de 5 años.

De tales normas fluye una distinción muy relevante, pues del aludido inciso cuarto es inequívoco en concluir la proscripción constitucional de las asociaciones dirigidas a socavar la seguridad del Estado, consagrada por esa vía como bien jurídico y como límite a la libertad de asociación. En tal sentido, cabe recordar la existencia de Derecho Penal sobre seguridad del Estado a nivel legislativo y además la figura típica de asociación ilícita recogida en el artículo 292 del Código Penal, que tiene regulación especial en normas referidas a tráfico de drogas y estupefacientes y en materia de delitos terroristas.

**2°.-** Que, a su vez, el artículo 93 de la Constitución Política determina en su numeral 10° que es atribución de este tribunal *"Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavo del Nº 15º del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio"*.

**3°.-** Que, cabe observar que no es competencia de este Tribunal conocer y declarar acerca de todas las pretensiones procesales referidas a declarar contrarias a derecho asociaciones, movimientos, partidos o grupos, sino que esta Magistratura es competente solamente para declarar el ilícito del inciso sexto ya transcrito, lo que exige diferenciar su tipicidad iusconstitucional respecto de las asociaciones a que se aluden en el inciso cuarto del mismo numeral 15° del artículo 19, para poder reconocer la competencia de este tribunal por factor materia y así poder diferenciarla de la de los tribunales ordinarios, que son los llamados a conocer y declarar las materias referidas en el inciso cuarto, en especial referencia a asociaciones a las que pueda imputarse lesionar el orden público y/o la seguridad del Estado.

Lo anterior es relevante pues, como se viera, ya en abstracto resulta ser un tema de relevancia penal, motivo por el cual la tipicidad iusconstitucional del ilícito que este tribunal puede conocer debe ser también delimitada a la luz del artículo 83 de la misma Constitución, en tanto dispone que *"Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley"*.

**4°.-** Que, es en tal sentido que el principio de corrección funcional y el artículo 7° de la Constitución Política determinan la necesidad de especificar y reconocer los contornos de la competencia de este Tribunal en esta sede, recordándose que por virtud del artículo 3° de la ley orgánica constitucional de esta Magistratura, *"El Tribunal solo podrá ejercer su jurisdicción a requerimiento de las personas y los órganos constitucionales legitimados de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política de la República o de oficio, en los casos señalados en la Constitución Política de la República y en esta ley"* y que *"Reclamada su intervención en forma legal y en asuntos de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión"*. Estamos así en presencia de la materia, entendida como factor de competencia absoluta de un tribunal, siendo evidente que la tipicidad iusconstitucional de la figura ilícita del inciso sexto del numeral 15° del artículo 19 es diferente de la de su inciso cuarto, pues son figuras diferentes y este Tribunal es competente solamente para una de ellas, estándole vedada la otra (la del inciso cuarto), por ser competencia de los tribunales ordinarios y en sede penal también del Ministerio Público.

**5°.-** Que, en un proceso iniciado por acción pública y con cargas procesales para el requirente, dentro de los presupuestos de admisibilidad que determinan la apertura del proceso, el artículo 130 de la ley orgánica constitucional de esta Magistratura exige al actor imputar y delimitar la imputación, el exigir para el requerimiento en su numeral 3° *"La relación de los objetivos, actos o conductas que se consideren inconstitucionales de acuerdo a lo previsto en los incisos sexto y séptimo del número 15° del artículo 19 de la Constitución Política, que se imputen a los partidos políticos, organizaciones, movimientos o personas afectadas"*.

En tal sentido el procedimiento mediante el cual se intenta declarar la inconstitucionalidad de organizaciones, movimientos y partidos políticos, es procesalmente caracterizado como

un contencioso – sancionador en el cual *"existe en propiedad un procedimiento contencioso o contradictorio, con partes, pruebas, y demás elementos de este tipo de procesos, con una naturaleza declarativa y punitiva"* (ver en este sentido a Zúñiga Urbina, Francisco. Elementos de jurisdicción Constitucional. Santiago, editorial Universidad Central de Chile, 2002, Tomo II. P. 95).

**6°.-** Que, en tal sentido, la exigencia de admisibilidad no es solamente la existencia de "relato específico" al respecto y que conste por escrito en el requerimiento, sino que además implica un examen de la caracterización de dicho relato de imputación por parte de la sala, para determinar sus caracteres de derecho y verificar entonces si es o no posible un "encuadre" o "ajuste" dentro de la tipicidad iusconstitucional del inciso sexto del numeral 15° del artículo 19 de la Constitución, cuestión que no es en ningún caso un examen de fondo, sino que se establece de manera imperativa como cuestión de cumplimiento de presupuestos de admisibilidad en el artículo 131 de la ley orgánica constitucional de este Tribunal al señalar, en referencia a los presupuestos de admisibilidad, que *"Si no los reuniere, o si los objetivos, actos o conductas imputados no correspondieren a alguno de los previstos en los incisos sexto o séptimo del número 15° del artículo 19 de la Constitución Política, el Tribunal no le dará curso"*, en una norma que el legislador ha impuesto como imperativa en etapa de admisibilidad y que no puede quedar al arbitrio de la Sala cumplir, sin afectar en caso alguno las etapas procesales previstas por el legislador -propias del debido proceso- así como tampoco transforma la admisibilidad en una etapa de prejuzgamiento, toda vez que el Tribunal efectuará un proceso hermenéutico para verificar exclusivamente el "encasillamiento" dentro de la hipótesis que lo habilita para entrar a conocer, eventualmente, del asunto controvertido, pues en caso contrario no habría modo de comprobar si la conducta reprochada es de aquellas materias que este Tribunal debe conocer a través de la acción deducida. De tal modo, será indispensable comprender la etapa de admisibilidad en coherencia con la naturaleza procesal de la acción que se deduce en autos, sin confundirla con otros procesos, con características propias, como es el caso de los controles de constitucionalidad de preceptos legales o de Proyectos de Ley.

**7°.-** Que, esta norma es particularmente relevante, y es a la vez la garantía del principio de corrección funcional en la delimitación de las potestades de este Tribunal con las de la justicia ordinaria -incluida la penal- ya que exige a esta Sala un examen de la materia que se pretende someter a su conocimiento, y ello determinará si se abre o no proceso, siendo ello un presupuesto adicional a los requisitos meramente formales que se establecen con anterioridad en el artículo 130 de la misma ley orgánica.

Así, el artículo 131 aludido, al determinar el deber de la Sala de verificar el encuadre o cabida de los hechos imputados en la tipicidad iusconstitucional que se establece delimitadamente en el inciso sexto del numeral 15° del artículo 19 de la Constitución determina también que es en esa oportunidad -el examen de admisibilidad- aquella en la cual la sala debe comprobar que la materia no sea de aquellas que sobre el derecho de libertad de asociación escapan a su competencia, como lo es la investigación del uso delictivo-penal de organizaciones y la determinación de lesiones o atentados al orden público o a la seguridad interior del Estado, que caben en el inciso cuarto del numeral 15°, y no en su inciso sexto, que sí es la materia de la competencia de esta Magistratura.

**8°.-** Que, de esta forma, el examen de "encuadre" o de delimitación del relato de los hechos en la tipicidad iusconstitucional que exige el artículo 131 de la ley orgánica de esta Magistratura no puede ser obviado, pues es imperativo, exige hacerlo en ese momento procesal y es además uno de los casos y formas que deben concurrir para que esta Magistratura pueda actuar, es decir, es uno de los presupuestos de validez de un proceso en los términos del artículo 7° de la misma Constitución. Tal examen no puede ser obviado ni minimizado.

**9°.-** Que, por lo expuesto, no es acertado lo señalado por el requirente a fojas 18 cuando afirma que *"Considerando que el presente requerimiento es de acción popular, carece de sentido exigirle al accionante –un particular– que cuente con un detalle pormenorizado de los hechos imputados, en especial, si se trata de actos y conductas violentas cuyos detalles son conocidos –incluso, en algunos casos, de manera reservada– por actores estatales como las Fuerzas de Orden y Seguridad, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Ministerio Público",* pues la litis a conocer y resolver se ha de referir a hechos específicos, y el artículo 130 de la ley orgánica de este Tribunal exige especificarlos, pues este órgano actúa a petición o requerimiento de órgano o de parte (acción pública en este caso), por lo que el proceso ha de tener un objeto determinado y delimitado, y es carga procesal del requirente hacerlo, siempre dentro del marco competencial del Tribunal. Los hechos invocados han de ser específicos y han de probarse, y no por ser supuestamente conocidos de un Ministerio en el que requirente desempeñó podrían ser consecuencialmente conocidos ni menos establecidos a priori al proceso en el que se invocan, lo cual resultaría anómalo, más si se trata de antecedentes reservados de los que el Tribunal no se ha impuesto ni podría imponerse.

**10°.-** Que, a mayor abundamiento, los *"actos y conductas señalados"* de fojas 8 a 17 para configurar los hechos imputados sin duda revisten justamente caracteres de delitos, y como tales han sido investigados por el Ministerio Público, agregándose que a fojas 21 se alude expresamente el reconocimiento de comisión del delito de robo de madera. De hecho, a fojas 22 se señala expresamente por el requirente que "*Los actos y conductas descritos en el acápite 4.1.A. corresponden a usurpaciones violentas (Nos 4, 15, 28 y 32) y a sabotaje incendiario los 30 restantes del mismo acápite. Además, los 22 actos y conductas del acápite 4.1.B. corresponden a sabotaje incendiario*", agregando a fojas 36 y 37 que los medios de ejecución del proyecto político serían los delitos de usurpación y daños, reconociendo el propio requirente que los hechos imputados revisten caracteres de delito, lo que reconduce, como factor materia, al tipo de hechos a que alude el artículo 83 de la Constitución Política, y no al inciso sexto del numeral 15° de su artículo 19. Corolario de ello es que a fojas 43 se señala que *"la discusión sobre el grado de participación punible que puede tener el Sr. Llaitul en los actos y conductas descritos en el acápite 4.1.A. y 4.1.B. es un tema para resolverse en sede penal. Lo importante es la relación que Héctor Llaitul tiene con los hechos señalados y con la CAM"*, cuestión que es justamente la determinación de alguna hipótesis de instigación o de autoría mediata o inmediata, todas cuestiones que son propias del orden penal.

**11°.-** Que, si se busca un encuadre de tales hechos en la normativa constitucional sobre libertad de asociación, ello reconduce nuevamente al inciso cuarto del numeral 15° del artículo 19, por estar en cuestión los bienes jurídicos de orden público y seguridad del Estado, debiendo recordarse que la organización objeto del requerimiento y la persona natural sindicada como responsable o afectada, se encuentran bajo investigación penal, incluyendo cargos de asociación ilícita, robo de madera, usurpación, incendio y delitos contra la ley de seguridad interior del Estado, como fuere señalado en estrados de admisibilidad por los propios abogados litigantes.

**12°.-** Que, es en virtud de tales antecedentes, que al verificar el examen del artículo 131 de la ley orgánica constitucional de este tribunal, en referencia a los presupuestos de admisibilidad, debe constatarse que *"si los objetivos, actos o conductas imputados no correspondieren a alguno de los previstos en los incisos sexto o séptimo del número 15° del artículo 19 de la Constitución Política, el Tribunal no le dará curso"*.

En mérito de lo expuesto precedentemente, es evidente que la imputación de hechos delictivos no es propia de este proceso, y que una imputación de esos caracteres desborda la tipicidad iusconstitucional específica del inciso sexto del número 15° del artículo 19 de la Constitución, debiendo agregarse que por sus caracteres y entidad requiere de investigación y proceso penal,

pues la comisión de delitos no puede ser establecida en otra sede, debiendo recalcarse que eso es lo que significan a estos efectos los artículos 83 y 19 no. 3° de la Constitución.

Sostener lo contrario conllevaría, por una parte, una avocación por este Tribunal de la labor investigativa que le pertenece exclusivamente al Ministerio Público y, por otra, una superposición de potestades jurisdiccionales, entre los tribunales ordinarios y esta Magistratura, a efectos de conocer y resolver dar por establecidos hechos que revisten caracteres de delito, en total desarmonía entre los artículos 83 y 19, numeral 15°, inciso sexto, de la Constitución Política.

**13°.-** Que, por los razonamientos que anteceden, corresponde no dar curso al proceso y por ello declarar la inadmisibilidad del requerimiento, en virtud del el artículo 131 de la ley orgánica de este tribunal, en tanto cuanto los objetivos, actos o conductas imputados no corresponden a los previstos en los incisos sexto o séptimo del número 15° del artículo 19 de la Constitución Política, sino a los de su inciso cuarto, y en tal condición se encuentran siendo investigados en la sede penal correspondiente.

