



Universidad de
los Andes

FACULTAD DE
DERECHO

REVISTA JURÍDICA DIGITAL UANDES

rjd.uandes.cl

2021 | Volumen 5
Núm. 2

Revista Jurídica Digital UANDES es una revista científica editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile.

Índice

Artículos

- El control sobre la potestad discrecional contenida en el artículo 8° de la Ley N° 19.886** 1-25
Daniela Reveco Álvarez, Lily Pérez Oltramari
- El centralismo como imperativo categórico en el modelo de organización territorial de España** 26-38
Álvaro Xosé López Mira
- El alcance del deber de sinceridad en el seguro de daños al momento de notificar el siniestro y de declarar las circunstancias y consecuencias de este** 39-60
Rodrigo Hoyl
- Una aproximación crítica a la aplicación de la regla in dubio pro operario en Chile** 61-82
Diego Felipe Lizama Castro
- Los elementos de laboralidad en el trabajo vía plataformas digitales a la luz de la jurisprudencia laboral chilena** 83-111
Carla Palavecino Rojas
- El plazo judicial para formalizar. Una adecuada revisión a la luz de las normas del proceso penal** 112-138
Cristián Adolfo Rozas Dockendorff
- Sobre la procedencia de requerir la vacunación en el ámbito laboral: facultades del empleador y derechos de los trabajadores. Análisis de la jurisprudencia relevante en Reino Unido, España y Canada** 139-150
Francisco Plass Montalva, María Dolores Ugarte Pérez
- Desnaturalización de la función pública por los Tribunales Superiores de Justicia: la salud incompatible con el desempeño del cargo como causal de vacancia. Análisis crítico de la sentencia dictada en causa Rol 58.355-2021 de la Excma. Corte Suprema de Chile** 151-163
Sergio Guzmán Silva
- Responsabilidad subjetiva del Estado por acciones de sus agentes. Análisis jurisprudencial de Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 306-2020 caratulada "Hernández Céspedes, Marcelo y otros con Fisco de Chile"** 164-173
Pilar Cisterna Ferreira, Costanza Tresoldi Manríquez
- La interferencia excesiva del Estado en el ámbito familiar. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez Rol N° 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas), de fecha 26 de julio de 2021** 174-184
Simona Canepa Aravena

**Daniela
Reveco
Álvarez**

daniela.reveco@gmail.com

**Lily Pérez
Oltramari**

lilyperezoltra@yahoo.com

Recibido: 15.08.21

Aceptado: 14.03.22

El control sobre la potestad discrecional contenida en el artículo 8° de la Ley N° 19.886

Discretionary authority's control, as prescribed in Article 8, Law No. 19.886

Resumen: La presente investigación tiene como objeto demostrar la existencia de la potestad discrecional en materia de contratación pública, precisamente la establecida en el artículo 8° de la Ley 19.886, investigación realizada mediante el análisis de la doctrina, jurisprudencia de los tribunales de contratación pública, de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones, y cómo se ha controlado por estos órganos jurisdiccionales, especialmente cuando los fundamentos que sustenta la contratación directa no se ajustan a los principios de juridicidad y motivación.

Palabras clave: derecho administrativo; contratación pública; tratos directos; motivación; potestades discrecionales.

Abstract: This investigation aims to demonstrate the existence of discretionary authority in public contracting matters—the one established in article 8 of Law 19.886. We analyze the doctrine and jurisprudence of the public contracting courts, the Supreme Court, and the Court of Appeals and how these jurisdictional organs have controlled it, especially when the fundamentals that sustain direct agreements do not comply with the principles of legality and motivation.

Keywords: Administrative Law; public contracts; direct agreements; motivation; discretionary authority.

La discrecionalidad administrativa en materia de contratación pública no ha sido un tema de gran desarrollo en doctrina ni en la jurisprudencia judicial y administrativa

Es frecuente observar que los conflictos generados a partir de la discrecionalidad surgen de temas laborales o relativos a la función pública, y, sobre todo, en materia sancionatoria, sin embargo, el ámbito de contratación pública no está exenta de pugnas con los particulares, razón por la cual nos pareció relevante efectuar un análisis respecto de la existencia de la discrecionalidad en esta materia y el control que se ejerce sobre su ejercicio.

El objetivo de la presente investigación es exponer la existencia de una potestad discrecional contenida en el artículo 8° de la Ley N° 19.886, que permite o faculta a la Administración, para elegir, entre las modalidades de licitación privada o trato directo, cuando se verifican las circunstancias de hecho que la misma norma prescribe. Así, al establecer como alternativas, igualmente válidas jurídicamente, la licitación privada y el trato directo, y establecer una cierta equivalencia entre los dos procedimientos, el órgano contratante se encuentra en la obligación de adoptar la decisión de manera racional y expresar los motivos que tuvo presente al momento de optar entre las opciones otorgadas por el legislador, lo que es de fundamental relevancia ante un eventual control de juridicidad por los tribunales de justicia.

Debemos considerar que la existencia de la discrecionalidad en materia administrativa es necesaria

para una eficiente satisfacción de necesidades públicas; sin embargo, resulta obligatorio que el ejercicio de las potestades discrecionales establecidas por la Constitución y la ley, por parte de los órganos de la Administración, se enmarque dentro del principio de juridicidad, exento de toda arbitrariedad y destinado al cumplimiento del fin que dispuso la respectiva norma.

Por su parte, se debe tener presente que la dictación de la Ley N° 19.886, conforme a su mensaje, buscó lograr un eficiente uso en los recursos fiscales, con una mayor transparencia en el actuar de los órganos de la Administración, resultando fundamental, según estimamos, que dicho cuerpo legal haya previsto y considerado potestades discrecionales, las cuales, deben ser siempre ejercidas de manera fundada y dirigidas a la finalidad que consideró dicho cuerpo legal.

De acuerdo con ello, esta investigación comenzará con una breve descripción del principio de juridicidad. Luego, se expondrá una vinculación entre la actuación administrativa y la discrecionalidad, y los fundamentos para que exista la discrecionalidad, se analizará la necesidad de la razonabilidad y fundamentación del acto discrecional, la motivación en el ejercicio de las potestades discrecionales, la discrecionalidad en la contratación pública y en la Ley N° 19.886, el control de las potestades discrecionales y particularmente sobre la potestad discrecional del artículo 8° de la Ley N° 19.886, revisando la principal jurisprudencia judicial y administrativa sobre la materia.

1. Principio de juridicidad

Antes de iniciar el análisis de la discrecionalidad administrativa en materia de compras públicas, y particularmente sobre la facultad de contratar mediante licitación privada o trato directo, resulta necesario efectuar ciertas consideraciones.

Los artículos 6. ° y 7. ° de la Constitución Política de la República consagran el denominado principio de juridicidad, el cual obliga a los órganos de la Administración a someter su actuación a la Constitución Política y a la ley, lo que implica que solo estas pueden

crear entes u organismos públicos y determinar sus atribuciones y competencia, todo ello con la finalidad de satisfacer necesidades públicas.

La Administración debe sujetarse en su actuar al derecho, y debe ser este mismo quien establezca las acciones que los órganos administrativos deben realizar, cómo deben realizarlas, cuándo, por qué y para qué, lo que significa que es el ordenamiento jurídico quien dota a un órgano público de potestades públicas denominadas “[p]oderes jurídicos que el legislador construye para la mejor satisfacción de las necesidades públicas, atribuyéndoles precisa y expresamente a determinado órgano de un sujeto jurídico” (Soto Kloss, 2010, p. 132), quienes deben ejercerlas en conformidad y dentro de los límites que, como ya se indicó, establezca la Constitución

y la ley.

Lo expuesto anteriormente constituye el primer antecedente en materia de potestades públicas, debiendo agregarse que toda potestad administrativa ha sido “otorgada en consideración a un fin, a una función; de ahí que su segundo momento, el ejercicio de la misma, queda abierto a un examen que va más allá de la pura ley previa” (Huepe, 2018, Prólogo, XII), y es la misma finalidad de la potestad la que justifica su propia existencia, entendiendo que existen en el ordenamiento jurídico chileno potestades públicas “de los órganos administrativos, las que se configuran como poderes exorbitantes frente a los derechos de los particulares, pero fundamentados en los intereses públicos que tutelan” (Ferrada, 2007, p. 78).

2. Actuación administrativa y discrecionalidad

La consagración constitucional o legal de potestades públicas constituye el antecedente para el actuar de los órganos de la Administración, debiendo entenderse por tanto que “[l]a habilitación, programación y determinación de la acción administrativa en los diferentes sectores o ámbitos de la realidad social ha de tener lugar siempre mediante las correspondientes operaciones legislativas de atribución de las consiguientes potestades materiales” (Parejo, 2012, p. 264).

Tal como señala el profesor Ferrada, “[l]as potestades administrativas son de distinta intensidad y tienen contenido diverso, aunque todas ellas están encaminadas a satisfacer los intereses públicos puestos bajo la tutela de la organización administrativa por el ordenamiento jurídico” (Ferrada, 2007, p. 78).

El margen o ámbito con que cuentan los órganos de la Administración para accionar y ejercer sus

potestades públicas no es rígido en el ordenamiento jurídico, “es el legislador el que delimita las potestades de la Administración con distintos grados de concreción, conforme al principio de reserva legal” (Saavedra, 2011, p. 13), o dicho de otra manera,

La diversa forma de la atribución y la distinta textura y densidad de aquella regulación y, con ella, de la programación jurídica de la AP determina que la acción de ésta opere siempre en una específica tensión entre libertad y vinculación. Consecuentemente, existen zonas de la acción administrativa en las que la AP opera con grados diversos de libertad, que en algunos supuestos llegan a ser apreciables (Parejo, 2012, p. 265).

En este contexto es que puede distinguirse entre potestades regladas y potestades discrecionales, considerándose las primeras como aquellas en que

la Administración sólo debe aplicar a un supuesto de hecho la consecuencia jurídica predeterminada por la ley, ya que la norma ha determinado agotadora y exhaustivamente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad” (Saavedra, 2011, p. 13),

y las segundas corresponden a las que “la ley entrega a la Administración la posibilidad de elegir entre distintas opciones admisibles, todas las cuales serán tenidas como válidas frente al ordenamiento jurídico” (Saavedra, 2011, p. 13).

Resulta claro que en el ejercicio de potestades discrecionales existe un margen de libertad o apreciación distinto al contenido en las potestades regladas. Lo expone con claridad el profesor Soto Kloss en la siguiente cita: “La discrecionalidad es libertad de apreciación para decidir, frente a determinados hechos objetivos —que la ley ha descrito o previsto como necesidad pública—, la adopción de la mejor medida a fin de satisfacer una determinada necesidad pública” (Soto Kloss, 2010, p. 378). Esta libertad con que cuentan los órganos de la Administración en su actuar debe estar siempre enmarcado en el principio de juridicidad, señalado precedentemente,

(...) esa libertad no puede ser concebida como una facultad de autodeterminación absoluta, fuera de toda ley, ya que por una parte, de suyo la libertad supone una ley previa que permita elegir entre varias posibilidades y decidir según lo que se adecue a ella o no; y por la otra, no puede olvidarse que ningún órgano del Estado puede actuar, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, sino en la medida que haya sido previa y expresamente habilitado por la Constitución o la ley (Soto Kloss, 2010, p. 378).