**14°.-** Que, a mayor abundamiento, la identificación de la órbita penal como la idónea en este caso no significa obviar la ilicitud constitucional, sino todo lo contrario, pues el derecho penal implica un orden de sanción y afectación más intenso que el ilícito constitucional, ya que la eventual pérdida de derechos políticos y la inhabilidad para cargos públicos aparecen como parte de posibles penas accesorias, a lo que se suman las consecuencias de imputaciones por delitos referidos a asociación ilícita y ley de seguridad interior del Estado.

**15°.-** Que, finalmente, estos previnientes estuvieron por oficio nuevamente al Ministerio Público, a efectos de investigar los hechos, dar protección a las víctimas y ejercer la acción penal respecto de hechos como los que se denuncian, pues ese es el amparo del derecho que corresponde en circunstancias de esta entidad, según el claro tenor literal del artículo 83 de la Constitución Política, sin perjuicio de la labor que al Ministerio del Interior y a las policías compete, como ya lo ha señalado la Corte Suprema, en tanto "aun cuando se torna evidente el despliegue del esfuerzo significativo realizado durante bastante tiempo por abordar la problemática expuesta *(…) es posible advertir la falta de eficacia de las políticas implementadas para enfrentar este tipo de sucesos, tanto más cuanto que, más allá de la indudable necesidad de reparación o compensación en favor de aquellos que se han visto afectados con la ocurrencia de este tipo de hechos"* (Corte Suprema, Rol N° 36.830-2021, cons. 6°).

# 2. Efectos de la resolución del asunto de la gestión pendiente y el requerimiento de inaplicabilidad.

**SENTENCIA ROL 9062-2020.** *Publicada el 18 de diciembre de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la expresión "en forma absoluta", contenida en el artículo 9°, inciso segundo, de la ley N° 21.226, Que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile. Kevin Patrick Cortés Varas. En el proceso penal RUC N° 1901174499-3 RIT N° 66-2020, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta.

**VOTO DE MAYORÍA**

[…]

## I. ANTECEDENTES PRELIMINARES. CASO CONCRETO Y CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

**PRIMERO.**- Que, Claudio Fierro Morales, Javier Ruiz Quezada, Marcela Bustos Leiva y Sebastián Undurraga del Río, abogados de la Defensoría Penal Pública, actuando en representación de don Kevin Patrick Cortés Varas, dedujeron requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 9, inciso segundo de la Ley Nº 21.226, que establece un régimen Jurídico de Excepción para procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19, en Chile.

**SEGUNDO.**- Que, conforme al certificado emitido por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, como consta a foja 21, de fecha 31 de julio del año 2020, se certifica que la causa RIT Nº 66/2020, seguida en contra del acusado, se encuentra en tramitación y la audiencia de juicio oral estaba programada para el día 11 de agosto del año 2020.

Asimismo, certifica que don Kevin Cortés Varas tiene calidad de acusado en la causa singularizada y se encuentra al momento de dicha certificación con la medida cautelar de internación provisoria.

**TERCERO.**- En este sentido, cabe hacer presente que el actor intenta que se declare la INA de la expresión "en forma absoluta", contenida en el inciso segundo del artículo 9, de la Ley Nº 21.226.

Para ello, la requirente aduce que es un hecho indiscutido que la realización del juicio por videoconferencia acarrea dificultades para el ejercicio pleno de los derechos del acusado; especialmente considerando que la teoría del caso de la defensa implica que el acusado preste declaración ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y se tratará, por consiguiente, de un juicio absolutamente adversarial y contradictorio, donde resultará particularmente relevante poder contra examinar a los testigos ofrecidos por el Ministerio Público y –eventualmente poder utilizar las herramientas contempladas en el artículo 332 del Código Procesal Penal (lectura de declaraciones previas del testigo, como apoyo de memoria o para evidenciar contradicciones), como igualmente implicará por su parte exigir el pleno respeto del artículo 329, inciso sexto del Código Procesal Penal (prohibición de los testigos y peritos de comunicarse entre sí, ver u oír la audiencia en la que depondrán).

**CUARTO**.- Argumenta que, frente a los diversos impedimentos fácticos existentes para la realización de un Juicio Oral no presencial, la expresión lingüística que constituye el precepto legal impugnado es absolutamente decisiva en aras de la protección del debido proceso, el derecho a defensa y la igualdad ante la ley.

Precisa, en este sentido, que supeditar la posibilidad de suspender el Juicio Oral ante la verificación de un impedimento que deba ser "absoluto", para el ejercicio de las facultades que la ley le otorga a la defensa, supone desconocer que el núcleo esencial de los derechos fundamentales señalados se ve igualmente lesionado al existir impedimentos "relativos o parciales" que impiden la realización de un juicio oral — donde el requirente arriesga una pena de 5 años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social— en condiciones óptimas que permitan dotar de legitimidad constitucional a una eventual decisión condenatoria.

**QUINTO**.- De acuerdo con lo señalado precedentemente, el requirente funda su requerimiento sobre la base de los siguientes derechos, que a su entender son vulnerados:

**iii. Artículo 19 N° 2 de la CPR, en concordancia con los arts. 8.2, d) de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el art. 14.1 y 14.3 letra d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Ello por cuanto, si bien la pandemia que nos afecta podría trastocar ciertas etapas del juzgamiento, nunca la etapa central del mismo. Aceptar lo anterior acarrea efectos totalmente indeseables y discriminatorios, tales como que el sujeto con mayores capacidades económicas tenga mejor acceso a internet y pueda tener en definitiva mejor conectividad, a diferencia de un sujeto de un estrato socioeconómico bajo (quien podría no tener conexión o bien en el caso de tenerla, que no sea de la mejor calidad), lo que constituye diferencias en relación a la posición que cada sujeto tiene frente al sistema de justicia, nuevamente huyendo de criterios aceptables para establecer diferencias, lo que riñe con nuestro texto constitucional. Aquello no solo incide en el acceso mismo a las plataformas tecnológicas, sino que también afecta otras cuestiones relevantes en este aspecto, tales como la educación o nivel de instrucción del acusado, ser o no hábil en el manejo de la tecnología, todo lo cual quedará a disposición y uso del gendarme que lo custodie en aquel momento.

**iv. Artículo 19 Nº 3°, incisos segundo y sexto de la Constitución.** Refiere, en primer término, que el precepto legal impugnado infringe el artículo 19 Nº 3, inciso sexto. Señala que las dificultades prácticas que implica la realización de un juicio oral penal no presencial alteran la calidad de la información de la prueba que se pretende incorporar a juicio, en la medida que se excluye la inmediación propia de un juicio oral, a consecuencia de que la norma impugnada obliga a hacerlo, el acusado se ve expuesto necesariamente a un juicio de menor calidad, vulnerando el proceso previo legalmente tramitado y con ello el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución.

v. Añade que se vulnera el artículo 19 Nº 3, inciso segundo, de la Constitución Política. Expone que para asegurar el respeto a las garantías de la persona imputada que se enfrenta al proceso penal, debe existir una comunicación permanente entre el representado y su letrado, particularmente en la audiencia de juicio oral. La disposición cuestionada posiciona al acusado en una situación de indefensión, sin la debida compañía y asesoramiento de aquel que es imprescindible para poner al acusado en posición de poder hacer valer sus planteamientos efectivamente.

Indica que la norma sólo permite suspender audiencias de juicios orales en casos de limitantes que cercenen el derecho a defensa de forma radical, elevando el estándar para pedir suspensión hasta el punto de que derechamente se deba enfrentar una imposibilidad física para su ejercicio.

Por ello, señala que pueden existir limitaciones, pero al no ser de corte absoluto, no se consideran

irrelevantes, obligándose así a los requirentes a enfrentar un juicio con limitaciones, no en plenitud de derechos. Con ello no es posible brindar una debida asesoría, implicando cada limitación una perturbación y restricción al real ejercicio de la defensa material. Atendido los ritmos y velocidades que tienen los Juicios Orales, se genera la imposibilidad de intervenir adecuadamente, porque hay elementos de hecho cuya controversia pudiese provenir del imputado, para luego ser plasmadas por la defensa en el contraexamen de testigos, de manera silenciosa y sin advertencia a estos, para no coartar la sorpresa de la respuesta inesperada del deponente que acredita la teoría del caso de la Defensas.

**SEXTO**.- Que, con fecha 11 de agosto del año 2020, se acoge a tramitación el requerimiento deducido a fojas 1, suspendiéndose el procedimiento sólo hasta la revisión en fase de admisibilidad del libelo.

**SÉPTIMO**.- Que, con fecha 17 de agosto del año 2020, como consta a foja 99, el Ministerio Público se hace parte y contesta traslado exponiendo que el requerimiento debe ser declarado inadmisible por los siguientes motivos:

a. La regla objetada no tendrá aplicación o ella no será decisiva, en los términos del artículo 84 N° 5 de la Ley N° 17.997, ello por cuanto el juicio oral ya fue realizado dictándose un veredicto condenatorio, antes de la suspensión decretada por este Excelentísimo Tribunal, por cuanto el precepto impugnado, que se refiere a una incidencia para la postergación de aquella audiencia ya no tendrá aplicación en lo sucesivo.

b. Asimismo, aduce que procede declarar inadmisible el requerimiento, además, porque no está razonablemente fundado. En tal sentido, expone que mientras se objeta lo dispuesto en una sección del artículo 9° de la Ley N° 21.226, que establece una especial incidencia para la postergación de una audiencia, sólo se esgrimen fundamentos acerca de la supuesta incompatibilidad de la vía remota con la realización futura del juicio oral, cuestión que en realidad está establecida en los artículos 9° inciso cuarto y 10° de la Ley N° 21.226, cuya inaplicabilidad no se pide, como ya está dicho.

En el mismo orden, destaca que el requerimiento no está razonablemente fundado porque la suspensión de la audiencia ya se discutió y se resolvió en las instancias pertinentes. Así las cosas, la única forma de entender el requerimiento es como un nuevo camino para revisar y en su caso revertir las sucesivas decisiones judiciales que desestimaron sus objeciones generales acerca de la realización de juicio por medios remotos, y esto último, como tantas veces lo ha dicho este Excmo. Tribunal, es un objetivo que está fuera del alcance del requerimiento de inaplicabilidad, lo que ratifica la falta de fundamentos razonables del requerimiento.

Finalmente, aduce que el requerimiento no se encuentra suficientemente fundado porque siendo dichas disposiciones no objetadas las que autorizan la realización del juicio por vía remota, esto último está expresamente sujeto al aseguramiento de las garantías judiciales del proceso, contempladas en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, aspectos cuyo control está previsto por los medios de impugnación ordinarios establecidos en Código Procesal Penal, particularmente entre las causales del recurso de nulidad cuyo conocimiento y resolución corresponde a la respectiva Corte de Apelaciones o a la Corte Suprema, dependiendo de la causal que se esgrima.

**OCTAVO**.- Mediante resolución de 25 de agosto de 2020, a fojas 108, se declaró admisible el requerimiento, confiriéndose traslados de fondo y se alzó la suspensión decretada a foja 71.

**NOVENO**.- Que, con fecha 27 de agosto del 2020, como consta a fojas 117 y siguientes, el Ministerio Público contesta traslado, reiterando que no se producirán los efectos contrarios

señalados pues el juicio oral ya habría sido realizado dictándose un veredicto condenatorio, de suerte que el requerimiento ha perdido oportunidad, entre otros fundamentos vinculados al control recursivo previsto en el Código Procesal Penal, entre otros argumentos de fondo.

**DÉCIMO.-** Que como consta a fojas 140 y siguientes, con fecha 11 de septiembre del año 2020, los Jueces del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta e integrante de la Sala que conoció del juicio en que incide la causa RIT 66-2020, seguida en contra del acusado, evacúan traslado, precisando, entre otras cosas que, en relación a la audiencia de juicio:

*"Ésta, como ya se dijo, se llevó a cabo el día 11 de agosto de corrientes, después de haberse promovido por la defensa un incidente orientado a obtener su reprogramación. Ya en el juicio, la defensa en su alegación de apertura, manifestó que su postura iba a ser colaborativa, que su defendido iba a declarar y que su petición principal se orientaría a la configuración de la mitigante del artículo 11 Nº 9 del Código Penal y así obtener una pena más condigna para su defendido. Posteriormente el encausado, (quien se conectó desde el CIP-CRC Ex Surgam) sin dificultad alguna, prestó declaración en el juicio, lo que fue fluida, sin ningún tipo de dificultad técnica. Luego se incorporó la prueba ofrecida por el Ministerio Público, fueron escuchados sin inconvenientes los testigos, pudiendo el fiscal como el defensor interrogar y contrainterrogarlos sin problemas. De ahí, se escucharon los alegatos de clausura, se hizo el receso respectivo, para luego llevarse a cabo la audiencia que prevé el inciso final del artículo 343 del Código Procesal Penal, dándose a conocer el veredicto –de condena culminando todo a las 13:56 horas de ese día.*

*En esa misma jornada, a las 15:31 horas (conforme certificó el ministro de fe del tribunal) se recepcionó correo electrónico con resolución dictada por VS. Exmo. Tribunal, en que se disponía la suspensión de procedimiento, lo que se cumplió de manera inmediata, por resolución dictada por esta judicatura en esa misma jornada.*

*El día 25 de agosto, se recibió correo electrónico con resolución de VS. Excmo. Tribunal, ahora alzando la suspensión antes decretada y confiriendo plazo de 20 días para evacuar informe. La sentencia se dictó el día 28 de agosto, la que fue dada a conocer en la respectiva audiencia de lectura de fallo, con la asistencia del encausado y su defensor (…)".*

## II. EL EFECTO DEL ALZAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN EL CASO DE MARRAS

**UNDÉCIMO.-** Que, las medidas cautelares deben ser entendidas como "(…) el derecho que tienen las partes, especialmente el sujeto activo, para obtener del tribunal la dictación de una resolución que proteja y garantice el efectivo cumplimiento de la sentencia que decidirá el conflicto sometido al proceso" (ver a Colombo, J., "La suspensión del procedimiento como medida cautelar en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Ley, Tribunal Constitucional, LOM ediciones (2008) p. 15)

En el mismo sentido esta Magistratura ha señalado que la facultad de decretar la suspensión del procedimiento *"constituye una facultad privativa de la Sala del Tribunal Constitucional que deba pronunciarse sobre la admisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad. El objetivo de la suspensión del procedimiento –en cuanto medida cautelar– es asegurar el cumplimiento efectivo de un futuro fallo. Se caracterizan por su instrumentalidad en relación con la sentencia definitiva, lo que implica que nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior sentencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente (…)"* (En este sentido ver STC 1568 c. 24).

**DUODÉCIMO.-** Que, el fundamento de la medida cautelar señalada precedentemente radica en el hecho que, en el contexto de un proceso, que sirva como gestión pendiente, existirá siempre la posibilidad de que el Tribunal aplique como norma decisoria litis una norma afectada por un vicio de inconstitucionalidad, lo que podría ser identificado por las partes o el propio Tribunal,

como sujetos legitimados para requerir a esta Magistratura. Ante dicho escenario, podría ser deducido un requerimiento, conforme a lo establecido en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política y al DFL N° 5, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Con todo, afinado el proceso, se dictará sentencia definitiva por el pleno de este Tribunal, sin embargo, podría ocurrir que, en el intertanto, el proceso donde se produjo el conflicto constitucional -gestión pendiente- continúe en su tramitación, se dicte sentencia en él, e incluso esta se cumpla.

En este caso, una eventual y posterior sentencia constitucional de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no producirá ningún efecto (Op. Cit., p. 17), por cuanto la interposición oportuna de la medida cautelar de suspensión del procedimiento será un elemento fundamental para la eficacia de la jurisdicción constitucional.

**DECIMOTERCERO**.- Que, en el caso de marras, como fue informado por el Ministerio Público (a fs. 117) y el propio Tribunal de juicio oral en lo penal de Antofagasta (a fs. 140 y siguientes), con fecha 11 de agosto del 2020 se realizó la audiencia de juicio respectiva, procediéndose, conforme al artículo 343 inciso final del Código Procesal Penal, a dar a conocer el veredicto de condena (como consta a fs 165 y siguientes), previo a la remisión de la orden de suspensión de foja 71.

Ante la situación precedentemente expuesta, según informa el Tribunal que conoce de la gestión pendiente (a fs. 140 y siguientes), una vez recepcionada mediante correo electrónico la resolución de esta magistratura mediante la cual se disponía la suspensión del procedimiento, esta fue cumplida por el Tribunal. Sin embargo, mediante resolución de esta Magistratura Constitucional, de fecha 25 de agosto del 2020, se alza la suspensión de procedimiento decretada a foja 71, procediendo el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta a dictar sentencia con fecha 28 de agosto del 2020, la que fue dada a conocer en la respectiva audiencia de lectura de fallo.

**DECIMOCUARTO**.- Que, revocada la medida cautelar por resolución de esta Magistratura, como consta en las piezas del expediente, no fue solicitada su renovación por la parte legitimada, mediante el aporte de nuevos antecedentes, que no hayan sido tenidos a la vista por esta Magistratura.

**DECIMOQUINTO**.- Así, por cuanto, habiendo sido resuelta la cuestión principal que servía de gestión pendiente para promover la acción constitucional de autos, poniéndose término a la misma, se encuentra concluida por resolución ejecutoriada.

**DECIMOSEXTO**.- Por ello, de forma sobrevenida, este proceso carece de uno de sus principales presupuestos, por ya no haber gestión pendiente y no poder aplicarse el precepto en la gestión invocada consecuencialmente, verificándose la falta de objeto, motivos por los cuales se debe desestimar el requerimiento.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1. OFÍCIESE.**

**II. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

**SENTENCIA ROL 8518-2020.** *Publicada el 30 de julio de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 127, inciso final, de la ley 10.336, de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. Santiago Heriberto Correa Correa, Cecilia Del Carmen Contreras Reyes, Y Sergio Cristian Ortega Galaz. En el proceso Rol C-3788-2019, sobre demanda ejecutiva, seguido ante el Primer Juzgado de Letras de Talca.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES estuvo por rechazar el requerimiento teniendo únicamente presente** que en el caso concreto las excepciones interpuestas fueron declaradas admisibles inicialmente mediante resolución de enero de 2020, la que fue objeto de un recurso de reposición interpuesto por la parte ejecutante, el cual fue finalmente acogido, declarándose inadmisibles las excepciones de falta de ejecutoriedad y de nulidad de la obligación, resolución que se encuentra ejecutoriada. De tal forma, una declaración de inaplicabilidad de la preceptiva cuestionada no puede tener el efecto que le atribuye la requirente al estar agotada por resolución firme la discusión de las excepciones cubiertas por la limitación y al no poder crear una sentencia de esta Magistratura un nuevo plazo para re oponerlas.

**SENTENCIA ROL 9431-2020.** *Publicada el 2 de diciembre de 2021.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 60, inciso octavo, en el DFL N° 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.695, orgánica constitucional de municipalidades. Graciela Fernanda Ortúzar Novoa. En el proceso Rol Nº 308- 2019, sobre requerimiento de remoción del cargo de alcalde, seguido ante el Segundo Tribunal Electoral Regional de la Región Metropolitana.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que concurre al rechazo del requerimiento teniendo presente únicamente que el presente proceso ha perdido objeto, en la medida que el precepto impugnado se refiere a la suspensión en el cargo de una alcaldesa en ejercicio.** En efecto, la presente causa se encontraba en estado de relación desde el 30 de noviembre de 2020, fue agregada a tabla para su vista recién el 1 de abril de 2021, y la adopción del acuerdo fue pospuesta, verificándose solamente el 6 de agosto de 2021, en un entorno de lentitud y demora en las agregaciones a tabla de la presente causa que resulta a lo menos reprochable, y que era perfectamente advertible y evitable. En tal entorno de lentitud de la resolución de este proceso, se verificaron las elecciones municipales en mayo de 2021, y antes de que el acuerdo fuese adoptado terminó el período legal para el cual la requirente fue electa alcaldesa, motivo por el cual la sentencia no ha de tener efecto alguno, pues ha perdido objeto de manera sobrevenida el proceso, ya que la requirente ha dejado de ser alcaldesa, motivo por el cual resulta inconcuso emitir un pronunciamiento sobre el fondo prácticamente un año después de la dictación del decreto de autos en relación y con el período del cargo concluido y con la "suspensión" terminada tras la asunción de la autoridad edilicia electa en mayo pasado.

# 3. Sobre la naturaleza del requerimiento de inaplicabilidad y el caso concreto.

**SENTENCIA ROL 8606-2020.** *Publicada el 13 de agosto de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del inciso tercero del artículo 53, del Código Tributario. Inversiones Alsacia S.A. En la causa Rol N° 8082-2019, sobre demanda ejecutiva, sustanciada ante el Undécimo Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, y actualmente pendiente en recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 1844-2020.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES estuvo por rechazar el requerimiento deducido compartiendo únicamente los considerandos 22° a 25 y 26° a 28° del voto de rechazo y teniendo además presente las siguientes consideraciones:**

**1°.-** La declaración de inaplicabilidad de los intereses contemplados por el artículo 53 del Código del Trabajo no puede ser entendida sin su devengo desmedido o desproporcionado a causa de la demora injustificada del obrar de los órganos del Estado a propósito de la resolución de conflictos ligados a la base imponible, pues en ese caso, la finalidad legítima del precepto impugnado se pervierte constitucionalmente, cuestión que es especialmente relevante en materia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que se configura como un instituto de control concreto, en el cual las circunstancias de hecho y derecho del caso concreto son relevantes, al punto que lo juzgado es el resultado que la aplicación de la norma genera en el caso concreto.

**2°.-** En este sentido, este Tribunal ha declarado la inaplicabilidad de la norma en el entendido que demoras de ese tipo hacen devenir en inconstitucional la aplicación de una norma que, prima facie estaría dotada de razonabilidad, señalando expresamente que *"en abstracto considerado, el interés fijado por el susodicho artículo 53 podría encontrar su razón de ser en la necesidad de asegurar el pronto pago de los tributos que se adeudan al fisco. Esto es, en impedir que los contribuyentes prioricen el cumplimiento de otras deudas en desmedro de aquellas que se tienen con el Estado. Sin embargo, este no es el caso. Se trata aquí de una tardanza no imputable a la requirente", que hace que el devengo de intereses "cristalice en una sanción; en un mal dimanado de circunstancias en que al contribuyente no le ha cabido culpa ni gobernabilidad"* (Rol N° 3440, cons 2°).

**3°.-** De esta forma, el estándar de juicio de los procesos de inaplicabilidad de los intereses establecidos en el artículo 53 del Código tributario no puede prescindir del origen de la demora en el caso concreto y los elementos que la rodean. Así, esta Magistratura, acogiendo inaplicabilidades de esta preceptiva, ha señalado que *"el Código Tributario debió distinguir entre los deudores que retrasan inmotivadamente el pago de los impuestos, de aquellos que lo difieren por efecto natural de controvertir las razones en las que reposa un acto administrativo de liquidación. Mientras que puede ser razonable aplicarles a los primeros una tasa como esa, por encontrarse en mora sin justificación, respecto a los segundos no lo es"* (Rol N° 3440, cons. 5°), cuestión que es plenamente predicable respecto de derechos municipales y que no puede ser omitida, al permitir la configuración de un verdadero castigo pecuniario por el legítimo ejercicio del derecho a la acción y a la impugnación de actos administrativos en materia tributaria.

**4°.-** En efecto, lo razonado precedentemente se ve reforzado por lo razonado en otra sentencia estimatoria de inaplicabilidad recaída en el mismo precepto, en la que uno de los elementos de juicio fue constatar que "*la deuda que se intenta cobrar tiene su génesis en fecha remota, motivo por el cual se acumularon al capital adeudado, los altos intereses moratorios de que se trata en este caso. En ello no ha incidido la mera voluntad o desidia de la requirente, sino que se aprecia una demora tanto en el plano administrativo como jurisdiccional. Se trata de una diferencia impositiva vinculada al año comercial 2009 y que recién fue administrativamente liquidada pasada la mitad del año 2013. Deducida la reclamación por la requirente, recién se dictó el fallo por el Tribunal Tributario, casi cinco años después"* (Rol N° 7864, cons.

7°), en un caso en el cual la reclamación tributaria fue acogida parcialmente, pero producto de la demora en la tramitación y fallo de la reclamación los intereses devengados eran un monto mayor que aquel rebajado por la sentencia, a pesar de que el contribuyente tenía razón en derecho.

**5°.-** En el caso concreto, se constata que los derechos municipales que motivan la litis se generan por la utilizar la calle como un terminal de buses de una empresa del transporte público, lo cual se encontraba en situación de irregularidad, constando a fojas 81 diversas infracciones conocidas y resueltas por tribunales de policía local, por utilizar la vía pública como terminal sin autorización para ello, además de rolar a fojas 87 y ss. un informe de la Contraloría General de la República en el que se constata tal situación.

**6°.-** Es decir, frente al distingo del que se formula en el cons. 5° de la sentencia Rol N° 3440, transcrito en el razonamiento 3° del presente voto, se concluye que no se está en la primera de las situaciones, que sería haber utilizado un terminal de buses dentro de la legalidad y haberlo declarado para proceder al pago de los derechos municipales correspondientes, derivando de ello algún conflicto en cuanto al monto o algún elemento del cálculo de los mismos.

**7°.-** A mayor abundamiento, en el caso concreto se constata el cobro de derechos municipales desde el año 2014 y que en la gestión pendiente fue acogida una excepción de prescripción de parte de los montos ejecutados.