Por su parte, Luciano Parejo agrega en relación a la potestad reglada que, “[e]n el ejercicio de este tipo de potestad y competencia sólo hay una única solución correcta, derivable de la aplicación de la mencionada técnica jurídica” (Parejo, 2012, p. 266), con lo que resulta afecta al control judicial en todos sus ámbitos, a diferencia de lo que ocurre con la potestad discrecional,

que “no anticipa o programa, en todos o al menos en algunos de sus aspectos, el resultado de su ejercicio, de suerte que remite (en grado variable) la toma de la decisión pertinente al juicio o a la voluntad de la propia AP” (Parejo, 2012, p. 266), indicando, además, que “[l]a entrega de la decisión a la AP supone el reconocimiento a ésta de una cierta (mayor o menor, según los casos) libertad, cuyo ejercicio sólo parcialmente es fiscalizable —en cuanto al fondo— desde criterios estrictamente jurídicos” (Parejo, 2012, p. 266).

La aseveración antes indicada, en torno a que las potestades discrecionales no podrían ser del todo controlables jurisdiccionalmente, obedece al hecho de que existen aspectos de mérito u oportunidad, cuya resolución la ley ha entregado a la Administración. Tal como ha indicado el profesor Arancibia Mattar, la discrecionalidad administrativa es:

Una facultad atribuida por ley a un órgano de la Administración del Estado, para que éste, frente a una determinada situación que motive su actuar, pueda adoptar libremente, y dentro de los márgenes que le fija el ordenamiento jurídico, la decisión que estime más razonable, conveniente, oportuna, eficaz y proporcionada de acuerdo a los antecedentes que la justifican, evitando así incurrir en un acto u omisión arbitrario (Arancibia, 1996, pp. 104-105).

En el mismo sentido, Luciano Parejo ha sostenido que “mediante la potestad discrecional el legislador atribuye al órgano administrativo la facultad de apreciar en cada supuesto lo mejor para el interés público con libertad de elección entre alternativas justas, decidiendo por criterios de oportunidad, económicos o sociales” (Parejo, 2012, p. 267), razón por la cual estimamos que no podría existir un completo control judicial en el ámbito de las potestades discrecionales, por cuanto constituiría, a nuestro juicio, una vulneración del principio de separación de poderes y una intervención directa en un ámbito que el legislador entregó a la Administración, por lo que se estima procedente una revisión jurídica del ejercicio de la potestad discrecional, mas no un cuestionamiento del mérito de la decisión.

3. Fundamentos para que exista la discrecionalidad

Compartimos la noción de Fabián Huepe en el sentido de que la discrecionalidad debe observarse “como una realidad que está ahí, necesaria para el cumplimiento de los fines de la Administración” (Huepe, 2018, p. 159) y “como técnica de atribución de potestades en el Estado constitucional moderno, constituye una necesidad para que la Administración realice sus cometidos y funciones, conforme a los fines de bien común e intereses generales que le impone la Constitución Política” (Saavedra, 2011, p. 42).

Los principios de eficiencia y eficacia a que deben dar cumplimiento los órganos de la Administración, consagrados en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, obligan a contar con una regulación más ágil y flexible, que permita a los órganos públicos adecuarse a las múltiples y variadas necesidades que deben satisfacer. Resulta imposible contar con un ordenamiento jurídico que contemple todas y cada una de las hipótesis que puedan presentarse en la realidad jurídica y menos aún consagrar solo potestades regladas.

Asimismo,

[l]a creciente dictación de normas legales y reglamentarias de carácter técnico, especialmente en el área económica (Derecho Administrativo Económico), cuya característica es su alta flexibilidad y dinamismo, hacen imposible su cristalización en normas legales y reglamentarias rígidas, lo que desde luego lleva al aumento de la potestad

discrecional (Huepe, 2018, p. 161),

por lo que la discrecionalidad constituye un elemento fundamental en el ejercicio de potestades y en la satisfacción de las necesidades públicas.

Por otro lado, si consideramos que

La ley es una norma abstracta por naturaleza, su vocación de generalidad le impide prever todas las posibles circunstancias concurrentes en un supuesto específico. Como consecuencia de ello, la atribución de potestades a la Administración contempla ámbitos o espacios para que aquella pueda concretar la programación contenida en la norma respectiva, a través de la integración de criterios o elementos que sólo dicha autoridad, atendida su posición, puede efectuar (Gómez, 2020, p. 200).

De esta manera, resulta fundamental la consagración de potestades discrecionales a fin de otorgar una mayor agilidad y eficiencia en la satisfacción de necesidades públicas, y consideramos que no debería existir reticencia por parte de la doctrina a la libertad que otorgan las potestades discrecionales a la Administración, por cuanto, como se indicó, contribuyen a la gestión del propio Estado. Sin perjuicio de ello, donde sí creemos que puede estar presente la crítica y la mayor preocupación, es en el deber de los órganos de la Administración de ejercer legítimamente dichas potestades, de manera razonable y fundada, como se expondrá a continuación.

4. Razonabilidad y fundamentación del acto discrecional

El derecho exige por parte de los órganos de la Administración un actuar razonable y racional. Las decisiones que se adoptan exigen “un esfuerzo permanente de justificación de dichas decisiones que muestre su carácter razonable y plausible y pueda acreditar por ello la imprescindible legitimidad de ejercicio de sus autores” (Huepe, 2018, p. 188).

La discrecionalidad de la Administración no excluye en ningún caso los conceptos antes indicados. Lo anterior se traduce en que, al optar por una u otra opción legalmente válida, y efectuar dicha elección con un cierto grado de libertad, los órganos de la Administración se encuentran ante la obligación de exponer los fundamentos que le permitieron adoptar la decisión en cuestión, la cual

no basta que sea solo racional (esto es, correcta desde su lógica interna, su lógica formal), sino que además debe ser razonable (esto es, correcta desde su lógica externa, su lógica material), es decir, justificada interna y externamente y por lo tanto, correcta formal y materialmente (Huepe, 2018, p. 202).

Por lo tanto, para don Eduardo Soto Kloss, es lo racional o

la razón, en consecuencia, la norma reguladora de actuar del órgano administrativo dotado de discrecionalidad por la ley para decidir de un modo u otro; pero para obtener del modo más óptimo — de acuerdo con las circunstancias de hecho— la satisfacción de una determinada necesidad pública (Soto Kloss, 2010, p. 378).

Así, siguiendo la línea del mismo autor, postura que compartimos,

la discrecionalidad exige el uso de un arbitrio razonable, y en donde éste no se dé, esto es en donde no concurre, habrá <arbitrariedad>, ausencia de razonabilidad y, por ende, acto nulo, viciado, contrario a Derecho, por desproporcionado, inidóneo, ineficiente, inoportuno (Soto Kloss, 2010, p. 379).

A pesar de que algunos autores han criticado la aplicación del concepto de arbitrariedad en planos ajenos a lo político, lo cierto es que la doctrina sí relaciona en sentido opuesto los conceptos de razonabilidad y arbitrariedad al indicar que

el concepto de arbitrariedad se conecta, primariamente con la razonabilidad en el sentido de afirmar que la arbitrariedad es lo contrario a la razón, de tal manera que, si lo conforme a la razón es lo racional y razonable, entonces lo contrario a la razón es lo arbitrario, esto es, lo irracional y lo irrazonable, porque también lo irracional y o irrazonable son especies del género arbitrariedad (Huepe, 2018, p. 213).

La doctrina también ha vinculado el concepto de discrecionalidad y arbitrariedad, al indicar que esta última “es la vulneración del uso razonable con que los elementos discrecionales de un poder jurídico han de ser ejercidos o actualizados, vulneración que origina un acto arbitrario, o una omisión arbitraria” (Huepe, 2018, p. 214), al igual que la jurisprudencia administrativa, según consta en dictamen N° 38.859 de 2006, mediante el cual, la Contraloría General de la República (CGR) sostiene que el principio de juridicidad exige que “los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan al mero capricho de la autoridad, pues en tal caso, resultarían arbitrarios y, por ende, ilegítimos. (Aplica dictamen N° 42.268, de 2004)”.

5. La motivación en el ejercicio de las potestades discrecionales

Ya hemos precisado que toda actuación administrativa debe ser razonable y racional, enmarcada en el principio de juridicidad y destinada al cumplimiento de la finalidad que establece la propia Constitución o la ley, la que se reflejará o manifestará mediante la dictación de un acto administrativo.

No existe duda de que toda actuación y acto administrativo por parte de la Administración va a tener motivos: “Es evidente que todo a/a debe obedecer en cuanto obra humana que es a ciertos motivos, justificaciones o fundamentos, a un móvil o a un por qué (sic) que le habrá de servir de causa” (Aróstica, 1986, p. 501). Sin embargo, ¿es exigible para sus órganos expresar dichos motivos?

La motivación, tal como indica el profesor Aróstica, consiste básicamente en expresar los motivos que sirvieron de fundamento para la Administración al momento de adoptar una decisión, y esta actividad, al ser “una actividad condicionada por el derecho, y por ende subordinada y condicionada por él, cada vez que un agente u órgano público dinamice una potestad, está obligado a justificarla, es decir a fundamentarla y a motivar su decisión” (Aróstica, 1986, p. 501).

El inciso segundo del artículo 11 de la Ley N° 19.880 establece:

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.

Aparentemente, la norma solo establece la obligación de los órganos de la Administración de expresar los

fundamentos de sus actos cuando se vean afectados los derechos de particulares o se resuelvan recursos administrativos.

Sin embargo, a partir del artículo 16 del mismo cuerpo legal que “El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él”; y el artículo 13, inciso segundo de la Ley N° 18.575 indica que “[...] a función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueve el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella”, es posible desprender que, existe una obligación de manifestar los motivos de todas las decisiones que adoptan los organismos públicos.

La exposición de los fundamentos constituye el elemento central que permitirá ejercer un control real de la actuación administrativa en resguardo del principio de juridicidad y de los derechos de los particulares, y verificar además, si los motivos que tuvo en consideración la Administración se adecuan a la finalidad de la potestad.

Sobre esta materia, la Contraloría General de la República, en dictamen N° 23.518 de 2016, ha precisado que

la exigencia de fundamentación de los actos administrativos se vincula con el recto ejercicio de las potestades otorgadas a la Administración activa, toda vez que permite cautelar que éstas se ejerzan de acuerdo a los principios de juridicidad —el que lleva implícito el de racionalidad—, evitando todo abuso o exceso, de acuerdo con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 2.° de la ley N° 18.575 —Orgánica Constitucional de

Bases Generales de la Administración del Estado—, y de igualdad y no discriminación arbitraria —contenido en el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental— como, asimismo, velar porque tales facultades se ejerzan en concordancia con el objetivo considerado por el ordenamiento jurídico al conferirlas.

A nuestro juicio, y tal como ya expresamos, todas las decisiones de la Administración deben exteriorizar sus fundamentos, y en aquellos casos en que los órganos ejerzan una potestad discrecional, el deber de motivación es indudable, tal como lo confirma la Contraloría General de la República en dictamen N° 38.859 de 2006 al señalar que “la autoridad debe fundamentar todas las decisiones que adopte, máxime si son discrecionales”.

Cuando indicamos que todo órgano de la Administración se encuentra obligado a expresar los fundamentos que motivan su actuar, entendemos que se incluye también la manifestación de la finalidad del respectivo acto. El único mecanismo para analizar si efectivamente la actuación por parte de la Administración es justa, es mediante la manifestación de los motivos y la finalidad en el acto administrativo correspondiente, pudiendo de esta manera controlarse por los organismos competentes “que dicho acto no sea realizado por un mero capricho o desviado de su fin” (Nutriplus S.A.

con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019). Sobre la materia, la CGR ha indicado que,

En este sentido, es menester señalar, que la dictación de actos administrativos que corresponden al ejercicio de potestades discrecionales -como el que se analiza-, exigen un especial y cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración de motivar sus actos, lo que tiene por objeto asegurar que ellos no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, esto es, que dichos actos cuenten con un fundamento racional y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente (Dictamen N° 36.029, 2005).