**8°.-** De igual forma, en la gestión pendiente se está en presencia de un juicio ejecutivo de competencia de los tribunales civiles, iniciado el año 2019, y no en un juicio declarativo tributario de aquellos que a primera vista muestre una duración desmedidamente larga, como se observaba en los casos de las sentencias estimatorias de inaplicabilidad que se citaron, por lo que no se determina una perversión de las consecuencias de aplicación del precepto cuestionado que pueda ser tachada de inconstitucional.

**9°.-** Todo lo expuesto determina que no concurren los elementos que la jurisprudencia de este Tribunal ha determinado para acoger un requerimiento de inaplicabilidad de este tipo.

**SENTENCIA ROL 13.170.** *Publicada el 25 de mayo de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5°, inciso segundo, 10, inciso segundo, y 11, letras b) y c), de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública. SQM Salar S.A, SQM Potasio S.A. Y Sociedad Química y minera de Chile S.A. En el proceso Rol N° 60-2022 (contencioso administrativo), sobre reclamo de ilegalidad, sustanciado ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurre al pronunciamiento de autos rechazando el requerimiento** sin compartir sus consideraciones 4° a 11°, y agregando que el rechazo de la acción no significa per se que la información objeto de la litis sea pública, sino que en realidad significa que será el tribunal de la gestión pendiente el que debe ponderar si está o no dentro de las excepciones al acceso a información que contempla el numeral 2) del artículo 21 de la ley N° 20.285 en tanto permite denegar acceso a información "Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico", teniendo presente especialmente que la solicitante de la información es la competencia directa de la empresa requirente de inaplicabilidad en la extracción y venta de litio, en el marco de un mercado específico en el cual cada empresa maneja información reservada y estratégica del desarrollo de su giro, dentro de lo cual podría caber la información solicitada.

Adicionalmente, siendo CORFO parte de la litis y siendo el litio parte de los recursos naturales del Estado por disposición constitucional expresa (artículo 19, numeral 24°), sin duda se ventilará en la gestión pendiente lo establecido en el numeral 4° del mismo artículo, es decir si la publicidad, comunicación o conocimiento puede afectar los intereses económicos o comerciales del país.

# 4. Sobre el efecto de cosa juzgada de las sentencias de inaplicabilidad.

**SENTENCIA ROL 13.466-2022.** *Publicada el 2 de agosto de 2023.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 196 ter, inciso primero, parte final, de la Ley N° 18.290, de Tránsito.

**VOTO DE MAYORÍA**

[…]

**I. SÍNTESIS DEL CASO CONCRETO.**

**PRIMERO**.- Patricio Cortés Torres, abogado, en representación de don Evaristo Antonio Valdés Cerda, dedujo acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 196 ter inciso primero de la Ley Nº 18.290, en lo que respecta a la frase *"Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuera condenado"* pues a su juicio, la aplicación del precepto impugnado -en la causa penal Rol 615-2022 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, por el delito de conducción en estado de ebriedad causando la muerte, daños y lesiones leves, contemplado en el artículo 195 inciso tercero de la Ley Nº 18.290- devendría en la infracción de los artículos 1 y 19 Nº 2 y 3 de la Constitución Política, así como los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**SEGUNDO**.- Que, como consta a fs. 40, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca certificó, con fecha 08 de julio del 2022, que ante dicha Corte se tramita el recurso de nulidad -ROL 615-2022- en relación con la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cauquenes -RIT 98-2021- el cual, a la época de la certificación se encontraba en estado de tramitación.

**TERCERO**.- Como consta a fs. 05, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cauquenes impuso al acusa la pena de tres años y un día de presidio en su grado máximo y multa de 8 Unidades Tributarias Mensuales, por su responsabilidad como autor del delito consumado de conducción en estado de ebriedad causando muerte, lesiones leves y daños. Asimismo, al concurrir los requisitos establecidos en el artículo 15 bis de la Ley Nº 18.216, se concede en favor del condenado la libertad vigilada intensiva, estableciéndose un plazo igual de intervención igual al que corresponderá cumplir si se aplicara efectivamente la pena que se sustituye, debiéndose cumplir las demás condiciones contempladas en la Ley. Igualmente, se impone al condenado la condición de cumplir un programa formativo en materia de responsabilidad vial y consumo de alcohol. Conforme al artículo 6 ter de la Ley del Tránsito, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad.

**CUARTO**.- Que, en este caso el requirente sostiene que la aplicación del precepto impugnado resultará decisiva en la gestión pendiente, argumentando asimismo que su aplicación deviene en las siguientes infracciones constitucionales:

**(a) En este caso se está ante una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar.** En este sentido, el requirente explica que el tipo penal por cual fue formalizado su representado, el bien jurídico protegido es la seguridad en el tráfico, y dicha figura está estructurada como delito de resultado, es decir, debe producirse un hecho que haga cumplir lo señalado en el tipo penal para su configuración. En tal orden, el actor destaca que en la legislación existen otras figuras que, teniendo igual o mayor pena que el delito de conducción en estado de ebriedad causando muerte, se sancionan con pena sustitutiva sin suspensión de ningún tipo; hecho que configuraría, a su juicio, una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, e incluso respecto de personas que cometieron delitos más graves, debido a que las penas asociadas a ellos son de mayor intensidad.

En el mismo orden, argumenta que su representado no registra condenas anteriores, lo cual debería provocar efectos jurídicos. Sin embargo, dichos antecedentes serían anulados por los preceptos legales impugnados.

Agrega, que la norma es discriminatoria, dado que a toda persona a la que se conceda una pena sustitutiva por primera vez, puede acceder a la omisión de antecedentes panales conforme con el inciso 1º del artículo 38 de la Ley 18.216, y luego a la eliminación de los mismos, de acuerdo con el inciso 3º del mismo artículo; sin perjuicio de lo anterior, en el caso concreto no sería factible.

Finalmente, precisa que la norma, que estima debe ser declarada inaplicable, provoca un efecto contrario a la resocialización del condenado, como consecuencia de un trato desigual, en relación a otros casos -que detalla a fs. 21- sin un motivo racional que permita comprender la naturaleza de tal diferencia.

**(b) En el caso de marras, las diferencias carecen de fundamentos razonables y objetivos.** En este sentido, el actor sostiene que la historia fidedigna de la ley da cuenta de la falta de fundamentos razonables y objetivos en la diferenciación establecida por el legislador a través de las normas cuestionadas. De tal forma, a su juicio, los preceptos impugnados consolidan una situación de arbitrariedad, pues se desconocen los fundamentos razonables y objetivos que habría tenido el legislador para que su representado, tras ser condenado por el delito formalizado se le suspenda la pena sustitutiva por el lapso de un año, pesar de cumplir los requisitos establecidos en los artículos 15 y 15 bis de la Ley Nº 18.216, o que, a pesar de cumplir con los requisitos del artículo 38 incisos 1º y 3º de la misma Ley, no pueda omitir ni eliminar antecedentes penales, conforme lo ordena el artículo 196 ter inciso primero de la Ley Nº 18.290.

**(c) Las diferencias denunciadas adolecen de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador.** En este sentido, tras analizar jurisprudencia histórica de este Excelentísimo Tribunal Constitucional, el actor sostiene que la reinserción social es el fin primordial de la ejecución de las penas, destacando técnicas legislativas comparadas, y normas de derecho internacional referidas al respecto. Asimismo, destaca que sin perjuicio que nuestra Constitución no reconoce expresamente la reinserción social del penado como una finalidad de la pena, como consecuencia de la aplicación del artículo 5 inciso segundo de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ello se entiende incorporado como principio imperativo dentro del ordenamiento jurídico, lo que debe ser entendido en coherencia con el artículo 1 inciso 4º de la Constitución pues la reinserción social debe ser compatible con la dignidad de las personas y con la concepción de un Estado que está al servicio de ella. De tal modo, citando

a Zaffaroni, precisa que los fines o función de la pena como la prevención general negativa, asume una función utilitaria, libre de toda consideración ética. Con todo, a fs. 27, enfatiza que la libertad vigilada intensiva cumple a cabalidad el objetivo de evitar la comisión de nuevos delitos, ya que se incorpora dentro del plan de intervención y tratamientos para que el condenado asuma la consecuencia de la conducta reprochada.

**(d) Los preceptos impugnados devienen en la infracción del inciso 6 del artículo 19 Nº 3 de la Constitución.** El actor señala, a fs. 30, que el precepto impugnado carece de idoneidad y legitimidad, toda vez que no se puede justificar una norma penal restrictiva de derechos fundamentales, basada en una supuesta disuasión que no ha sido corroborada de manera alguna, antes o después de la entrada en vigencia de la norma. Asimismo, destaca que si la proporcionalidad es un cálculo de ponderación en el proceso de aplicación de la pena, donde el juez puede actuar con justicia según las características del caso y del sujeto responsable, ello colisiona con un criterio de rigidez, pues de aplicarse el precepto impugnado, el juez de la gestión pendiente verá limitada su capacidad de actuar con justicia, ya que no podrá considerar en toda su amplitud las características del caso y del sujeto penalmente responsable.

**(e) A juicio del requirente, la aplicación del precepto impugnado deviene en la infracción del artículo 19 Nº 1 de la Constitución,** pues el precepto impugnado, a diferencia de otros, en el contexto de la pandemia producto del COVID-19, sufrieron adecuaciones en su cumplimiento, bajo el argumento de la protección a la vida.

**QUINTO.-** Que, por otra parte, como consta a foja 70, el Ministerio Público evacuó traslado, expresando, entre otras cosas que el requirente ya solicitó Inaplicabilidad del artículo 196 ter, inciso primero, parte final de la Ley Nº 18.290, causa que fue conocida y resuelta, bajo el Rol 6703-19-INA, siendo desestimada la acción deducida, por empate de votos, respecto al artículo 196 ter, inciso primero, de la Ley 18.290.

## II. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE RESUELVE EL FONDO DEL ASUNTO.

**SEXTO.-** El derecho a la tutela judicial efectiva se define como "aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión" (Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, Derecho Constitucional, tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 2005). Cabe señalar que como parte integrante del contenido esencial de este derecho se incluyen el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias.

**SÉPTIMO.-** En tal sentido, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida no puede ser preterido en la medida que "Un componente del debido proceso es la protección constitucional para obtener una resolución de fondo. Se trata del derecho relativo de la parte en un proceso a acceder, tramitar y obtener del tribunal una sentencia motivada sobre el objeto de fondo sometido a su conocimiento, previo respeto de un proceso legalmente tramitado" (GARCIA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VASQUEZ, Pablo. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y AL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Estudios constitucionales [online]. 2013, vol.11, n.2 [citado 2023-04-21], pp.229-282. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-

5200. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007), todo en ello en el marco de las exigencias de las garantías de legalidad procedimental y de procedimiento racional y justo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política.

## III. LA SENTENCIA DE INAPLICABILIDAD EN EMPATE, ¿PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL FONDO Y RATIO DECIDENDI?

**OCTAVO.**- Lo primero es recordar lo estatuido por el artículo 93, numeral 3°, de la Constitución Política, en cuanto a que es atribución de este Tribunal "Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución", notándose que la mayoría es para "resolver", sea rechazando o acogiendo, y que en el marco del deber de fundamentación de la sentencia definitiva, ello ha de tener un fundamento que lo justifique, y que conste en la parte considerativa del fallo respectivo

Lo segundo, es que lo razonado sobre la tutela judicial efectiva y el derecho a la sentencia motivada sobre el fondo del asunto controvertido reconduce a reconocer que, evidentemente, una sentencia de rechazo por empate tiene su fundamento solamente en cuestiones formal:

> » el incumplimiento del quorum exigido por la Constitución para declarar inaplicable una norma vigente y
>
> » el factum de la votación, que hace que no haya mayoría acerca de ningún razonamiento referido al fondo del asunto: ni para acoger ni para rechazar, lo que deja a la norma y a la gestión pendiente en el mismo estado constitucional anterior al inicio del proceso de inaplicabilidad.

Es decir, la sentencia de empate en sede de inaplicabilidad tiene una particularidad: es un rechazo sin razonamientos de mayoría, y entonces su única ratio decidendi es la normativa del artículo 93 numeral 6° de la Constitución referida al quorum, pues los considerandos del voto de rechazo tampoco tienen mayoría. Es por eso que tradicionalmente, desde la sentencia Rol N° 546, dictada hace más de 15 años, la parte resolutiva de la sentencia de empate va precedida de dar cuenta del mismo y de la norma constitucional aludida, para incluir después, como votos particulares, las argumentaciones de fondo por acoger y rechazar que empataron, pues no son ratio decidendi.

**NOVENO.**- Así, se constata que en las sentencias de inaplicabilidad dictadas en empate no se razona sobre el fondo del asunto controvertido, ni para acoger ni para rechazar, pues el fondo de la cuestión de inaplicabilidad se aborda, razona y argumenta solamente en los votos particulares posteriores a la parte resolutiva, los cuales son ajenos a la parte considerativa de la sentencia, que es lo que sustenta los puntos resolutivos.