A modo ejemplar, resulta útil destacar que en materia de contratación administrativa, el año 2015, se incorporó en el propio reglamento de la Ley N° 19.886 un inciso en su artículo 10, que establece expresamente que “la contratación indebidamente fundada en una o más de las causales indicadas en la presente norma, generará las responsabilidades administrativas que, de acuerdo a la legislación vigente, pudieren corresponder”, lo que constituye, a nuestro juicio, una manifestación de la obligatoriedad de motivar los actos administrativos, expresando sus fundamentos y finalidad.

6. Discrecionalidad en la contratación pública

Luciano Parejo señala que la discrecionalidad siempre o generalmente opera sobre supuestos de hecho otorgados por la norma, existiendo para la Administración facultades en el ámbito volitivo (Parejo, 2012, p. 272).

Respecto de la discrecionalidad en el ámbito de la contratación administrativa resulta necesario iniciar el análisis con el artículo 9.º de la Ley N° 18.575 “Orgánica

Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”, que dispone que la licitación pública constituye la regla general en materia de contratación administrativa. Sin perjuicio de ello, la misma disposición legal establece la posibilidad de contratar mediante el procedimiento de licitación privada, previa resolución fundada que lo disponga o por trato directo, en aquellos casos que “por la naturaleza de la negociación corresponda acudir” a él

(Artículo 9, inciso final, Ley 18.575).

Sobre el particular, la Contraloría General de la República ha entendido, según consta en dictámenes N° 4.800 de 2017 y N° 4.276 de 2019, que la licitación pública constituye la regla general, salvo que existan situaciones excepcionales que ameriten recurrir a los procedimientos de licitación privada o trato directo, señalando de manera expresa que:

debe ser el propio servicio quien califique y acredite la concurrencia de las circunstancias que configuran dichas causales autorizando la procedencia de estas formas de contratación por medio de una resolución fundada. Además, dado el carácter excepcional de estas modalidades, se requiere una demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia.

A partir de la lectura del mencionado artículo 9.° de la Ley N° 18.575, entendemos que existe discrecionalidad para la Administración en la decisión de contratar por un mecanismo distinto a la licitación pública. Sobre ello, es posible observar que los supuestos de hecho que deberían estar definidos por la ley para que la Administración ejerza su facultad discrecional —para contratar mediante licitación privada o trato directo— están ausentes, es la Administración quien debe determinar, prácticamente con plena libertad, las situaciones respecto de las cuales sería aplicable alguno de dichos mecanismos, en aquellos casos en que no existe una normativa específica, como ocurre con la contratación relativa a bienes inmuebles¹.

La norma se limita a exigir, en el caso de la licitación privada, que se efectúe “previa resolución fundada que lo disponga”, sin disponer expresamente las causales respecto de las cuales procedería dicho mecanismo de contratación, y solo se limita a indicar que debe efectuarse por resolución fundada, lo que resulta evidente, por cuanto la resolución es el medio por el cual la Administración decide, debiendo siempre ser fundada; y en el caso del trato directo, otorga a la Administración la facultad de dar contenido a dicho concepto de manera autónoma al indicar “por la naturaleza de la negociación”.

Estimamos que en la norma antes citada se presenta un exceso de libertad para la Administración, teniendo presente que en todas aquellas contrataciones que efectúan los órganos de la Administración que no son regidas por la Ley N° 19.886, como, por ejemplo, una enajenación de bien inmueble, tendrían un margen bastante amplio para el análisis y la determinación de aquellas situaciones respecto de las cuales procedería aplicar los procedimientos de licitación privada o trato directo.

Sobre ello, consideramos que al no establecer los hechos que determinan el ejercicio de la potestad, se podría generar una dificultad al momento de controlar el ejercicio de la potestad entregada a la Administración, limitándose dicho control a examinar eventuales vicios de forma, desviación de fin o cumplimiento de principios, mas no un análisis respecto de la exactitud de los hechos que motivaron una licitación privada o trato directo o de su calificación jurídica, por cuanto, como se señaló, la norma no los prevé.

¹ En la mayoría de los casos, el artículo 9.° de la Ley N° 18.575 opera como una regla general, para posteriormente aplicar la normativa específica. A modo de ejemplo, en materia de suministro de bienes y contratación de servicios, la regla general está establecida por el mencionado artículo 9°, sin embargo, es la Ley N° 19.886 y su reglamento, los que, en definitiva, establecerán las situaciones de hecho respecto de las cuales la Administración se encuentra habilitada para contratar vía licitación pública, privada o trato directo.

Por otro lado, existen contrataciones, como la adquisición o enajenación de bienes inmuebles, que no cuentan con normativa específica, y por lo tanto, el artículo 9.° ya indicado, deja de ser una regla general y pasa a constituir la normativa aplicable. En estos casos, cuando la norma omite establecer las circunstancias de hecho respecto a las cuales se puede optar por una u otra modalidad de contratación, es donde estimamos que la Administración goza de una “libertad amplia”.

Una situación distinta ocurre con la Ley N° 19.886 que rige los contratos que celebren los órganos de la Administración del Estado para el suministro de bienes y servicios, por cuanto, si bien aplica el mismo principio establecido en el inciso primero del artículo 9.º de la

Ley N° 18.575, esto es, que la licitación pública es la regla general en materia de contratación pública, sí establece expresamente las situaciones fácticas en que la Administración se encuentra habilitada para recurrir a los procedimientos de licitación privada o trato directo.

7. Discrecionalidad en la contratación bajo la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios

Como ya fue enunciado, la discrecionalidad que se presenta en el artículo 8.º de la Ley N° 19.886 tiene un contenido diverso a la prevista en el artículo 9.º de la Ley N° 18.575.

El artículo 8.º de la Ley N° 19.886 inicia su redacción de la siguiente manera: “Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan...”, estableciendo, por tanto, de manera taxativa los casos en que resulta procedente la licitación privada o trato directo y habilitando con ello a la Administración para optar por cualquiera de estos dos procedimientos, si se verifica alguna de las situaciones que la norma dispone.

Conforme indican los casos de las letras b), c), d), e), f) y h) del ya indicado artículo 8.º, verificadas las circunstancias de hecho que se describen en dichas disposiciones, la Administración se encuentra amparada legalmente para optar entre las dos opciones jurídicamente válidas, estas son la licitación privada o el trato directo.

No resulta baladí hacer presente, como ya hemos analizado en extenso, que el ejercicio de la potestad de la Administración establecida en el artículo 8.º de la Ley 19.886 —que estimamos es discrecional por permitir optar, ante las mismas situaciones de hecho, por la

licitación privada o trato directo— debe materializarse a través de un acto administrativo que exprese los fundamentos de su decisión así como también su finalidad, no pudiendo constituir en ningún caso “un llamado a la arbitrariedad ni a la desviada interpretación de las mismas” (Flores, 2020, p. 121).

Otro aspecto que estimamos merece ser enunciado es el hecho de que el artículo 8.º ya indicado contempla, en alguno de sus literales, conceptos jurídicos indeterminados que permiten a la Administración un mayor margen de apreciación, como ocurre a modo ejemplar, con sus letras c) y f), que utilizan conceptos como emergencia, urgencia o imprevisto como también seguridad e interés nacional, respectivamente.

Existen distintas posturas respecto de si se presenta discrecionalidad en los conceptos jurídicos indeterminados, como la de Luciano Parejo que indica:

[l]os conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, urgencia, buena fe, falta de probidad, necesidades del servicio, causa de utilidad pública o interés social, proposición más ventajosa, etc.) son verdaderos conceptos jurídicos, que definen (igual que los determinados) un preciso supuesto legal, sin perjuicio de dar lugar —por su abstracción y falta de

concreción — a una específica dificultad en la aplicación al caso y, por tanto, una cierta facultad de apreciación interpretativa, mientras que la verdadera y estricta discrecionalidad sólo se produce en términos de libre arbitrio de actuación o decisión (discrecionalidad volitiva) y nunca de mera libertad interpretativa de un supuesto legal (discrecionalidad cognitiva)”.

En sentido contrario, el Tribunal Constitucional peruano indica:

(...) la discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho toda vez que atañe los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad, lo que incide en tres (03) grados o tipos de discrecionalidad. En efecto, (i) la discrecionalidad puede ser mayor cuando el margen de decisión no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno, quedando como marco la normativa general como lo son las Constituciones; (ii) la discrecionalidad intermedia donde el margen de decisión se encuentra

condicionado con un concepto jurídico indeterminado pero que puede ser colmado por una lectura integral de otros cuerpos normativos; y, finalmente, (iii) la discrecionalidad menor es aquella en donde el margen se encuentra claramente constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la norma (Gallo, 2018, p. 266).

Sin embargo, lo cierto es que los conceptos jurídicos indeterminados que considera el artículo 8. ° de la Ley N° 19.886 otorgan a la Administración un margen de apreciación mayor, controlable por cierto, al momento de decidir entre el procedimiento de licitación privada o trato directo, y son los órganos públicos quienes deben otorgar contenido a las hipótesis indicadas por la ley, a través de la fundamentación del respectivo acto administrativo, por lo que deben en primer lugar analizar si se verifican las circunstancias que dan lugar al concepto jurídico indeterminado y, luego, ejercer su potestad discrecional eligiendo entre la licitación privada o el trato directo.

8. Control de las potestades discrecionales

8.1. Generalidades

En términos simples, podemos indicar que el control de una potestad discrecional constituye el mecanismo por el cual un órgano externo, sea Contraloría General de la República o tribunales de justicia, verifica o fiscaliza que la actuación de un órgano de la Administración, en el ejercicio de una potestad discrecional, cumple con el principio de juridicidad y razonabilidad exigidos por la Constitución y la ley.

Lo cierto es que toda potestad es controlable. La diferencia entre los distintos autores se refiere a los elementos que permiten el control, a modo de ejemplo,

García Enterría sostiene que se controla a través de los elementos reglados de la discrecionalidad (existencia de la potestad, extensión concreta, fin, competencia), control de los hechos determinantes, control a través de los conceptos jurídicos indeterminados, control por los principios generales de Derecho. A su vez, el actual Contralor General de la República expone (Bermúdez, 1996, p. 278) que el control se ejerce de los elementos reglados, de los hechos determinantes, del fin de la potestad y de los principios generales del derecho.

Como indica Fabián Huepe, el control de un acto administrativo discrecional se inicia con una revisión de los elementos de todo acto administrativo, es decir,

competencia, motivos, objeto, fin y forma, debiendo agregarse que

para el control de la discrecionalidad misma, deben analizarse de manera especial principalmente los motivos del acto (aunque también de cierta manera el objeto y fin que están relacionados) en cuanto a si los fundamentos, razones o argumentos indicados en los motivos del acto administrativo y que le sirvieron de justificación (y que normalmente se conocen en la motivación del acto) respetaron el principio de razonabilidad, o pasaron el test o regla de razonabilidad, en cuanto a si estos motivos o razones fueron consistentes, coherentes y proporcionadas con la decisión final (Huepe, 2018, p. 258).

Resulta necesario agregar también la postura de Luciano Parejo respecto de las técnicas de control de la discrecionalidad, quien indica que

La peculiaridad principal de estas técnicas consiste precisamente en su límite, en la medida en que su virtualidad real es la de cernir los elementos en realidad no discrecionales incrustados en la potestad-competencia discrecional y asegurar el respeto del umbral legítimo de la estricta discrecionalidad (núcleo de la misma); de ahí que no habiliten a los Tribunales para sustituir, por una propia, las decisiones administrativas de este último carácter (Parejo, 2012, p. 273).

Agrega el mismo autor que el control ejercido sobre las potestades discrecionales, radicaría en los elementos reglados (potestad, competencia, procedimiento y fin), los hechos determinantes y en el control basado en los principios generales del derecho.