**DÉCIMO.**- Así, la sentencia Rol 6703-19 , referida a la misma impugnación de normas, por el mismo requirente y en la misma gestión, NO se refiere al fondo del asunto, y por ende no puede entenderse que el fondo de dicho conflicto fue "razonado y resuelto" si el rechazo resolutivo fue solamente por motivos de forma. Así, no puede sostenerse que dicha sentencia haya satisfecho el estándar en cuanto al derecho de la parte en un proceso a acceder, tramitar y obtener del tribunal una sentencia motivada sobre el objeto de fondo sometido a su conocimiento, y ello no es por defectos de forma del requerimiento -materias que son cuestiones previas que inhiben al fondo- sino por un hecho del propio Tribunal, cual es el empate de votos.

**UNDÉCIMO.**- Cabe preguntarse entonces, ¿puede darse por "resuelta" la cuestión de inaplicabilidad si tal resolución no tiene un sustento de mayoría que configure ratio decidendi para rechazarla? O bien, ¿hay resolución del fondo del asunto sin consideraciones de fondo?,

o bien, ¿puede omitirse el razonamiento sobre el fondo si no hay cuestiones previas de forma? La respuesta es no, pues sería preterir el derecho a la fundamentación de la sentencia y en tal sentido cabe tener presente que *"Una sentencia de un Tribunal Constitucional tiene un alcance más pleno cuando de ella se deriva, además de su carácter declarativo que permite eliminar el vicio constitucional en el caso específico, la fuerza vinculante que establece el deber de los demás órganos estatales de seguir, de buena fe, en casos idénticos o de la misma clase los principios determinados por el Tribunal Constitucional. Tales principios se encuentran en la parte considerativa o motiva del fallo constitucional, constituyendo la "ratio decidendi" del mismo, pasando a tener una fuerza jurídica similar a la norma jurídica interpretada"* (NOGUEIRA ALCALA, Humberto. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CHILE: ANALISIS Y REFLEXIONES JURIDICAS. Estudios constitucionales [online]. 2010, vol.8, n.1 [citado 2023-04-21], pp.79-116. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100004., aludiendo a Tupayachi Sotomayor, Jhonny (coord). (2009). El precedente constitucional vinculante en el Perú (análisis, comentarios y doctrina comparada). (Lima, Ed. Adrus-Instituto Iberoamericano de derecho Constitucional sección Peruana)).

**DUODÉCIMO**. - Es en tal sentido que cabe preguntarse ¿Qué es la motivación de la sentencia? Y en pocas y sencillas palabras es el sustento razonado, fundamentaciones de hecho y derecho, que en un irremplazable ejercicio argumentativo y de ponderación llevan a una conclusión lógica: rechazar o acoger una acción.

**DECIMOTERCERO**.- Es en tal orden que la motivación de la sentencia cumple varias funciones: la primera es dar razones, en interdicción de la arbitrariedad, y desde Montesquieu hasta Taruffo esa es la primera razón de la motivación. Adicionalmente, ello acarrea una consecuencia: la motivación no es para el ego del redactor ni para ser aplaudida por la academia, es para mostrar que se está razonando y aplicando derecho, y que lo resuelto tiene razones, para que el ciudadano-justiciable las lea.

Así es que uno de los elementos del debido proceso es el derecho a una sentencia motivada que resuelva el fondo del asunto, pasando a ser la inadmisibilidad y el rechazo por forma una excepción, en la medida que el derecho a la sentencia motivada es también una consecuencia necesaria del ejercicio del derecho a la acción y del principio de inexcusabilidad.

**DECIMOCUARTO**.- De tal modo, la sentencia inmotivada -entendiendo por tal la que derechamente no tiene fundamento, o la que expresa fundamentos que no sustentan lo declarado en el punto resolutivo- es un factum de poder, un dictum estatal, y nada más que eso, a la cual le falta un elemento de esencia, pues infringe un deber básico: el dar razones. De tal forma, la falta de motivación completa y suficiente es un vicio, un motivo de nulidad de la sentencia, y es por eso desde la revolución francesa es causal de casación y/o de nulidad, pues la sentencia debe tener "ratio decidendi" sobre el fondo del asunto, ponderando hechos y derecho sobre ese fondo de la litis, razonando en torno a esos hechos y derecho en la parte considerativa, y arribando a una conclusión en la parte resolutiva.

**DECIMOQUINTO**.- En consecuencia, se identificará la ratio decidendi, que es la motivación en sentido directo y estricto de lo que se está resolviendo. El rechazo por motivos forma previos al fondo se vuelve entonces excepcional, y obedecerá a cuestiones de presupuestos procesales, de legitimación activa, de validez del proceso o de casos y formas que específica y especialmente la ley establezca en base a supuestos tasados, pues son una limitación al derecho a la sentencia motivada que resuelva el fondo del asunto. Así, como toda limitación a derechos fundamentales ha de tener norma legal explícita, razón suficiente y debe ser interpretada restrictivamente.

**DECIMOSEXTO.**- En nuestro tribunal hay que agregar una característica: es de carácter colegiado, y en ese sentido, el debate ordenado de conformidad con reglas de contraste argumentativo hace emerger tendencias argumentativas y es el acuerdo de mayoría lo que se tiene por acuerdo en todo tribunal colegiado. Es así en las decimonónicas reglas del Código Orgánico de Tribunales, a las cuales se remite nuestra ley orgánica, mas nuestra magistratura tiene número par de integrantes y por lo mismo el riesgo del empate está presente, y es por ello que el artículo 8° de la Ley Orgánica de esta Magistratura cubre tal tema con el voto dirimente de la presidencia del Tribunal, pero que en esta materia queda expresamente vedado, dando pie a un raro caso de sentencia de rechazo sin ratio decidendi sobre el fondo y sin ratio decidendi sobre cuestiones de forma de la acción ejercida que veden el razonar sobre el fondo.

## IV. EL EFECTO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 90 DE LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE ESTE TRIBUNAL.

**DECIMOSÉPTIMO.**- En efecto, el control de inaplicabilidad, el quorum de la sentencia está especificado en la Constitución: *"resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad"*. En tal caso, "resolver" implica dar por resuelto, y procesalmente hablando el resolver un requerimiento o una acción significa emitir pronunciamiento formal y solemne sobre esa materia en una sentencia, sea acogiendo o rechazando, y en ambos casos para dar por resuelto en la norma constitucional se requiere mayoría al señalar "resolver, por la mayoría", por lo que un ejercicio de simple aritmética muestra que un empate no cumple con el quorum de mayoría, por lo que es claro el asunto no está "resuelto" en sentido estricto, lo cual ha de entenderse claramente al no abordarse el tema en la parte considerativa, al no haber mayoría ni para acoger ni para rechazar refiriéndose al fondo, y en el sentido que al no estar en presencia de los "casos y formas" que la propia constitución establece para declarar inaplicable la norma, la misma se mantiene como potencialmente aplicable por el juez del fondo, tal cual lo es desde antes del inicio del proceso, y es por ello que la sentencia en lo resolutivo da cuenta de un "rechazo" que significa no declarar inaplicable, pero solamente por motivo de un empate de votos, no por motivos de fondo, ya que sobre ellos no hay mayoría.

**DECIMOCTAVO.**- En efecto, la razón de los puntos resolutivos de una sentencia de empate es sólo el empate mismo, por lo que si hubiese que identificar "ratio decidendi", es el hecho del empate, y no el voto de rechazo por motivos de fondo, que tiene exactamente la misma fuerza que el voto por acoger, debiendo reiterarse que es por ello que desde el Rol 546, caso Kravets -el primer empate de inaplicabilidad en la historia de nuestro tribunal- los votos de empate por acoger y rechazar se agregan al final de la sentencia, con posterioridad a la parte resolutiva, pues sus razones y su contenido no son el sustento razonado de lo resuelto.

**DECIMONOVENO.**- Toda resolución contemplada en una sentencia exige razones, y si lo razonado no es sobre el fondo, resulta evidente es un error sostener que el fondo de la litis está resuelto. En ese orden bastaría con preguntar cuales serían las razones de fondo para sostener que el éste estaría resuelto en la sentencia de empate, y si alguien dice que sí está resuelto la respuesta pasaría forzosamente por un error, pues el sostener que las consideraciones que dan cuenta del empate se referirían a razonamientos de fondo o bien el atribuir al voto de rechazo el carácter de razonamiento de mayoría, cuando en realidad es un empate sin voto dirimente y es ese voto de calidad el mecanismo para habilitar a transformar empates en mayorías en otras atribuciones del tribunal, pero debe recordarse que tal mecanismo no alcanza al control de inaplicabilidad al estar vedado expresamente en la ley orgánica del Tribunal y al exigir la propia constitución "la mayoría".

**VIGÉSIMO.**- Los considerandos que dan cuenta del empate se incluyen antes de lo resolutivo por dos razones (a) la primera es que la sentencia ha de tener consideraciones comunes en función del mérito del proceso y del derecho, y en eso el hecho del empate y que signifique un especial rechazo por forma sin entrar al fondo es lo único en común, y (b) la segunda razón es porque el derecho que sustenta el rechazo es la no obtención de mayoría de miembros en ejercicio exigida por el artículo 93 Nº 6 de la Constitución, lo cual es una cuestión de forma, sin que exista motivo ni razonamiento de fondo alguno con mayoría como para ser calificado de ratio decidendi.

**VIGÉSIMO PRIMERO.**- Cuando se sostiene que un asunto está resuelto, ello no sólo lleva a la parte resolutiva de la sentencia, sino a la fundamentación de la misma, pues primero son las razones, y lo resuelto es sólo una consecuencia de ello. Al argumentar nosotros damos las razones primero, y después la conclusión, y por lo mismo la sentencia tiene también esa estructura.

Así, no puede sostenerse que respecto de una sentencia de empate se produzca el efecto del artículo 90 de la ley orgánica de esta Magistratura, en cuanto dispone que *"Resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido"*.

Es evidente que tal efecto se refiere en primer lugar a la sentencia definitiva, y en segundo lugar a la sentencia definitiva que resuelve la cuestión de inaplicabilidad, lo que a su vez implica dos exigencias:

» que se obtenga mayoría de votos, ya que la constitución exige resolver "por la mayoría", y

» que se refiera al fondo, pues la cuestión de inaplicabilidad es el fondo del asunto controvertido y es eso lo que la norma exige que debe estar "resuelto" por la sentencia.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.**- En consecuencia, el derecho de la parte a una resolución que razone sobre el fondo del asunto para resolverlo no ha sido satisfecho en una sentencia de empate, pues se ha rechazado, pero no hay razones de fondo ni mayoría para darlo por resuelto. Ello es relevante, pues para dar por irreversiblemente resuelto el asunto por el Tribunal constitucional la Constitución le exige resolver "por la mayoría" en el numeral 6° del artículo 93, y a la luz de los artículos 6 y 7 de la misma Constitución, esa mayoría para dar por resuelto el fondo constituye parte de los casos y formas que el derecho establece para la validez de lo resuelto y de sus efectos.

**VIGÉSIMO TERCERO.**- A reglón seguido, el efecto del artículo 90 de la Ley Orgánica de este Tribunal no puede ser leído de manera aislada ni desconectada el numeral 6° del artículo 93 de la Constitución, que para dar por resuelta la cuestión de inaplicabilidad exige mayoría, por lo que el efecto del artículo 90 citado no puede producirse sin la mayoría que el artículo 93 de la Constitución exige en su numeral 6°.

**VIGÉSIMO CUARTO.**- Todo lo expuesto cobra especial relevancia tratándose el caso concreto de una causa penal, en la que lo que está en juego a partir del fondo del asunto es un año de prisión efectiva para el requirente, a la luz de la aplicación o inaplicabilidad de una norma como el artículo 196 ter inciso primero de la Ley N° 18.290, que ha sido declarada inaplicable en centenares de casos por esta Magistratura, cuestión que paradojalmente en este caso derivaría en un trato diferente al de esos casos. Así, siendo deber de este Tribunal velar por la primacía de la Constitución y en este caso siendo la cuestión planteada una de proporcionalidad y finalidad de las penas privativas de libertad, es ineludible una interpretación "pro persona", es decir, la más favorable a la garantía de los derechos fundamentales, lo que lleva a que este voto considere necesario e imperativo entrar al fondo de la cuestión de constitucionalidad planteada en el presente proceso.

## V. ACERCA DE LA COSA JUZGADA.

**VIGÉSIMO QUINTO.**- Tanto interlocutorias como sentencia definitivas producen cosa juzgada, pero si algo es claro en nuestros días, es que NO existe a la fecha una teoría general de la cosa juzgada constitucional en materia de control de normas, y la razón es muy simple: el contenido del derecho procesal constitucional no es el mismo que el del derecho procesal civil que construyó la dogmática de la cosa juzgada, y la interpretación evolutiva del texto constitucional para adaptarlo a las necesidades jurídicas y paradigmas culturales actuales es una de las funciones de la jurisdicción constitucional concentrada, y una cosa juzgada de tipo material justamente lo que hace es petrificar el significado del texto e impedir su interpretación evolutiva, lo cual no es baladí ni fantasioso, pues si se hiciera aplicación mecánica de los cánones de cosa juzgada civil en materia de conflictos constitucionales de control de normas se llegaría a absurdos o problemas injustificables: por ejemplo, la doctrina, los efectos y el contenido un fallo como el del caso Dred Scott -en el que la Corte Suprema de Estados Unidos declaró ajustada a la constitución la esclavitud en siglo XIX- nunca podrían revisarse al ser inamovible la cosa juzgada material, con todas las atroces consecuencias que una tesis como esa implicaría.

**VIGÉSIMO SEXTO.**- El efecto de cosa juzgada es un acto del poder estatal, y como tal no puede generar efectos de vulneración de derechos, y es por ello que cuando es un obstáculo para el estándar mínimo de derechos humanos, se constata que tiene límites y puede ser dejada sin efecto (Resoluciones judiciales firmes con efecto de cosa juzgada han sido dejadas sin efecto por vulneración de derechos humanos: en tal sentido ver casos Norín, Atala y Almonacid y Maldonado, todos en contra del Estado de Chile, en los cuales la Corte Interamericana de Derechos humanos ha condenado al Estado, dejándose sin efecto finalmente sentencias firmes, solo por citar ejemplos).

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.**- En materia de inaplicabilidad, con la mejor de las intenciones, y quizás sin asumirse los desafíos que implica la construcción de una cosa juzgada constitucional de control de normas, el efecto de cosa juzgada de sentencias anteriores se buscó regular en algunas normas, en particular los artículo 84, numeral 2°, y 90 de nuestra ley orgánica.

**VIGÉSIMO OCTAVO.**- El primero de ellos busca delimitar un efecto de cosa juzgada, tanto de control preventivo como en general de procesos iniciados vía requerimiento, cuyo es el caso de la inaplicabilidad. Más allá de las imperfecciones de la norma del artículo 84 Nº 2 y todo lo que se puede objetar de ella[34], incluso si se aplica su extensivo criterio, para que opere se requiere una declaración expresa de conformidad a la constitución del precepto impugnado en una sentencia anterior, lo que a su vez requiere motivación de mayoría que razone sobre el fondo de la conformidad a la constitución. Es claro que la sentencia de inaplicabilidad en empate no declara la conformidad del precepto, sino que rechaza por forma sin pronunciamiento sobre el fondo, lo que implica abrir la admisibilidad al proceso siguiente y a su resolución de fondo, cuyo es justamente este caso.

**VIGÉSIMO NOVENO.**- A su vez, el artículo 90 de la Ley Orgánica de éste Tribunal Constitucional dispone que *"Resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido"*. Debe preguntarse entonces, ¿la sentencia de empate resolvió "la cuestión de inaplicabilidad"? La respuesta, ya vista en capítulo anterior, es que resuelve que

34 En primer término, y sin agotar la crítica, se insinúa un pretendido efecto reflejo indirecto, fundado en una identidad de vicio que confunde la configuración de los mismos en control abstracto y en control concreto, y que se salta las particularidades de dos casos concretos diferentes en los elementos de hecho, estado y las consecuencias de ello.

no hay quorum para lograr un acuerdo sobre el fondo, pues acuerdo es mayoría y no hay voto dirimente, entonces lo que resuelve es que no hay quorum para acoger, pero no resuelve la cuestión de inaplicabilidad que la parte plantea en el requerimiento con los presupuestos que exige el artículo 80 de la misma Ley Orgánica Constitucional, pues la ratio decidendi es quorum y no fondo, y la sentencia de empate no razona sobre lo que el artículo 80 de la Ley Orgánica Constitucional exige someter al conocimiento y resolución del Tribunal en el caso concreto: las infracciones a la constitución por aplicación del precepto en el caso concreto, sobre las cuales se razona en los votos de empate que vienen después de lo resolutivo, en carácter de votos que no hacen mayoría y por ende no son ratio decidendi.

Si se sostiene que sí resolvió la cuestión de inaplicabilidad nuevamente viene la pregunta: ¿cuál es el argumento que sustenta entonces tal rechazo? Y no se razona sobre el fondo, por lo que si no hay resolución sin fundamento no puede sostenerse que el fondo fue resuelto porque lo sería sin fundamentación sobre el fondo o sería darle carácter el mayoría al voto de empate de rechazo, lo cual es improcedente al haber exclusión expresa de voto dirimente.

Así, ¿hay ratio decidendi de rechazo de fondo en una sentencia de empate? Nuevamente la respuesta es NO, pues es solo de forma. Ello significa que la causa de pedir no está resuelta en la sentencia, por lo que es irrelevante que en el presente proceso la causa de pedir sea la misma que en el requerimiento del proceso anterior, ya que el efecto de cosa juzgada es de la sentencia que se hace cargo de razonar y resolver la causa de pedir (cosa que en empate no ocurre), y no es el escrito de parte el que tiene el efecto de cosa juzgada.

**TRIGÉSIMO**.- Lo que se encuentra resuelto por la sentencia del proceso anterior es una cuestión de forma del Tribunal -el quorum- que es previa e inhabilitante para entrar al fondo del asunto, que es la cuestión de inaplicabilidad, que ha de ser razonada por mayoría. Así, lo resuelto es una cuestión de quorum, que tiene efectos de rechazo de la acción por forma, pero lo resuelto no es el fondo de la litis, que es la cuestión de inaplicabilidad, por lo que, en sentido estricto, la cuestión de inaplicabilidad, el fondo, no fue resuelto por causa de un bloqueo de quorum.

En perspectiva de cosa juzgada no puede sostenerse que a los efectos del artículo 90 se produzcan por una sentencia de empate de por resuelta la cuestión de inaplicabilidad, pues la sentencia no razona sobre "la cosa" del proceso, sino solo sobre el quorum, y en eso solo resuelve una cuestión previa de quorum, impidiendo razonar y concluir sobre "la cosa" o materia a juzgar, que es el fondo del conflicto.

**TRIGÉSIMO PRIMERO**.- La cosa juzgada tiene límites, y la entidad de ellos determina su clasificación incluso en derecho procesal civil, pues dentro de las diversas tipologías la cosa juzgada puede ser material, formal, refleja, sustancial y provisional, de la misma forma que puede ser aparente y también fraudulenta. Así, si una sentencia produce cosa juzgada ella recae en un "objeto", es porque esa es la "cosa" que se juzgó íntegramente en la sentencia.

Es en ese sentido que el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, al cual se remite la Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional, exige abordar el fondo y que se resuelvan "todas" las alegaciones, defensas, acciones y excepciones de las partes, esa litis será la cosa a juzgar y ello determinará que resuelta la litis por sentencia firme. Ello no es baladí, pues el artículo 39 de la Ley Orgánica de esta Magistratura dispone que *"Las sentencias del Tribunal deberán cumplir, en lo pertinente, con los requisitos indicados en los números 1° a 6°, inclusive, del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil"*, obligando a este Tribunal a ese estándar. Cabe mencionar que la propia normativa procesal permite a los litigantes plantear cuestiones de forma y de fondo, previas y también subsidiarias y admite también que se puede resolver una o algunas de ellas en carácter

previo o incompatible, lo cual consecuencialmente, si alguna de ellas es acogida, impide entrar al fondo, que no será resuelto, y por tanto no será parte de la "cosa" (litis) que se juzgó, mas en este caso nada de fondo se razona en la sentencia de empate.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO**.- La cuestión de fondo quedó entonces sin resolver, y por ende no puede haber cosa juzgada respecto de razonamientos de fondo, pues los mismos no existen, y por ende no son ni pueden ser ratio decidendi de una sentencia sobre el fondo, no pudiendo invocarse como motivo de fondo para rechazar en otro proceso de inaplicabilidad la existencia de un empate, pues no es fondo sino que forma. Así, predicar cosa juzgada sobre el fondo del asunto resuelto en una sentencia de empate carece de objeto y nuevamente el efecto del art. 90 de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal no puede predicarse respecto de un empate en cuanto al fondo del asunto, pues no fue resuelto y no es parte de lo "juzgado" en ella.

**TRIGÉSIMO TERCERO**.- Cabe mencionar que el propio TC ha reconocido que el efecto del artículo 90 de la ley Orgánica de este Tribunal no es absoluto, y ello ha sido en causas de la Ley N° 18.216, en materia de acceso a penas alternativas, y ello se ha hecho cuando se ha rechazado el requerimiento por motivos de fondo (con mayor razón será procedente por motivos de forma), en razón de haber concursos de delitos imputados y/o proyección punitiva alta. En casos de ese tipo ha ocurrido que el imputado después de ser condenado (pero a una pena inferior a 5 años, y/o siendo absuelto de alguno de los delitos que se le imputa) ha vuelto a requerir de inaplicabilidad, caso en el cual para evitar un trato discriminatorio respecto de casos similares se han declarado admisibles e incluso acogido inaplicabilidades, teniendo además presente que los elementos de derecho y el estado de la gestión pendiente han cambiado, por lo que la gestión no es la misma más allá de su número de rol, tribunal y partes, lo que determina que el artículo 90, no tiene cabida. Si ello es posible existiendo razonamientos de fondo en la primera sentencia, es porque el objeto del juzgamiento cambió, y con mayor razón dicho criterio aplica en este caso, pues la primera sentencia, al no tener mayoría, no tiene objeto de juzgamiento sobre el fondo.

**TRIGÉSIMO CUARTO**.- Es por todo lo expuesto que se entrará a razonar acerca del fondo del asunto.

## VI. DILEMA CONSTITUCIONAL Y SU ANÁLISIS.

**TRIGÉSIMO QUINTO**.- Que, se ha controvertido constitucionalmente el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito, por ser contrario a la Carta Fundamental, en el sentido que se afectan las garantías constitucionales de proporcionalidad, legalidad y debido proceso, como asimismo la garantía de igualdad ante la ley y su racionalidad en el caso de autos, al obligar al obligar al infractor a un cumplimiento efectivo de parte de la pena privativa de libertad, aun cuando proceda la sustitución de la pena original en virtud de la Ley N°18.216;

**TRIGÉSIMO SEXTO**.- Que el derecho, junto con el reconocimiento de valores o principios, también establece prioridades entre ellos o –si se prefiere- realiza ponderaciones. Estos balances entre razones o motivaciones pueden ser introducidos por el legislador o el resultado de una práctica judicial reiterada de aplicación del derecho; pueden afectar a todo un sector o subsector del ordenamiento jurídico o simplemente a la regulación de ciertos casos genéricos contemplados en las reglas; pueden estar expresamente formulados o –lo que es más frecuente- hallarse implícitos en el derecho y aflorar sólo tras un razonamiento reconstructivo.

Así, nuestro análisis de las pretensiones del requirente será realizado sobre la base de juicios de prevalencia para el caso concreto esbozado en estos autos y teniendo presente que no corresponde al Tribunal Constitucional sustituir al legislador democrático en las valoraciones que lo llevan a formular la política criminal, a menos que se sobrepasen los baremos constitucionales.

## Igualdad ante la Ley y Racionalidad

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO.**- Que, en relación al conflicto jurídico de autos, este órgano ha entendido que la igualdad ante la ley "consiste en que las normas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que están en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición". Así, se ha concluido que "la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad" (STC Roles N°s 28, 53 y 219).

De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentren en la misma situación prevista por el legislador;

**TRIGÉSIMO OCTAVO.**- Que, en una línea argumental similar, cabe argüir que la exigencia de un procedimiento legal racional y justo se expresa en que se debe configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad y debe orientarse en un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso donde la racionalidad está presente. Con ello se instituye la necesidad, entre otros elementos, de un juez imparcial, con normas que eviten la indefensión, con derecho a presentar e impugnar pruebas, que exista una resolución de fondo motivada y pública, susceptible de revisión por un tribunal superior y generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propias de un Estado de Derecho;

**TRIGÉSIMO NOVENO.**- Que, de lo argumentado se infiere por este órgano que existen elementos comunes que abarcan a todos los derechos que integran las reglas del artículo 19, número 3°, de la Constitución, y sobre dichos elementos comunes se ha declarado que "el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores…" (STC Roles N°s 2041 y 1448, entre otras).

## Penas alternativas, proporcionalidad de la pena y actividad de conducción

**CUADRAGÉSIMO.**- La proporcionalidad de la pena, entendida como "una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada"(Sentencia Rol N° 1518, cons. 28) se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viniendo a materializar el derecho constitucional de igualdad ante la ley (en este sentido sentencias Roles N°s 2658 cons. 7, 2884 cons. 22 y 2922 cons.35). en efecto, la pena es el trato que el legislador ha determinado dar a ciertas conductas del ser humano, por considerarlas disvalorables.