Ahora bien, en materia de control de potestades administrativas, resulta necesario exponer que

concordamos con la postura de Luciano Parejo, debiendo hacer presente que el control de los hechos determinantes implica que debe existir una revisión de la existencia de ellos y de su relación con el supuesto legal, así como también un análisis respecto de la razonabilidad de la decisión adoptada.

Sobre este punto, en doctrina se discute si el control de razonabilidad debe ser positivo o negativo, el primero de ellos “muy conectado y de la mano con la tesis de la sustitución de la decisión administrativa por la decisión judicial, pero además termina conectándose irremediabilmente con aspectos de mérito, oportunidad o conveniencia del acto administrativo” (Huepe, 2018, p. 261), y el segundo hace referencia al “marco jurídico externo dentro del cual puede moverse con libertad el ejercicio de la discrecionalidad, de tal forma que solo se sancionará y corregirá la decisión que traspase o infrinja ese marco jurídico externo” (Huepe, 2018, p. 261). En cuanto a este tema, debemos indicar que somos de la opinión de que el control que debe realizarse respecto de las potestades discrecionales es negativo, debiendo efectuarse el análisis de la razonabilidad respecto si la decisión adoptada “fue razonable”, dentro del marco jurídico entregado por la ley, no correspondiendo una sustitución, por parte del órgano que controla, de la decisión adoptada por la Administración².

8.2. Técnicas de control aplicadas por la jurisprudencia judicial y administrativa

Sobre la materia, la Corte Suprema en causa Rol N° 38.914 de 2017, ha entendido:

Que la exigencia de motivación de los actos administrativos se relaciona directamente con el ejercicio de las potestades con las que está revestida la Administración. En efecto, en doctrina se distingue entre el ejercicio de facultades regladas y facultades

² La opinión expresada se funda en la concepción de que el control negativo busca revisar si la decisión adoptada es razonable sin evaluar, como ocurre en el caso del control positivo, si es efectivamente la “más razonable” o la “más proporcionada”.

discrecionales; en las primeras toda la actuación previa al nacimiento de un determinado acto administrativo se encuentra prevista y determinada en la ley, razón por la cual la autoridad debe ceñirse estrictamente a ella, tanto al verificar los supuestos de hecho como en el procedimiento que determina la decisión, que está igualmente regulada en relación a la situación fáctica que la origina. En cambio, en el ejercicio de las facultades discrecionales, si bien concurren etapas regladas y supuestos de hecho precisos, la Administración goza de cierto ámbito de libertad al momento de adoptar la decisión (Cygsa Chile S.A. con Dirección General de Obras Públicas, Consejo de Defensa del Estado, 2017, c. 8. °).

Agrega en el considerando noveno que existe discrepancia respecto del control de las potestades discrecionales, indicando que:

(...) es efectivo que no procede que los órganos jurisdiccionales sustituyan la decisión de la Administración realizando una nueva ponderación de los antecedentes que determinan la decisión; sin embargo, se debe ser enfático en señalar que aquello no excluye el control jurisdiccional respecto de los actos administrativos que tienen su origen en el ejercicio de una facultad de carácter discrecional por parte de la administración, toda vez que aquellos, como todo acto administrativo, deben cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza. Tal materia, puede y debe ser controlada por la judicatura en tanto exista un conflicto que ha sido puesto en su conocimiento, toda vez que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad (Cygsa Chile S.A. con Dirección General de Obras Públicas, Consejo de Defensa del Estado, 2017, c. 9. °).

En sentido similar, la Corte Suprema en causa Rol N° 18.835 de 2018 ha precisado:

que, si bien la división doctrinaria entre actos reglados y discrecionales es correcta, lo cierto es que en la realidad no existen actos puramente discrecionales, como tampoco estrictamente reglados; sino que hay actos en que el grado de discrecionalidad otorgado por la ley a la autoridad es mayor o menor. En este aspecto, se debe enfatizar que aun cuando en apariencia se otorgue un alto grado de discrecionalidad a la Administración, siempre existen aspectos que son reglados, cuya transgresión provoca la nulidad (Cygsa Chile S.A. con Dirección General de Obras Públicas, Consejo de Defensa del Estado, 2017, c. 12. °).

En el mismo considerando agrega que:

Interesa destacar que en los actos en que la Administración goza de mayor grado de discrecionalidad, no es ésta la que se controla por parte de los tribunales, sino que es el aspecto no discrecional el que se somete a escrutinio judicial. Justamente esa es la razón por la que se exige que el acto administrativo sea motivado, puesto que es la herramienta entregada para que el juez verifique la existencia de los hechos y su calificación jurídica, aspectos no discrecionales de todo acto administrativo. Así, por ejemplo, cuando la ley exige la presencia de determinados motivos y la Administración invoca uno que no existe, o cuando la ley no exige un motivo determinado, pero se invoca uno inexistente, el acto es ilegal, puesto que, como se ha señalado por la doctrina, la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad.

Asimismo resulta útil indicar que la Corte Suprema en la misma causa sostiene que

igualmente los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para realizar un control de los actos que tienen su origen en el ejercicio de facultades discrecionales, en tanto se debe verificar que exista norma que en forma expresa entregue a la Administración una amplia facultad para decidir y que los presupuestos de hecho que determinan el ejercicio

de tal facultad existan, como asimismo que el fin que ha sido previsto por el ordenamiento jurídico al otorgar la facultad jurisdiccional, se cumpla.

De esta manera, podemos concluir que la Corte Suprema en las sentencias citadas indica, al igual que los autores indicados en este numeral, que las potestades discrecionales son objeto de control jurisdiccional, contando ellas siempre con un ámbito reglado el que debe ser precisamente controlado, agregando, finalmente, que el control no implica la sustitución de la decisión de la Administración.

8.3. Control de la potestad discrecional del artículo 8.º de la Ley N° 19.886

Como primer aspecto debemos considerar que existen tres órganos que podrían ejercer un control sobre la Administración en relación con la potestad prevista en el artículo 8.º de la Ley N° 19.886. Estos son los tribunales ordinarios de justicia, la Contraloría General de la República y el Tribunal de Contratación Pública.

8.3.1. Control ejercido por la Corte Suprema

La Corte Suprema en causa Rol N° 18.454-2019, dictada el 13 de mayo de 2020, en relación con el ejercicio de la potestad de la Administración de contratar mediante trato directo por la causal prevista en el artículo 8.º letra c) de la Ley N° 19.886, confirmó el carácter de discrecional de dicha potestad al indicar que

no puede soslayarse que en el caso de marras se está en presencia de una facultad discrecional que es entregada por el legislador a la Administración, quien tiene la potestad de determinar, tras realizar un examen de conveniencia y de mérito, la contratación directa en la forma dispuesta en el artículo 8 letra c) de la Ley N° 19.886 y en el artículo 10 N° 3 de su Reglamento (Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, c. 13.º).

La Corte Suprema continúa el análisis en la misma

línea que hemos venido exponiendo al indicar que:

Discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En efecto, en doctrina se distingue entre el ejercicio de facultades regladas y facultades discrecionales. En el ejercicio de las facultades discrecionales, la Administración goza de cierto ámbito de libertad al momento de adoptar la decisión. Interesa destacar que, en este último caso, indudablemente existen etapas regladas, toda vez que debe existir norma expresa que entregue a un órgano determinado la libertad para decidir, ante precisos supuestos de hecho (Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, c. 13.º).

Resulta útil precisar que esta jurisprudencia argumenta de manera acorde con la doctrina que se ha expuesto en el presente trabajo al indicar en su considerando décimo tercero que

Tanto el ejercicio de la potestad reglada como la discrecional, está sujeta a los límites que determina su control por parte de la judicatura, desde que todo acto administrativo debe cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza. En efecto, la facultad discrecional sólo puede ser ejercida con fines públicos, pues de lo contrario se incurre en la denominada desviación de fin o poder (Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, c. 13.º).

Añade que corresponde que el tribunal realice un control de razonabilidad de la decisión “toda vez que no es admisible que una autoridad ejerza la facultad acudiendo al solo capricho.” ((Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, Corte Suprema, Causa Rol N° 18.454-2019, sentencia de 13 de mayo de 2020).

En esta causa, la Corte Suprema comienza el control efectuando en primer lugar un análisis respecto de ciertos

elementos reglados de la potestad, particularmente de la competencia de la autoridad que emite el acto administrativo y de la “causa legal que justifique la contratación directa como mecanismo de contratación” ((Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, c. 10. °), y concluye en su considerando noveno que la decisión fue adoptada por la autoridad competente y basada en una disposición legal y reglamentaria. Continúa su examen con el elemento relevante, que constituye justamente el ejercicio de la discrecionalidad relativo a “las circunstancias de hecho que configuran la causa legal habilitante para la procedencia del trato directo” ((Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, c. 10. °), efectuando un examen de razonabilidad, y termina afirmando que la decisión adoptada por la Administración no fue arbitraria, sino que explicitó las razones que motivaron su actuar, indicando que “el control judicial se agota al constatar que la recurrida se ha limitado a ejercer una facultad discrecional sin que se divise arbitrariedad en su ejercicio” ((Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, c. 14. °).

Habiendo efectuado una revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema, nos pudimos percatar de que no existe un número importante de causas relacionadas con la materia de estudio.

8.3.2. Control ejercido por el Tribunal de Contratación

Sin perjuicio de ello, además de la sentencia de la Corte Suprema ya expuesta, resulta útil analizar la causa Rol N° 14.471 de 2016 de la Corte de Apelaciones de Santiago, relativa a un recurso de protección interpuesto por una sociedad anónima, en contra de un jefe de servicio, por haber sido excluida de un procedimiento de contratación bajo la modalidad de trato directo.

En este caso, en el considerando noveno, se expone que la decisión del jefe de servicio,

en orden a excluir a la recurrente del proceso de Trato Directo, se funda en aquellas facultades discrecionales que emanan, precisamente, de esta excepcional

forma de contratación directa o trato directo y que lo habilita para designar directamente las empresas con las cuales va a contratar, siempre y cuando exista una resolución previa que autorice fundadamente esta forma de contratación, por encontrarse en una situación de emergencia, urgencia o imprevisto y se cuente con a lo menos, tres presupuestos. En todo caso, los antecedentes pretéritos de la empresa recurrente hacía razonable tenerlos en consideración al momento de ejercer la autoridad esta facultad discrecional. Así las cosas, el actuar de la recurrida no puede ser calificado de arbitrario.

La novedad de esta sentencia es que la Corte de Apelaciones en su considerando duodécimo precisa “a mayor abundamiento” que

resulta necesario hacer presente que para el caso sub judice el legislador ha previsto en el artículo 24 de la Ley N°19.886 las acciones de impugnación contra los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por dicha ley, la que debe ser ejercida ante el Tribunal de Contratación Pública, en un procedimiento contencioso, razón por la cual, la acción constitucional de protección no puede ser la vía idónea para conocer de este tipo de materias.

De acuerdo con el considerando citado, la Corte de Apelaciones de Santiago concluye que el tribunal competente para conocer sobre este tema es el Tribunal de Contratación Pública, por lo que resulta necesario exponer a continuación cómo ha resuelto estas controversias dicho tribunal.

Tal como indicó la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N° 14.471 de 2016, conforme al inciso primero del artículo 24 de la Ley N° 19.886, el Tribunal de Contratación Pública “será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos

administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley”, y agrega su inciso segundo que: “La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive”.

El propio Tribunal de Contratación Pública, según consta en la Cuenta Pública del año 2018, ha reconocido una limitación en su competencia para conocer sobre las contrataciones bajo la modalidad de trato directo, al señalar el entonces presidente del Tribunal que son “(...) las limitaciones propias de nuestra competencia que no nos permiten conocer de la ejecución del contrato o de la adquisición vía contratación directa (...)” (Tribunal de Contratación Pública, Cuenta Pública 2018).

En el mismo sentido, según consta en Causa Rol 115-2019, el Tribunal de Contratación Pública ha indicado:

Que, teniendo en consideración, que el trato o contratación directa no se encuentra comprendido dentro de las materias de conocimiento de este Tribunal, al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 24 señalado precedentemente, se declara que este Tribunal no es competente para conocer de la demanda de fojas 1 y siguientes (Coan Chile Spa con Junaeb, 2019, Rol de ingreso N° 115-2019 Tribunal Contratación Pública).

Teniendo en cuenta dicha interpretación, y la limitación en materia de competencia que ha aplicado el Tribunal de Contratación Pública, se puede afirmar que no existe jurisprudencia relevante en materia de trato directo y, particularmente, de potestades discrecionales en este ámbito. El tribunal toca aspectos de discrecionalidad respecto de las potestades de la Administración para declarar desierta una licitación o en el contexto de la evaluación de las comisiones evaluadoras, y refleja en

ciertas sentencias una confusión acerca del contenido de la discrecionalidad, equiparándola incluso con la arbitrariedad, según consta en las siguientes citas:

(...) la exigencia de fundamentación de los actos administrativos se relaciona con el recto ejercicio de las potestades otorgadas a la Administración; ya que permiten garantizar que las mismas se ejerzan de acuerdo a los principios de juridicidad el que lleva implícito el de racionalidad, evitando todo abuso o exceso o discrecionalidad (Paisajismo Cordillera S.A. con I. M. de Maipú, 2018, c. 36).

Conforme a lo indicado, cabe preguntarse ¿qué ocurre con el particular que pretende reclamar respecto del ejercicio de la potestad discrecional del artículo 8.º de la Ley N° 19.886 como ocurrió en la causa Rol N° 14.471 de 2016 de la Corte de Apelaciones de Santiago? ¿Cuál es el organismo competente para conocer respecto de la ilegalidad o arbitrariedad en el ejercicio de una potestad discrecional en el marco de un trato directo?

Teniendo presente lo expuesto por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa ya citada, en cuanto indica que el tribunal competente es el Tribunal de Contratación Pública, apreciación con la que concordamos, nos parece adecuado y pertinente efectuar una crítica a la supuesta falta de competencia que alude el propio Tribunal de Contratación Pública.

Según consta en la historia de la Ley N° 19.886, la creación del Tribunal de Contratación Pública no fue considerada en el mensaje, sino que tal organismo fue incorporado en el segundo trámite reglamentario³, precisando que “el proyecto crea un tribunal especial con competencia para el conocimiento y juzgamiento de los conflictos que pueden derivar de la aplicación, interpretación y cumplimiento de los actos jurídicos que se generarán con motivo de esta ley”.⁴

³ Segundo trámite constitucional: Senado, Oficio de Corte Suprema. Fecha 17 de junio, 2002. Oficio en Sesión 7. Legislatura 347.

⁴ Segundo trámite constitucional: Senado, Oficio de Corte Suprema. Fecha 17 de junio, 2002. Oficio en Sesión 7. Legislatura 347.

En el oficio de la Corte Suprema citado anteriormente, el profesor Mario Garrido Montt hace presente la competencia bien determinada del Tribunal, que abarca la aprobación de las bases hasta la adjudicación, a partir de lo discutido en el Primer Informe de Comisión de Constitución respecto de la creación de este Tribunal, en que se indica que la creación del propio sistema de compras requiere la existencia de

[una] instancia judicial específica, concordante con las decisiones de carácter internacional adoptadas por el país, ya que en la casi totalidad de los acuerdos comerciales internacionales se establecen tribunales especiales, independientes de la administración ordinaria de justicia, para resolver las disputas relacionadas con la contratación pública”⁵.

A pesar de ello, estimamos que el espíritu de la ley nunca fue excluir de la competencia del Tribunal de Contratación Pública las contrataciones bajo la modalidad de trato directo, sino que la intención era que el conocimiento de dicho tribunal abarque todos aquellos conflictos que se generen por la aplicación de la ley, y dicha restricción, desde la aprobación de las bases hasta la adjudicación, dice relación con un aspecto más temporal y no sustantivo.

Sobre el particular, consta en el mismo Informe de Comisión de Constitución, que se discutió, incluso, sobre la creación de los tribunales contencioso administrativos, y atendido que ello merecía un mayor tiempo de análisis, se creó este Tribunal, con el objeto de que sea un organismo el que conozca sobre los conflictos que se generan a partir de la aplicación de la Ley N° 19.886.

Nuestra postura acerca de que la competencia del Tribunal de Contratación Pública abarca también los tratos directos es sostenida por la Corte Suprema, según consta en sentencia de fecha 13 de mayo de 2020 de causa Rol N° 18.454-2019, en la que señala

que a la contratación pública se le aplican los principios de todo procedimiento, como son los de escrituración, gratuidad, celeridad, que sea conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, no formalización, abstención, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad, y es el principio de impugnabilidad previsto en los artículos 4 y 15 de la Ley N° 19.880, que debe servir de orientación en la interpretación de las reglas de competencia establecidas en los incisos 1.° y 2.° del artículo 24 de la Ley N° 19.886.

En la citada sentencia, la Corte Suprema interpreta que, sin perjuicio de que la contratación mediante trato directo no se encuentra incluida expresamente dentro de la competencia de ese tribunal, se puede desprender que este sí podría resolver acciones de impugnación que se susciten con motivo de dicha contratación, destacando que, aun así, esta es materia que le corresponde aclarar al legislador, según consta a continuación:

Noveno: Así las cosas, considerando que el legislador no ha excluido de manera expresa la modalidad de trato directo dentro de la competencia del Tribunal de Contratación Pública; lo dispuesto en los artículos 5 y 7 de la Ley N° 19.886; el principio de impugnabilidad contemplado en los artículos 4 y 15 de la Ley N° 19.880; y que el artículo 52 del Reglamento de la Ley N° 19.886 hace aplicables a la contratación directa las normas de la licitación pública y de la licitación privada, en principio cabría reconsiderar la jurisprudencia del señalado Tribunal, sin perjuicio de reconocer que la materia en última instancia debe ser resuelta por el Legislador, toda vez que las reglas de competencia no sólo deben ser establecidas por la ley, sino que además han de ser claras, precisas y determinadas, a fin de no desbordar los límites impuestos por los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República (Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas, 2019, c. 9.°).

⁵ Senado. Fecha 18 de noviembre, 2002. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 20. Legislatura 348.

Atendida la intención del legislador al crear el Tribunal de Contratación Pública, estimamos que no resulta aceptable que sea este propio organismo quien deje en indefensión a los particulares cuando se sienten vulnerados en sus derechos y, aún más, que a la fecha este conflicto de competencia no haya sido solucionado por el legislador. No resulta irrelevante el hecho de excluir del conocimiento del Tribunal de Contratación Pública aquellos conflictos generados por contrataciones emanadas de tratos directos, por cuanto se genera una distinción infundada entre el particular cuyo contrato emana de una licitación versus el que proviene de un trato directo, con la consecuente indefensión del primero y una mayor carga para él, por lo que este debe recurrir a instancias administrativas, reclamar ante la Contraloría General de la República o ventilar la controversia ante los Tribunales Ordinarios, en contraposición al particular que participó de una licitación, pública o privada, quien cuenta con un tribunal especial que resolverá de manera más ágil.

Cabe agregar que el presidente de la república presentó un Mensaje con fecha 30 de marzo de 2021 (conforme consta en el boletín 14137-05) con el que inicia un proyecto de ley que moderniza la ley N° 19.886 y otras leyes para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del estado.

El proyecto indicado, entre otros aspectos, pretende modificar el actual artículo 24 de la Ley N° 19.886, ampliando la competencia del Tribunal de Contratación Pública; y establece lo siguiente:

Artículo 24.- El Tribunal de Contratación Pública será competente para conocer:

1. De la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos de contratación con organismos del Estado afectos al régimen señalado en los incisos tercero y cuarto del artículo 1°.

2. De la acción de impugnación interpuesta contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos durante la ejecución de un contrato administrativo con los organismos del Estado afectos al régimen señalado en los incisos tercero y cuarto del artículo 1°.

3. De la acción de impugnación contra cualquier acto ilegal o arbitrario cometido por la Dirección de Compras y Contratación Pública, en los procedimientos y acciones relativas al Registro de Proveedores, contemplado en el artículo 16.

4. Del requerimiento de impugnación señalado en el artículo 30 quater, contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos de contratación con organismos de la Administración del Estado, solicitado por la Dirección de Compras y Contratación Pública.

5. De la acción de nulidad contra los contratos celebrados por los órganos de la Administración del Estado, con infracción de las normas del Título VII de la presente ley.

La mencionada modificación de la Ley N° 19.886, la cual, a marzo de 2022, se encuentra en el segundo trámite constitucional en el Senado, vendría a corregir la falta de competencia del Tribunal, por cuanto, en su numeral 1 establece que su conocimiento se extiende a todo tipo de contratación, sin efectuar distinción o exclusión en cuanto a la modalidad de ella. En consideración a lo expuesto, una vez publicado como ley el proyecto en cuestión, estimamos que no deberían surgir los conflictos de competencia expuestos en este título en situaciones futuras, no pudiendo el Tribunal de Contratación Pública excusarse de conocer los conflictos que se generen en los procedimientos de contratación, independientemente de la modalidad adoptada.

8.3.3. Control ejercido por la Contraloría General de la República

Finalmente, cabe analizar la vía que actualmente muchos particulares utilizan, y que corresponde a

las denuncias o solicitudes que se presentan ante la Contraloría General de la República.

Este organismo, en ciertos casos, ha manifestado su deber de abstención frente a la competencia que corresponde al Tribunal de Contratación Pública, según consta en Dictamen N° 43.048 de 10 de agosto de 2009:

(...) cabe concluir —en conformidad a lo manifestado en los dictámenes N°s 55.887, de 2004 y 30.231, de 2009, de esta Entidad de Control—, que la referida ley N° 19.886 contempla un procedimiento especial de reclamación en contra de las cuestiones que se susciten durante la tramitación de las licitaciones y la adjudicación de los contratos, estableciendo además un órgano jurisdiccional encargado de conocer y resolver dichas impugnaciones, sin que resulten procedentes, por ende, otros trámites o instancias que los previstos al efecto en la normativa pertinente.

Sin embargo, en otras situaciones, pese a ser materias de competencia del Tribunal de Contratación Pública, el organismo contralor igualmente emite un pronunciamiento frente a la denuncia de particulares, tal como consta en dictamen N° 24.503 de 2018:

(...) dado que de los antecedentes tenidos a la vista no se aprecia que el error en que incurrió el licitante importe que dichas circunstancias se hayan verificado en la situación específicamente analizada, y que tampoco se observa que lo reclamado pudiera incidir en los resultados de este concurso -ya que de las actas de evaluación consta que la oferta adjudicada obtuvo el mejor puntaje en los factores técnico y económico-, no procede acoger la reclamación del interesado.

Asimismo, la Contraloría General de la República ha emitido pronunciamientos en asuntos o controversias relativos a contrataciones mediante trato directo, según se expone en dictamen N° 35.861 de 2016 sobre la denuncia de un particular frente a una supuesta irregularidad en la contratación de recolección de residuos:

“(…) la jurisprudencia administrativa de este Organismo Contralor contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 23.220, de 2011; 69.865, de 2012, y 62.834, de 2014, ha concluido que cualquiera que sea la causal en que se sustente un eventual trato directo, al momento de invocarla, no basta la sola referencia a las disposiciones legales y reglamentarias que lo fundamenten, sino que, dado su carácter excepcional, se requiere una demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia, debiendo acreditarse de manera suficiente la concurrencia simultánea de todos los elementos que configuran las hipótesis contempladas en la normativa cuya aplicación se pretende”.