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO.**- Que, sin perjuicio de la reserva de ley sobre penas, que debe ser entendida en el sentido de que la política criminal la fija el legislador, como lo ha señalado la doctrina autorizada recogida por la jurisprudencia de este Tribunal, "la proporcionalidad de la pena constituye una materialización de la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos"... " la pena, concebida como retribución jurídica (al responsable de un delito se asigna un castigo), se sujeta a principios jurídicos universales, como son los de intervención

mínima, interdicción de la arbitrariedad y aplicación del principio de proporcionalidad, en virtud del cual y como sostiene un reputado autor, "la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos. La pena será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria"; en ningún caso puede exceder esa necesidad" (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo I, p. 49)." (Sentencia Rol N° 2045, cons. 8°).

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO**.- Que, por otra parte, siendo la inaplicabilidad un control de tipo concreto, las circunstancias y elementos del caso específico, así como su estado procesal, cobran especial relevancia.

**CUADRAGÉSIMO TERCERO**.- Este voto no sustentará el derecho subjetivo a la pena alternativa, más sí hace énfasis en que la proporcionalidad de la sanción es un tema de igualdad ante la ley, más si tras la entrada en vigencia de la Ley N° 20.603 el sistema de penas alternativas pasó a ser la prima ratio del orden penal y el presidio efectivo pasó a ser una verdadera última ratio, lo cual reconoce como excepciones los delitos y requisitos establecidos en el texto actualmente vigente de la Ley N° 18.216 y como regla doblemente especial la del articulo 196 ter impugnado.

**CUADRAGÉSIMO CUARTO**.- Debe tenerse presente que las penas sustitutivas de la privación de libertad no constituyen "un beneficio" ni menos un sinónimo de impunidad, pues más si tras la entrada en vigencia de la Ley N° 20.603 conforman un verdadero sistema de penas alternativas que pasó a ser la prima ratio del orden penal, frente al presidio efectivo que pasó a ser una verdadera última ratio. Así, valga decir que los estatutos contemplados en el texto vigente de la ley N° 18.216 tienen el carácter de pena, con una afectación de derecho de intensidad alta en la reclusión parcial y también en la libertad vigilada intensiva.

## Límites de las penas

**CUADRAGÉSIMO QUINTO**.- Que, confirmada la exclusividad de la competencia legislativa en la determinación de las penas, así como en la fijación de sus modalidades de cumplimiento, resulta que lo que compete al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren con ellas los límites precisos que la misma Carta ha impuesto, como, a modo ejemplar, en el caso del artículo 19, N° 1°, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos; o en el del artículo 19, N° 7°, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano;

**CUADRAGÉSIMO SEXTO**.- Que, en el caso concreto, al determinar el campo de aplicación de las penas cabe considerar que una política penal basada en sus efectos intimidatorios carece de base empírica, resulta ineficiente y choca frontalmente con valores básicos de un Estado de Derecho, que siempre debe buscar restricciones de derechos proporcionadas e imponerlas en la medida de lo estrictamente necesario para proteger a la sociedad, incluso frente a los que cometen los delitos más abominables;

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO**.- Que los ordenamientos jurídicos conciben a la pena como retribución estrictamente ajustada a la gravedad del hecho cometido, puesto que el objetivo resocializador supone diferenciar la determinación y la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad para cada sujeto en términos que puedan modificar, de manera notable, su carga de penuria, sin que ello se funde en razones vinculadas a la gravedad del hecho cometido,

sino sólo vinculadas a la personalidad del sujeto y a su evolución durante el tratamiento penitenciario o medida alterna en el cumplimiento de la pena. Existen límites constitucionales del Derecho Penal, tales como el principio de legalidad como límite formal del ius puniendi, y el principio de proporcionalidad como límite constitucional material y fundamental que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad;

**CUADRAGÉSIMO OCTAVO**.- Que, en idéntico sentido, cabe señalar que se producen en algunos casos, como sucede en el caso de la conducción bajo los efectos del alcohol, por un lado, una calificación de delitos de aptitud (consistentes en que el juzgador ha de comprobar por sí mismo la peligrosidad de la conducta, en tanto la ley no defina las condiciones que debe cumplir el juicio de aptitud) y, por otro, una mezcla entre el clásico delito de peligro abstracto y un delito de aptitud, por ejemplo en el tratamiento ilícito de residuos peligrosos en que el objeto de la acción tiene que ser adecuado para perjudicar un medio ambiente natural, mientras que la acción de deshacerse de los residuos se entiende como un delito de peligro abstracto en el sentido clásico (Andrew von Hirsch, Kurt Seelman y Wolfgang Wohlers, ed. Alemana, "Límites al derecho penal". Principios operativos de la fundamentación del castigo. Atelier ed., Barcelona, 2012, pp. 226-234).

## Proporcionalidad de las penas. Principio de legalidad.

**CUADRAGÉSIMO NOVENO**.- Que, en relación a la vulneración de la igualdad ante la ley que se esgrime por el requirente, por infracción al principio de proporcionalidad de la pena, el legislador, como ya se expresó, es soberano para tipificar conductas y sus penas; al efecto, es menester recordar el criterio expuesto por esta Magistratura en la STC Rol N° 787: "La política criminal se formula y se ejecuta en un determinado contexto social y es producto de las decisiones de los órganos colegisladores que responden a sus demandas. Sin perjuicio de la importancia de la participación que les cabe a las instituciones jurisdiccionales en la aplicación de sus medidas, el contenido de la política criminal no es modificable por los jueces". Asimismo, "se entiende como tolerable la fijación de sanciones de acuerdo a los fines de convivencia establecidos por los órganos legítimos y a los efectos de que su mayor severidad o laxitud, según el caso, resulte más eficaz en el logro de los propósitos propuestos". Por cierto, la facultad de fijación de la pena debe ejercerse con sujeción a los límites que impone el respeto de los derechos, principios y valores constitucionales;

**QUINCUAGÉSIMO**.- Que, dadas las razones expuestas, resulta inobjetable y legítima la configuración de los tipos penales, en la medida que representa una justificación político-criminal del aseguramiento de la función de la pena en un Estado de Derecho, lo cual no significa desconocer los principios de legalidad y reserva, la orientación resocializadora y de legitimación de la pena (con prohibición de que en su ejecución se transforme en una pena o trato cruel, inhumano o degradante);

**QUINCUAGÉSIMO PRIMERO**.- Que, en conclusión, la ejecución penal es siempre un mal, ya que permanece siendo una coacción a la cual el condenado debe someterse y es justamente esta coacción la que la convierte en pena. Sin embargo, la justicia como órgano del Estado tiene la función de sancionar, mientras, al contrario, la ejecución penal tiene la de tratar. Esto aparece vinculado con lo que analizaremos en más adelante, en el sentido de que si aplico una pena sustitutiva, no resulta posible alterarla sin vulnerar la norma constitucional en cuanto a la prevención de que habiéndose obtenido la sustitución por el cumplimiento de los requisitos para su adquisición (Ley N° 18.216), no puede el legislador menoscabarla volviendo a la aplicación de todo o parte del quantum de la pena original sin afectar los derechos del condenado.

**QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO.**- Que las penas sustitutivas también tienen el carácter de penas en cuanto restringen, en mayor o menor medida, la libertad personal y tienen por objetivo el control de las personas condenadas, coadyuvar a su reinserción social y evitar un modelo de reincidencia;

**QUINCUAGÉSIMO TERCERO.**- Que, de acuerdo a la nueva perspectiva compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las penas sustitutivas de aquellas de privación de libertad no constituyen "un beneficio" y su aplicación no puede ser sinónimo de impunidad. Tienen el carácter de pena, con una intensidad importante en casos como la reclusión parcial o la libertad vigilada intensiva. Por otro lado, este tipo de pena favorece la reinserción social de los condenados, el uso racional de la privación de libertad y la mejor protección a las víctimas. En efecto, no puede preterirse lo dispuesto en el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos al señalar que *"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados",* y no el mero retribucionismo del mal causado;

**QUINCUAGÉSIMO CUARTO.**- Que, en un Estado democrático, el ius puniendi y las penas privativas de libertad se utilizan como último recurso, después de que esté plenamente establecido que el uso de otros mecanismos resulta insuficiente para sancionar las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia, lo que limita al legislador en el uso de penas de privación de libertad de manera desmedida;

**QUINCUAGÉSIMO QUINTO.**- Que, la disposición que suspende la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad por un año resulta desproporcionada e inequitativa respecto a personas condenadas incluso por delitos de mayor gravedad.

También, es contraria al principio de proporcionalidad la suspensión de la aplicación de penas sustitutivas de penas privativas de libertad, pues es inidónea para cumplir los fines de reinserción social y de protección de la víctima que tiene la pena, en cuanto para esta última finalidad bastan las restricciones a la licencia de conducir;

**QUINCUAGÉSIMO SEXTO.**- Que, además, la naturaleza retributiva de la pena hace que ésta pueda conmensurarse en cada caso a la gravedad del respectivo delito. Como escribió Bettiol, *"es sobre la base de la idea de la retribución sobre la que hizo su ingreso en el Derecho Penal el criterio de la proporcionalidad, ya que la pena retributiva es "naturalmente"* proporcionada al comportamiento efectuado" (Manuel de Rivacoba y Rivacoba, La retribución penal, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, Santiago de Chile, p.51);

**QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO.**- Que, en esta misma perspectiva jurídica, se ha entendido que el juicio de proporcionalidad en un sentido estricto trata de identificar las ventajas que se obtendrían con la injerencia sobre el derecho al respeto de la vida privada, test de daño, en relación con los beneficios que se producirían con el conocimiento público de la información requerida, test de interés público (STC Rol N° 2153-11).

Sobre el punto en análisis la Corte Suprema ha dicho que *"la proporcionalidad en sentido estricto implica ponderar, en una relación costo-beneficio, las ventajas o desventajas resultantes para las personas de los medios utilizados por el legislador para obtener los fines perseguidos por la norma constitucional. Se ponderan los daños que se causan con la adopción de las desventajas de los medios en relación a las ventajas del fin a obtener. De esta manera el legislador debe siempre utilizar medios adecuados y que no sean desproporcionados"* (SCS 4 de agosto de 2009, Rol N° 5043-2009).

La doctrina sobre el principio de proporcionalidad ha dicho como límite constitucional, en su aspecto material, en cuanto el Estado debe respetar los derechos fundamentales, esbozando lo

que suele presentarse como "límites de los límites", donde la intervención penal –de la cual forman parte la imposición de la pena y su ejecución- limita derechos sobre la base del principio de proporcionalidad, tal como lo desarrolla Santiago Mir Puig (Derecho Penal, Parte General, segunda edición, Barcelona, 1998, págs. 98 y 99);

**QUINCUAGÉSIMO OCTAVO**.- Que toda medida sustitutiva a la pena de privación de libertad debe considerarse como parte del cumplimiento de los fines resocializadores de la pena. En efecto, no existe ningún estudio que pruebe que las penas privativas de la libertad son más efectivas que las penas alternativas para resocializar a las personas y evitar que delincan en el futuro.

## VII. CONCLUSIÓN

**QUINCUAGÉSIMO NOVENO**.- Que, bajo un prisma de los principios informadores del sistema de penas en nuestro ordenamiento jurídico, cuatro principios lo reglan: legalidad, proporcionalidad, resocialización y humanización. Desde luego el de proporcionalidad, que se vincula con la exigencia de que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes constituyan el fundamento del orden político y social de la nación, nos lleva a sostener que la pena que se imponga deba ser la más idónea para cumplir con los fines de la prevención del delito. La idoneidad no sólo nos obliga a elegir dentro del catálogo de penas aquella que resulte la más adecuada, sino que debe resolver la conveniencia de que intervengan otros órdenes sancionatorios menos gravosos que el penal. Es por eso que el Derecho Penal se rige por los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, en virtud de los cuales éste será desplazado a favor de otros medios de control social, reservándose su intervención como ultima ratio. Además, la proporcionalidad se rige por el principio de necesidad: una vez convencido el sentenciador de que la pena es la más idónea, debe imponerla con criterio de estricta necesidad para alcanzar los fines preventivos. Y, por último, el principio en comento se manifiesta en un sentido estricto, procurando que las consecuencias jurídicas del delito guarden proporción con la gravedad del ilícito cometido. Opera fundamentalmente en las reglas de determinación de las penas. Los jueces deberán fijar las magnitudes de éstas de acuerdo con el criterio general de la gravedad de los hechos (Borja Mapelli Caffarena, Las consecuencias jurídicas del delito, cuarta edición, Edit. Thomson-Civitas, 2005, pp. 38-39).