Respecto de la discrecionalidad, del análisis efectuado de la jurisprudencia emanada de la Contraloría General de la República, hemos podido concluir que el organismo contralor no ha manifestado de manera expresa que las Leyes N° 18.575 o N° 19.886 hayan otorgado una potestad discrecional en favor de la Administración, para determinar la modalidad de contratación, particularmente acerca de la licitación privada o trato directo.

La discrecionalidad en la contratación administrativa no ha sido un tema desarrollado en profundidad por la Contraloría General de la República, como sí ocurre en el ámbito de la función pública o en materia sancionatoria.

La CGR expresa el concepto de “discrecionalidad” en relación con la Ley N° 19.886, al referirse a las potestades de los órganos de la Administración para exigir requisitos técnicos (Dictamen N° 65.731, 2013) o al indicar que

la decisión que adopta la Administración determinando quiénes serán sus invitados a participar en el procedimiento concursal, constituye el ejercicio de una facultad discrecional que, por su naturaleza, debe ejercerse en cumplimiento de las atribuciones de la autoridad, en prosecución de los fines del servicio y de la normativa aplicable, de manera razonada (Dictamen N° 24.385, 2018).

mas no sobre la naturaleza de la potestad de elegir una modalidad de contratación. Por otra parte, hemos observado que en ciertos dictámenes existe una confusión sobre el concepto de discrecionalidad, al igual como ocurre con el Tribunal de Contratación Pública, como puede observarse en las siguientes citas:

(...) la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 33.622, de 2008, y 42.588, 2013, ha precisado que la antedicha prerrogativa de la Administración no puede ejercerse con discrecionalidad absoluta ni arbitrariamente, sino obedeciendo a una causa sustantiva, que ha de expresarse en el correspondiente acto administrativo, acorde con los principios de certeza, seguridad jurídica, y protección de la confianza legítima de los sujetos que participan en procedimientos licitatorios (Dictamen N° 76.920, 2015).

(...) no puede ejercerse con discrecionalidad absoluta ni arbitrariamente, por cuya razón la disposición en comento demanda que se exprese y deje constancia del fundamento que motiva la medida en que recae (Dictamen N° 33.622, 2008).

De los extractos anteriores, podemos indicar que la CGR al señalar que “no puede ejercerse con discrecionalidad absoluta ni arbitrariamente” está realizando una especie de igualdad entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, asumiendo que en lo que denomina “discrecionalidad absoluta” no existiría fundamentación, lo que se aleja de todo lo que hemos expuesto en el presente trabajo, en cuanto a que el ejercicio de toda potestad discrecional exige siempre un razonamiento y la expresión de los motivos que tuvo presente la Administración al momento de adoptar su decisión; y, por otra parte, tal como señala parte de la doctrina, a la cual adherimos, no existe un ejercicio de potestades discrecionales absoluto, por cuanto toda potestad discrecional cuenta con un aspecto reglado.

Ahora bien, la Contraloría General de la República indica de manera reiterativa que la licitación pública

constituye la regla general, y en aquellos casos en que se verifique alguna de las situaciones descritas en el artículo 8.º de la Ley N° 19.886 y artículo 10 de su reglamento complementario, la Administración se encuentra habilitada para contratar mediante los procedimientos de licitación privada o trato directo, como consta en dictamen N° 72.367 de 2014:

“(…)la licitación pública es la regla general para que las referidas entidades convengan el suministro a título oneroso de bienes o servicios, admitiendo, excepcionalmente, la posibilidad de llevarlos a cabo mediante licitación privada o trato directo, en la medida que concurra alguna de las situaciones contempladas en el artículo 8º de la citada ley N° 19.886, o en el artículo 10 de su reglamento, contenido en el decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda (aplica dictamen N° 17.016, de 2013)”.

Respecto de las modalidades de contratación, particularmente de la licitación privada y trato directo, ha enfatizado en la obligatoriedad de la Administración de fundamentar las resoluciones que sustentan la decisión al momento de elegir un determinado procedimiento, y que cuenten con un argumento racional admitido por el ordenamiento jurídico y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente, conforme puede observarse en las líneas que siguen:

Al respecto, este Organismo Contralor ha concluido, a través de los dictámenes N°s 23.220, de 2011; 69.865, de 2012 y 62.834, de 2014, que cualquiera que sea la causal en que se sustente un eventual trato directo, no basta la sola referencia a las disposiciones legales y reglamentarias que lo fundamenten, sino que, dado su carácter excepcional, se requiere al momento de invocarla, una demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia, debiendo acreditarse de manera suficiente la concurrencia simultánea de todos los elementos que configuran las hipótesis contempladas en la normativa cuya aplicación se pretende (Dictamen N° 42.470, 2015).

A nuestro juicio, la Contraloría ha destacado la obligación de los órganos de la Administración de fundamentar sus actos administrativos, resultando procedente analizar a continuación cuál es el efecto de los pronunciamientos de la CGR, y si este mecanismo utilizado por los particulares, a través de denuncias o presentaciones, resguardan verdaderamente sus derechos.

En dictamen N° 8.591 de 2019 se impugna por un particular la asignación por trato directo efectuado por el Ejército de Chile, por no estar justificada la causal utilizada. El organismo contralor concluye que no se acreditaron los hechos que fundaron la causal, por lo que

dado que no se ha demostrado la concurrencia de todos los elementos que configuran la causal de trato directo invocada, es menester concluir que aquel por el que se reclama no se ajustó a derecho, por lo que el Ejército de Chile deberá adoptar las medidas tendientes a que la situación en comento no se reitere en lo sucesivo.

En el mismo sentido, en dictamen N° 85.879 de 2016, la I. Municipalidad de La Cisterna no expuso los argumentos de hecho que permitirían fundar una causal de trato directo, por lo que la CGR indicó que “esa municipalidad deberá adoptar las medidas que resulten pertinentes a efectos de que, en lo sucesivo, sus resoluciones indiquen de manera clara y precisa los antecedentes de hecho y de derecho en que se fundan”.

Sobre el mismo tema, en dictamen N° 80.806 de 2013, frente a una denuncia por la falta de acreditación en la causal de trato directo utilizada por el Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente, la CGR observa la falta de fundamentación del trato directo, además de otras omisiones por parte del organismo fiscalizado, haciendo presente que

cualquiera sea la causal que se invoque para un trato directo, no basta para fundamentarlo la sola referencia a disposiciones legales y reglamentarias, sino que, dado el carácter excepcional de esta modalidad, se requiere la demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia, debiendo acreditarse de manera suficiente la concurrencia simultánea de todos los elementos que configuran las hipótesis contempladas en la normativa cuya aplicación se pretende,

por lo que ordena la instrucción de sumario administrativo.

Conforme a la jurisprudencia citada, es posible concluir que la Contraloría General de la República, frente a la falta de fundamentación en las contrataciones vía trato directo, en algunos casos instruye al órgano de la Administración para que, en lo sucesivo, motive sus actos, y en las situaciones consideradas de mayor gravedad, ordena la aplicación de sumarios administrativos, todo ello sin perjuicio de las representaciones que efectúa en el control *ex ante* de los actos administrativos.

9. Conclusión

En virtud del principio de juridicidad, el legislador establece en favor de los organismos públicos potestades administrativas para la satisfacción de necesidades públicas. Estas potestades pueden tener la calidad de regladas o discrecionales, según el margen de

libertad que otorguen a los órganos en cuyo favor sean establecidas.

Respecto de las regladas, basta con verificar la circunstancia de hecho consagrada en la norma

constitucional o legal y aplicar el resultado que ella prevé, a diferencia de lo que ocurre con las discrecionales, que otorgan a la Administración la posibilidad de elegir, frente a opciones igualmente válidas jurídicamente, según aspectos de mérito, conveniencia u oportunidad.

Estas potestades discrecionales no otorgan en ningún caso una libertad al margen del ya indicado principio de juridicidad, sino que, la Administración se encuentra con el deber de fundamentar y expresar los motivos que tuvo presente al momento de ejercer la potestad y adoptar una decisión.

Respecto del control de las potestades discrecionales, es posible indicar que siempre son controlables, teniendo presente que cuentan con un ámbito reglado que permitirá a los tribunales ejercer una fiscalización de su ejercicio, llegando incluso a aplicar el denominado test de racionalidad, a fin de determinar si su ejercicio fue o no arbitrario. Y es posible reconocer que existen distintas posturas respecto de si el control puede derivar o no en la sustitución del acto emanado por la Administración.

En materia de contratación pública, podemos concluir que existen potestades discrecionales establecidas en favor de la Administración, tanto en el artículo 9.º de la Ley N° 18.575 como también en el artículo 8.º de la Ley N° 19.886, las que siempre deben ejercerse como ya se indicó, de manera fundada, expresando los motivos y la finalidad para la que fueron consagradas.

Respecto del control de ellas, observamos que existe una intervención por parte de los tribunales ordinarios de justicia, del Tribunal de Contratación Pública y de la Contraloría General de la República, pudiendo afirmarse lo siguiente:

La Corte Suprema ha indicado que toda potestad discrecional está afecta al control jurisdiccional, debiendo el órgano de la Administración expresar los motivos y fundamentar su ejercicio, a fin de que no sea ella arbitraria ni ilegal, no resultando procedente la sustitución de la decisión de la Administración por parte de la jurisdicción.

La Corte Suprema y Corte de Apelaciones han concluido que el Tribunal de Contratación Pública goza de competencia para conocer de los conflictos que se generen en todo tipo de contratación regida por la Ley N° 19.886.

El Tribunal de Contratación Pública ha limitado su propia competencia, absteniéndose de conocer sobre las acciones que deriven de la modalidad de trato directo. Como se indicó, dicha limitación no debería verificarse en futuros conflictos, una vez que sea publicada como ley, el proyecto que moderniza la Ley N° 19.886, el que, entre otros puntos, amplía la competencia del mencionado tribunal.

La Contraloría General de la República en ciertos casos reconoce la competencia del Tribunal de Contratación Pública y en otros se pronuncia directamente sobre la denuncia o presentación efectuada por particulares relativa a tratos directos regidos por la Ley N° 19.886.

De la exposición sucinta de lo observado en la jurisprudencia judicial y administrativa, es que podemos concluir que no existe claridad para los particulares que se vean afectados por un ejercicio ilegal o arbitrario de la potestad discrecional establecida en el artículo 8.º de la Ley N° 19.886 sobre el procedimiento que deben adoptar cuando se vean afectados en sus derechos.

Estimamos que el tribunal competente para conocer sobre la materia es el Tribunal de Contratación Pública, pero ha sido este propio organismo quien ha manifestado su falta de competencia.

A fin de otorgar a los particulares certeza acerca del mecanismo para ejercer las acciones que resulten procedentes, es que consideramos que es imprescindible que la modificación de la Ley N° 19.886 se materialice en el corto plazo, a fin de que no exista duda alguna respecto de la competencia del Tribunal de Contratación Pública frente a las contrataciones vía trato directo, y que se establezcan, además, herramientas suficientes para esta entidad, a fin de entregar a todos los privados

que se vean afectados en sus derechos la seguridad de conformidad con la Constitución y la ley.
que sus pretensiones serán escuchadas y resueltas en

Referencias

- Arancibia Mattar, J. (1996). Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del recurso de protección. *Revista de Derecho Público, Universidad de Chile*, (60), 99-124.
- Aróstica Maldonado, I. (1986). La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (10), 499-520. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/184>.
- Bermúdez Soto, J. (1996). El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (17), 275-284. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/343>.
- Casais Zelis, M. (2019). Montesquieu C/Tutela Judicial Efectivas/Discrecionalidad Administrativa. *Academia.edu* 1-17. https://www.academia.edu/39480496/_MONTESQUIEU_C_TUTELA_JUDICIAL_EFECTIVA_S_DISCRECIONALIDAD_ADMINISTRATIVA_email_work_card=title.
- Cordero Vega, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª ed. corregida). Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters.
- Dromi, R. (2010). *Licitación Pública* (4ª ed.). Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- Ferrada Bórquez, J.C. (2007). Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno. *Revista de derecho (Valdivia)*, 20(2). 69-94. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000200004>.
- Flores Rivas, J.C. (2019). Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (53), 67-98. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512019005000403>.
- Flores Rivas, J.C. (2020). ¿Es la licitación pública la regla de general aplicación en contratación administrativa? *Revista De Derecho Administrativo Económico*, (31), 93-124. DOI: <https://doi.org/10.7764/redae.31.4>
- Gallo, W.; Nátaly, R.; Sanabria, A.; Brito, X.; Abcarius, L. (Coords.) (2018). *Derecho Administrativo para el Siglo XXI, Hacia el Garantismo (sic) Normativo y la Transparencia Institucional*. Ciudad de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerias, Brasil: Editora Fórum Ltda. file:///C:/Users/usuario/Downloads/DERECHO_ADMINISTRATIVO_PARA_EL_SIGLO_XXI.pdf.
- Gómez González, R.F. (2020). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *Revista Ius et Praxis*, (2), 193 - 218.
- Huepe Artigas, F. (2018). *Discrecionalidad Administrativa y Razonabilidad*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Oelckers Camus, O. (1977). El Principio de Legalidad como supuesto de la Potestad Administrativa. *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, (1), 111-151. <http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/10/5>.
- Parejo Alfonso, L. (2012). *Lecciones de Derecho Administrativo* (5ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch. file:///C:/Users/usuario/Documents/Magister/Tesis/Lecciones_de_Derecho_Administrativo-Luci.pdf.
- Piery Arrau, P. (1984). El Control de la Discrecionalidad Administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (8). <http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/121>.
- Saavedra Fernández, R. (2011). *Discrecionalidad Administrativa*. Santiago: Legal Publishing Chile.

Soto Kloss, E. (2010). *Derecho Administrativo: Temas Fundamentales* (2ª ed. actualizada). Santiago de Chile: Abeledo Perrot.

Tribunal de Contratación Pública. (2018). *Cuenta del Tribunal de Contratación Pública*. 09 de agosto de 2018. <https://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/cuenta-publica/>.

Normativa

Constitución Política de la República de Chile de 1980 (Chile).

Ley N° 18.575, establece Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial, 5 diciembre 1986.

Ley N° 19.653, Sobre Probidad Administrativa. Diario Oficial, 14 diciembre 1999.

Ley N° 19.886, Establece Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Diario Oficial, 30 julio 2003.

DS N° 250, de 24 de septiembre de 2004, del Ministerio de Hacienda, que Aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886. Diario Oficial, 24 septiembre 2004.

DS N° 821, del 21 de enero de 2020, del Ministerio de Hacienda, que Modifica el Decreto Supremo N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que Aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Diario Oficial, 21 de enero de 2020.

Jurisprudencia judicial y administrativa citada

Boletín 14137-05 de 29 de marzo de 2021, que moderniza la ley N°19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado.

Cega Suministra Spa con Subsecretaría de Redes Asistenciales (2020): Tribunal Contratación Pública, 29 de julio 2020 (Acción de impugnación), Rol N° 193-2020.

Coan Chile Spa con Junaeb (2019): Tribunal Contratación Pública, 20 de mayo 2019 (Acción de impugnación), Rol N° 115-2019.

Constructora Sur y Cía. Ltda. con I. Municipalidad de Chiguayante (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de diciembre de 2015 (Resolución incidente especial de incompetencia absoluta), Rol I.C. N° 8180-2015. https://app-vlex-com.uandes.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:1991/vid%3A642978133./WW/vid/642978133.

Cygsa Chile S.A. con Dirección General de Obras Públicas, Consejo de Defensa del Estado (2017): Corte Suprema, 20 de febrero de 2018 (Queja), Rol N° 38.914-2017.

- Dictamen 36.029 (2005): Contraloría General de la República, 3 de agosto de 2005, en www.contraloria.cl.
- Dictamen N° 33.622 (2008): Contraloría General de la República, 21 de julio de 2008, en www.contraloria.cl.
- Dictamen N° 68.345 (2009): Contraloría General de la República, 09 de diciembre de 2009, en www.contraloria.cl.
- Dictamen N° 43.048 (2009): Contraloría General de la República, 10 de agosto de 2009, en www.contraloria.cl.
- Dictamen N° 65.731 (2013): Contraloría General de la República, 11 de octubre de 2013, en www.contraloria.cl.
- Dictamen N° 42.470 (2015): Contraloría General de la República, 28 de mayo de 2015, en www.contraloria.cl.
- Dictamen N° 24.385 (2018): Contraloría General de la República, 28 de septiembre de 2018, en www.contraloria.cl.
- Empresas Aguas de Chile Spa con Intendencia Región del Ñuble (2019): Tribunal Contratación Pública, 21 de febrero 2019 (Acción de impugnación), Rol N° 51-2019.
- Investigación Especial N° 953 de 2016, emitida por la Contraloría General de la República. <https://www.camara.cl/datosexternos/views/verdoc.aspx?prmTIPO=OFICIOFISCALIZACIONRESPUESTA&prmID=62166&prmDestino=0&prmNumero=035003>.
- Nutriplus S.A. con Junta Nacional de Auxilio y Becas (2019): Corte Suprema, 13 de mayo de 2020 (Recurso de Apelación), Rol N° 18.454-2019.
- Paisajismo Cordillera S.A. con Ilustre Municipalidad de Maipú (2018): Tribunal Contratación Pública, 26 de diciembre de 2018 (Acción de impugnación), Rol N° 40-2018.
- Pey Tumanoff Roxana contra Mario Fernández Baeza Vicepresidente de la República y Otro (2017): Corte Suprema, 19 de junio 2017 (Recurso de Apelación), Rol N° 3598-2017.
- Sociedad Comercial Millennium Limitada con Dirección de Compras de Carabineros de Chile (2019): Tribunal Contratación Pública, 08 de octubre de 2019 (Acción de impugnación), Rol N° 225-2019.
- The Pegasus Group Company S.A. con Estado Mayor Conjunto (2019): Tribunal Contratación Pública, 11 de enero de 2019 (Acción de impugnación), Rol N° 1-2019.

Álvaro Xosé
López Mira

Universidad de
Vigo, España

almira@uvigo.gal

Recibido: 28.02.22

Aceptado: 15.03.22

The centralism's categorical imperative in the Spanish territorial model

El centralismo como imperativo categórico en el modelo de organización territorial de España

Abstract: The present paper is an approach to a critical reading of the Spanish model of territorial organization, apparently strongly decentralized through Autonomous Communities. This model aims to explain the causal bonds, from history to present times, of the centrifugal movements' strength in a State that never achieved the completion of its identity construction, its *state-building* and least of all, its *nation-building*. Not even with the extreme violence exerted against the national minorities in different non-democratic historical periods. The inability of the predominant political culture in Spain to assume this plurality or plurinationality, especially its elites, involves a radical anti-federalism that seems to be catalyzing powerful political and social independentism movements in some of its territorial peripheries. The data show a substantial increase of independentism in Catalonia or almost the virtual disappearance of one of the great Spanish parties (the People's Party) in Euskadi and also in Catalonia.

Keywords: Federalism; Spanish state-building; Spanish anti-federalism; Autonomic State; Antifederalist political culture in Spain; Catalanian independentism.

Resumen: Aproximación a una lectura crítica del modelo de organización territorial español, en apariencia fuertemente descentralizado mediante Comunidades Autónomas, que pretende explicar los vínculos causales, desde la historia al presente, para la persistente fortaleza de los movimientos centrífugos existentes en un Estado que nunca logró completar su construcción identitaria, su *state-building* y, mucho menos, su *nation-building*, ni siquiera con la extrema violencia ejercida contra las minorías nacionales en distintos períodos históricos no democráticos. La incapacidad de la cultura política mayoritaria en España, singularmente de sus élites, de asumir esta pluralidad o esta plurinacionalidad, conlleva un radical antifederalismo que parece estar actuando como catalizador de poderosos movimientos políticos y sociales independentistas en varias de sus periferias territoriales, como demuestran los datos aportados de incremento sustancial, en escaso tiempo, del independentismo en Cataluña o la práctica desaparición de uno de los grandes partidos españoles (el Partido Popular) en el País Vasco y también en Cataluña.

Palabras clave: Federalismo; construcción del estado español; antifederalismo español; Comunidades Autónomas; política cultural antifederalista española; independentismo catalán.

It is impossible to understand the contradictions of the current Spanish territorial model without appealing, albeit synthetically, to historical precedents established over time, even though some may be considered past. In the second half of the 15th century, the Prince that was probably an inspiration role for Machiavelli, Fernando King of Aragón, defeated the Galician feudal nobility that had previously supported, together with the King of Portugal, Alfonso V, Joanna, the legitimate pretender to the throne of Castile. Joanna lost her rights by the force of arms against her aunt, Isabel, the consort of the King of Aragon. Both would later be known as the Catholic Monarchs. The Senior Chronicler of the Kingdom of Aragón, Jerónimo Zurita (1566), in his great work *Anales de Aragón*, wrote the following in this respect: “At that time they began to tame that land of Galicia, because not only the lords and knights of it but all the people of that nation were against each other very rugged and warriors, and seeing what that passed through the count¹ —who was a great lord in that kingdom— were levelled and reduced to the laws of justice with rigor of punishment” (*Anales de Aragón*, Libro XX, Capítulo XVIII, p. 275). This text would be reinterpreted by the Galician politician and intellectual Castelao as *taming and castration of the Kingdom of Galicia* in his parliamentary speech on the draft Constitution of 1931 (*Discursos parlamentarios* (1931-1933). 1978, p. 15). It had been the first kingdom independent from Muslim power in the Iberian Peninsula and led to the foundation of other kingdoms such as León and Portugal, starting a depersonalisation process and submission to the guidelines of the new Castilian monarchs that would last four centuries (also known as the *Dark Centuries*²).

Before 1640, the almighty royal favourite of Phillip IV, the Count-Duke of Olivares, issued the following

famous Memorial for the monarch, the penultimate of the Habsburg dynasty, a real global monarch in his contemporaneity:

Your Worship should know that the most important goal for your Monarchy is to become King of Spain, I mean, your Worship should not be pleased being King of Portugal, of Aragón, of Valencia, Count of Barcelona, but you should work to reduce those Kingdoms that constitute Spain into the style and laws of Castile, without differences. If your Worship achieves this, you would be the most powerful Prince on Earth.

Portuguese and Catalans declared war against him for similar reasons. The latter lost (as well as part of their territory to France) and the former achieved their independence after a long conflict. The Hispanic imperial decadence would be unstoppable and accelerated from this point onwards. One part (Spain) took the name of the entirety (Hispania), what historically had been the Iberian Peninsula³.