Es decir, los jueces deben llevar adelante un razonamiento práctico basado en principios, de forma que se deberá priorizar por los sentenciadores una justificación subyacente, fundada en la importancia de aquellos principios que lleven a decantar la solución del caso en conformidad a la razonabilidad;

**SEXAGÉSIMO**.- Que, en el caso de autos, resulta desproporcionada la aplicación de la norma consignada en el artículo 196 ter de la Ley N° 18.290, por cuanto, no resulta pertinente que la norma de sanción (norma sustitutiva) sea modificada por otra norma de sanción específica (norma de aplicación de cumplimiento efectivo de años de prisión), lo cual implica que el injusto por el que se sanciona con el respectivo reproche estatal resulta inconstitucional, al establecer una desviación de los fines de la pena, obviándose la lesión opuesta de peligro del bien o bienes jurídicos protegidos (Hernán Hormazábal Malaree, Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho, Editorial jurídico Conosur, Santiago, 1992, p.171). Cabe hacer presente que esta falta de proporcionalidad implica a la vez una afectación al principio de igualdad, puesto que el legislador debe hacer una ponderación entre lo gravoso de la pena y el hecho como único parámetro en el test de comparación, debiendo excluirse toda opción preventiva, como aquella que establece el artículo 196 ter ya citado, pues escapa al ámbito punitivo cualquier exceso que conlleve penar más allá del hecho punible descrito en la ley (principio de taxatividad), plasmado en el artículo 19, N° 3, inciso final de la Constitución.

**SEXAGÉSIMO PRIMERO.**- Que, en virtud de lo expuesto se ha decidido acoger el requerimiento de fs. 1.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**I. QUE SE ACOGE LA ACCIÓN DEDUCIDA A FOJAS 1, DECLARÁNDOSE INAPLICABLE EL ARTÍCULO 196 TER, INCISO PRIMERO, SEGUNDA PARTE, DE LA LEY N° 18.290, DE TRÁNSITO, QUE DISPONE: "SIN EMBARGO, LA EJECUCIÓN DE LA RESPECTIVA PENA SUSTITUTIVA QUEDARÁ EN SUSPENSO POR UN AÑO, TIEMPO DURANTE EL CUAL EL CONDENADO DEBERÁ CUMPLIR EN FORMA EFECTIVA LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD A LA QUE FUERE CONDENADO.", EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1810007363-K, RIT N° 98-2021, SEGUIDO ANTE EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE CAUQUENES, EN CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE TALCA, BAJO EL ROL N° 615-2022 (PENAL).**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

## SENTENCIA ROL 8907-2020. *Publicada el 5 de noviembre de 2020.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 429, inciso primero, frase final, y 162, incisos quinto, oración final, sexto, séptimo, octavo y noveno, del Código del Trabajo. Salcobrand S.A. En el proceso RIT C-30-2013, RUC 12-4-0039414-6, seguido ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Valparaíso, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por recurso de hecho, bajo el Rol N° 321-2020 (Laboral - Cobranza).

### VOTO DE PREVENCIÓN

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que concurre a la disidencia** sin compartir lo expresado en sus razonamientos 5°, 6°, 13° a 17° y 19° a 21°, teniendo además presente que el artículo 162 del Código del Trabajo constituye lex decisoria litis de la sentencia definitiva dictada en el proceso laboral declarativo y sustento directo de uno de sus puntos resolutivos, por lo que resulta inconcusa e inoportuna su impugnación por vía de inaplicabilidad en etapa ejecutiva, que, además, se traduce en una vía oblicua para desconocer el efecto de cosa juzgada de una sentencia firme que se busca dejar de ejecutar, haciendo aplicable los efectos del abandono del procedimiento a un trabajador que no tiene la carga del impulso procesal, que en este caso es del tribunal de la gestión.

## 5. Sobre planteamientos de cuestiones de mera legalidad.

**SENTENCIA ROL 10.825-2021.** *Publicada el 10 de noviembre de 2021*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 470, inciso primero, del Código del Trabajo. METSO Chile SPA. En el proceso RIT J-7-2021, RUC 21-3-0009840-9, seguido ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Valparaíso, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 148-2021 (laboral cobranza).

**VOTO DE PREVENCIÓN.**

[…]]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurre a la desestimación del requerimiento** compartiendo solamente los razonamientos 1° a 5° , 13° y 14° del voto de rechazo, y teniendo presente que, en el caso concreto, existe reserva de derechos en el finiquito suscrito por las partes y que, los posibles y eventuales descuentos y "compensaciones" que el empleador puede o no verificar respecto de remuneraciones se encuentran reglados en el artículo 58 del Código del Trabajo, cuestiones que no corresponde sean ventiladas en esta sede. Adicionalmente, si las partes celebraron o no convenciones o actos jurídicos que inciden en los montos a pagar por término de la relación laboral, el precepto cuestionado permite que ello sea ventilado mediante la excepción de transacción.

## 6. Sobre la interpretación constitucional.

**SENTENCIA ROL 10.778-2021.** *Publicada el 6 de abril de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 11, inciso segundo, letra A), última frase, e inciso tercero, última frase, del D.L. N° 2.222, del año 1978. SOLVTRANS Chile S.A. En el proceso Rol C-2660-2020, seguido ante el Cuarto Juzgado de Letras en lo Civil de Valparaíso.

**VOTO DE PREVENCIÓN**

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que concurre a lo resuelto teniendo presente además las siguientes consideraciones:**

**1°.-** En el texto del mismo artículo 11 que contiene el impugnado se señala, en la parte pertinente, que "Para matricular una nave en Chile se requiere que su propietario sea chileno". Desde esta perspectiva, la determinación de la nacionalidad de una empresa, y en particular de una sociedad, cuando ello es parte de las cuestiones pertinentes y necesarias para resolver un litigio, como lo es la gestión pendiente del caso sub lite, es una cuestión propia de la órbita de las atribuciones privativas del tribunal del fondo y no es materia de las cuestiones que puedan ser zanjadas en sede de inaplicabilidad en esta Magistratura.

**2°.-** En efecto, el propio artículo 11 señala que en el caso de personas jurídicas señala que "se considerará chilena siempre que tenga en Chile su domicilio principal y su sede real y efectiva;

que su presidente, gerente y mayoría de directores o administradores, según el caso, sean chilenos; y que la mayoría del capital social pertenezca a personas naturales o jurídicas chilenas", debiendo la judicatura del fondo determinar el sentido y alcance de cada uno de esos requisitos en el caso sublite.

**3°.-** De igual forma, resulta indisociable de lo anterior el constatar que es también atribución privativa del tribunal del fondo y no de esta Magistratura la determinación de si la actividad de "carga" o "transporte" de alevines, peces u otros elementos propios de la acuicultura y de la piscicultura en los denominados "wellboats" es o no una de aquellas actividades de carga y transporte de mercancías y bienes de terceros que calificarían como actos de comercio en el artículo 3 del Código del insigne Gabriel Ocampo o si bien es solo una actividad especial de apoyo a la acuicultura de gran escala para el traslado de especies vivas, diferente de lo que se conoce como transporte naviero mercantil, realizado a través de naves de marina mercante.

**4°.-** Ello es además ilustrativo y muy relevante para buscar una interpretación conforme a la Constitución en el caso sub lite, pues el mismo artículo 11 dispone que *"Podrán también matricularse en Chile las naves especiales, con excepción de las pesqueras, pertenecientes a personas naturales o jurídicas extranjeras domiciliadas en el país, siempre que tengan en Chile el asiento principal de sus negocios, o ejerzan en el país alguna profesión o industria en forma permanente"*, de manera tal que si no fuere la nave un pesquero ni tampoco un barco de transporte de bienes de terceros de aquellos regulados como actos de comercio, frente a un litigio entre DIRECTEMAR y la requirente (que ejercería industria en Chile), el tribunal de fondo de la gestión pendiente está dotado de plena jurisdicción para declarar en una sentencia fundada si es o no es una "nave especial" y por qué, pudiendo consecuencialmente determinar el derecho de inscribirla, además de declarar a cuáles de las limitaciones especiales de operación por específicos motivos de seguridad nacional estaría sometida, pudiendo examinar además la juridicidad de las mismas en particular y más allá de la sola existencia de ley habilitante.

**5°.-** Que además, también el tribunal del fondo está dotado de plena jurisdicción en el marco del caso concreto para determinar en la misma sentencia qué significa la prohibición decretada, en orden a no "realizar transporte de carga para terceros", incluyendo en ello el determinar qué engloba y qué no engloba a la actividad mercantil de carga para la legislación chilena.

**6°.-** Lo anteriormente expuesto permite concluir que existe posibilidad de interpretación conforme a la Constitución de la preceptiva cuestionada, lo cual constituye un deber no solo de este Tribunal sino de todos los órganos del Estado, en tanto el artículo 6° de la Constitución Política además de consagrar el principio de supremacía constitucional consagra el imperio de las normas dictadas de conformidad con ellas y el deber de garantía del orden institucional de la República, lo que se traduce en que todos los órganos del Estado deben ejercer sus potestades e interpretar las normas que las regulen desde una perspectiva de conformidad con la Constitución, descartando toda otra interpretación que no sea adecuada a tal estándar.

**7°.-** De tal forma, una interpretación conforme a la constitución por el tribunal del fondo permite precaver todas y cada una de las posibles infracciones que se denuncian

# 7. Sobre la titularidad de los derechos humanos.

**SENTENCIA ROL 12.147-2022.** *Publicada el 25 de agosto de 2022.*

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 46, inciso segundo, N° 8, parte final, de la Ley N° 20.600. Las Palmas SPA. En el proceso Rol C-2687-2016, seguido ante Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Talca, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Talca, bajo el Rol N° 1997-2020 (Civil).

**VOTO DE PREVENCIÓN.**

[…]

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene que concurre a la sentencia teniendo además presente** que en este caso, una empresa minera invoca como infringidas normas de derecho internacional de los derechos humanos contenidas en tratados internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos. A este respecto, no debe perderse de vista que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interprete autentico de dicha convención, emitió la Opinión Consultiva OC-22/16 sobre "Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)", concluyendo que "se desprende con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano" (párrafo 70), reconociendo como excepciones parciales a las comunidades indígenas o tribales y a las organizaciones sindicales (solamente respecto de los Estados parte del Protocolo de San Salvador), en tanto serían titulares de ciertos derechos específicos. Para estos efectos, la Corte Interamericana precisa que "el ejercicio del derecho a través de una persona jurídica debe involucrar una relación esencial y directa entre la persona natural que requiere protección por parte del sistema interamericano y la persona jurídica a través de la cual se produjo la violación, por cuanto no es suficiente con un simple vínculo entre ambas personas para concluir que efectivamente se están protegiendo los derechos de personas físicas y no de las personas jurídicas", y que "se debe probar más allá de la simple participación de la persona natural en las actividades propias de la persona jurídica, de forma que dicha participación se relacione de manera sustancial con los derechos alegados como vulnerados" (párrafo 119), todo lo cual permite descartar las alegaciones de la requirente invocando la Convención Americana de derechos Humanos en el caso concreto.

*La calidad jurídica y la seriedad de la argumentación en la motivación de la sentencia es lo que determina la legitimidad de ejercicio de un Tribunal Constitucional y ello es un llamado a rescatar lo eminentemente jurisdiccional de su función,* ***resolver conflictos conforme a derecho.***

***Rodrigo Pica Flores.***
Audiencia Pública, Excelentísima Corte Suprema.
04 de marzo del 2020

Este Libro surge como una iniciativa del Tribunal Constitucional para dejar un registro sistematizado de las sentencias, disidencias y prevenciones destacadas del Ministro señor Rodrigo Pica Flores -abogado por la Universidad Central y Magister en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de Talca-, quien se desempeñó como Abogado Asistente del Tribunal Constitucional desde el año 2006 hasta el 2009, asumiendo posteriormente como relator del Tribunal Constitucional, hasta agosto del año 2015, ocupando tras ello el cargo de Abogado Secretario del Tribunal Constitucional , el cual desempeñó hasta julio del año 2018.

El 04 de marzo del año 2020 asumió como Ministro del Tribunal Constitucional, por el periodo que restaba al Ministro señor Domingo Hernández Emparanza. Siendo nominado, nuevamente, el 29 de junio del 2021, por la Excma. Corte Suprema, en concurso público, en el cargo que ostentaría desde el 01 de julio del 2021, hasta el 01 de julio del 2030.

El Ministro señor Rodrigo Pica Flores, ejerció su ministerio en cumplimiento estricto al mandato constitucional, hasta el 20 de junio del año 2023, día en el cual intempestivamente falleció, dejando un legado jurídico importante para la sociedad chilena, el cual es recogido, en parte, por la obra que entrega este Tribunal y que espera sea de utilidad para académicos, estudiantes, abogados y abogadas, y todos aquello que tengan interés en la justicia constitucional chilena.