Years after the succession war due to the Spanish crown vacancy (1700-1713), a new dynasty was established: the Bourbons. They subjected the different kingdoms of the monarchy to the Kingdom of Castile, especially those that supported the other pretender to the throne. The ancestral *fueros*⁴ and rights to Valencia, Aragón, Balearic Islands and Catalonia (in general, the old territories of the Kingdom of Aragón) were eliminated, as were their institutions. The use of the Catalan language was prohibited in official documents. Even the University of Barcelona was closed (they were harsher on Catalonia because they struggled until the end of the battle). The Bourbon dynasty intensified the centralising and standardising model that the Austrias had started. I

¹ It refers to the almighty Count of Lemos, Rodrigo Osorio, who caused the kings to move to Galicia when they were in the middle of the war for the taking of Granada, punishing him with a five-year sentence of exile from Galicia. Source: Real Academia de Historia (<http://dbe.rah.es/biografias/43628/rodrigo-osorio>).

² Centuries (XVI, XVII, XVIII and a good part of the XIX) in which the Galician language was excluded from written uses and official documents.

³ The medieval Portuguese philosopher who came to be Pope as John XXI (1276-1277) was formerly known as Petrus Hispanus.

⁴ TN: Set of privileges or legal exemptions. This concept can be translated as “charters”, “privileges” or “jurisdictions”. These granted specific competences not recognized in other autonomous communities, most notably, fiscal autonomy.

wrote, metaphorically, that the French were the ones who created Spain. Note the striking resemblance between *the instruction* of Olivares and the Nueva Planta decrees enacted by the new King, Philip V, abolishing the *fueros* of Aragón and Valencia.

Considering having lost the Kingdoms of Aragón and Valencia and all the inhabitants because of the rebellion (...) all the *fueros*, privileges, exemptions and freedoms that they were enjoying (...) and concerning myself with the absolute authority over the Kingdoms of Aragón and Valencia, given the circumstance that they are comprised in the rest of the territories that are legitimately mine in this monarchy, it is possible to add the circumstance of the fair right of conquest that my Arms carried out (...). I have conveniently judged (because of this as well as because of my desire to reduce of all the kingdoms of Spain to the uniformity of the same laws, customs and Courts, being equally governed by the laws of Castile, praiseworthy and acceptable throughout the Universe) to abolish and repeal the aforementioned *fueros*, privileges and customs thus far observed in the Kingdoms of Aragón and Valencia. My will is to reduce these to the laws of Castile and to the customs, practice and form of the government that Castile has and has had in its Courts without any difference.

Aguilera de Prat (2018) points out that it will not be until the Constitution of Cádiz of 1812 that it becomes possible to speak about the Spanish nation in the modern political meaning, with questionable existence of a proper State that was not merely superficial and not a politically disarmed country as stated by Torres del Moral (2018). The Spanish 19th century is broken by three civil wars, the so-called Carlist Wars (1833-40, 1846-49, 1872-76) where mainly Basques and Navarres were confronting the monarchy for different reasons, among them, dynastic issues, but also to preserve their privileges and freedoms (*fueros*) that the 19th century liberalism, excessively

Jacobin, wanted to abolish. As an example, it should be noted that Navarre had its own parliament until 1839, close to the end of the first Carlist War.

The Project of the federal Constitution of 1873 was not carried through because of a successful coup d'état. At the end of this century, Spanish univocal nationalism had a new opportunity to maintain the last oversea territories and this led to the 98 trauma, when Antonio Maura projected some sort of autonomy statutes for Cuba and Puerto Rico in 1893, with the aim of avoiding their definitive independence. Despite the leniency of the texts regarding their level of self-government, the Ministry of Overseas would be accused by the parliamentary opposition of "unpatriotic, drunk, lunatic and furiously crazy" (Piña, 2003, p. 158). The rejection of the peninsular press convinced the Cubans that they could not expect anything from Spain (PIÑA: 160). In 1894, Maura resigned and in 1896, in a parliamentary debate, he would pronounce the following words with bitterness due to the frustration with the entire Spanish political class: "Why have we failed, before, in 1868, with the authoritarian military regime? Why have we failed in 1895 with the prevailing regime? Because we have extraordinarily exaggerated the assimilation, violating natural law, offending reality, creating clothes that did not fit for Cuba" (Piña, 2003, pp. 160-161). If we ignore the historical context and the pompous 19th century language, we would not be surprised to hear a Spanish Prime Minister, in 2017-2018, expressing similar assertions regarding similar main figures. Two years later, Cuba and other colonies gained their independence with the support of the United States. Máximo Gómez, the leader of the Cuban revolt, pointed out that "the reforms that Maura praised could not have avoided the independence of the Antillean colonies but at least could have avoided the drama of war" (Piña, 2003, p. 160).

The regional Catalan, Basque and Galician "*rexurdimentos*"⁵ emerged during the change of century,

⁵ TN: The *Rexurdimento* was a period in the history of Galicia during the 19th century. Its central feature was the revitalisation of the Galician language as a vehicle of social and cultural expression. The Galician *Rexurdimento* coincides with the Catalan *Renaixença*.

for example, through inter-provincial associations (the Catalan version was the only one effectively established), always established within the framework of the legal regime. These “renaissance movements” were fought as real threats against state unity and would be eliminated during the last moments of the restorationist regime by the first military dictatorship in the Spanish 20th century. In the second military dictatorship, appallingly sanguinary and disproportionately long-lasting, the main ideologist of the military justification against the republican legality (that included the Catalan, Basque and Galician autonomies), Calvo Sotelo, proclaimed one of the reasons given by the rebel generals, that he *preferred a red Spain before a broken Spain*.

Forty years after a cruel civil war that sought the extermination of the adversary, in the words of Paul Preston (1997), and after a violent and never-ending dictatorship that lasted four decades, the 1977 Spanish electoral map was very similar to that of 1936. In that

moment, the defensive⁶ peripheral nationalisms reappeared in the unfinished Hispanic nation-building process, claiming a self-government model that respected the differences of culture, language, history, economy and even law (civil law, for example), etc., characteristics that gave certain geographical areas a special idiosyncrasy different from the predominant one. Two constants will be at a decisive crossroads during the transition and regarding the constitution born from this period: Vindication of the differentialism during the brief historical periods where the citizens had political freedom and the constant intervention of the army as referee in a political environment that, among other elements, was limiting the claim for an autonomy (autonomous government). The vindication of the self-identity, particularly by Basques and Catalans and, to a lesser extent, Galicians, and the lack of generosity from a central State with a strong Jacobin influence alongside the ideological scope, was the reason why in 1978 a territorial decentralisation model called the autonomous State was established.

1. Open way, closed way or how it's possible to refuse to face facts

The 1978 Constitution opened the possibility of transforming an innate Jacobinism reinforced by a long national-catholic dictatorship that repressed any different sign from Spanish nationalism for generations, arousing a real cultural genocide in the other nations of the State. The electorate from the Catalan and Basque nations, still very vital, supported mainly nationalist political options that originated a constitutional agreement prone to political decentralisation fundamentally in these territories, and also opened the Galician (included in the second transitory provision) and Navarre (quoted in the

fourth transitory provision) options for historical reasons. This would create the group that would possess their own legislative power (as understood in 152.1). Despite inexplicably fleeing from the federalist option, the media, political and economic elites from the State established a turning point in the decentralisation advances of the political power. Actions such as the so-called *Estatuto da Aldraxe*⁷ in Galicia, that aimed to reduce its competences to a regionalist second division and was ultimately saved by Adolfo Suárez in the summer of 1980, a few months before his resignation, can be considered the beginning

⁶ The conceptual key taxonomy regarding nationalisms is the one that distinguishes among those that claim national dignity for subjugated communities and expansionists, which aim to impose the superiority of a nation, community, state of political grouping (García Pérez & López Mira, 1996, 11).

⁷ The “Outrage Statute” or the Statute of the Sixteen was a document created in 1979 by a commission integrated by representatives from different political groups within the pre-autonomic process, during the Democratic Transition. After passing the statutes of Catalonia and the Basque Country, cutbacks regarding self-government were proposed. This was understood as an outrage by Galician politicians. Even Manuel Fraga abandoned the discussion table in protest and several demonstrations took place. Later on, some modifications were made in order to pass the Statute.

of a recentralisation. This would include rulings from the Constitutional Court, *inventing* their own autonomous State⁸ with a clear invasion on exclusive competences belonging to the Autonomous Communities⁹. Also the standardising *Organic Law on the Harmonisation of the Autonomic Process* (July 1982), the attempted coup d'état on the 23rd of February, 1981, or the use of *café para todos (coffee for everyone)*¹⁰ as a weapon by the central political power, creating sly competitors against historical nationalities that existed before the Constitution (according to the constitutionality) and were surviving for a reason... In short, a real beginning for a permanent wear that would ignore the possibility of a significant political agreement (such as the constitutional) regarding the territorial distribution of power.

Forty years later, it seems that the model was a failure and it seems that we are returning to the beginning or to something worse. Jörg Broscheck states that Spain “continues to be a Unitary State”, among other reasons, because the key political actors are fiercely opposed to federalism (2017: 52). What could have evolved towards a transformation model from a unitary state to a federal state, such as Belgium, only established decentralisation as something unavoidable. Literally, a problem to mistrust, always being distorted. In practice, the autonomous State was built based on hundreds of rulings from the Constitutional Court, where members are designated, exclusively, by central State levels of governance (behind them, the centralist political parties or defenders of the centre, according to Rokkan's terminology), unlike the federal models such as the German or the Spanish historical precedents (Second Republic). This created bias in the partiality of the referee *ab origine*, who was

also transformed into an architect by a political class reluctant to negotiation, one that made other institutions solve their problems in a political¹¹, non-judicial manner or through arbitration. They also provoked other institutions to solve their problems in a political, non-judicial way or through arbitration. This practice eliminated exclusive autonomous competences through various mechanisms: from transferring these competences to EU bodies (almost the only representative instance is the central State), to the perversions of the basic legislation of the State, which achieved an overwhelming size while reducing numerous competences (we insist, exclusive to the Autonomous Communities) to the simple execution of the guidelines from Madrid (the organic and competence duplicity is the responsibility of the State to a higher degree than the Autonomous Communities). Also, a funding model leaving tax federalism, which reduced a political autonomy that depended, regarding budgetary resources, on State transfers and not on their own income, with exceptions of the Basque and Navarre regional Treasury.

Seventeen years ago, López Mira (2003-2004) tried to systematise the most remarkable distorting elements that we could observe in the decentralising model implemented after twenty-five years of validity. In that moment, it was indicated that it was a bad organisational solution regarding a political problem that was, in some way, announcing its foreseeable exacerbation. That article pointed out the role of the Constitutional Court, the acknowledgement of a Senate that does not develop its role in the territorial representation house, a centralised judiciary, the financial dependency of the Autonomous Communities, the emptying of competences, etc. These causes led to a profound dissatisfaction in part of the

⁸ This name does not exist in the Constitution.

⁹ For example, the early ruling 32/1981 prevents the creation of “*comarcas*” (administrative division comprising a number of municipalities) as local entities in Catalonia, to substitute the provinces and their governmental organs (Provincial Council) (in the single-province Autonomous Communities they have disappeared), which started a long process that increased the state bases on supposedly exclusive competences of the Communities. In this case, the Court created, in a great imaginative effort, although questionably constitutional, what was called a “*régimen local bifronte*”, this was a model created by a Constitutional Court ruling. This established that the central state and the local regime could act simultaneously, contrary to the autonomous statute, which clearly indicates its exclusive competence on local matters.

¹⁰ General self-government.

¹¹ Agustín Ruiz Robledo wrote in the same sense: Veinticinco años de Estado Autnómico en la *Revista de Derecho Político* (2003-2004, p. 723).

differentiated nationalities for whom this model was created. The current territorial problem was predictable unless a federal solution had been adopted. This solution would have the following characteristics: acknowledgement of the plurinational State, a territorial representation house with according authority, a Constitutional Court with equal designations between the nationalities and the central bodies, constitutions for the member states that could be reformed provided that the reforms were respectful of the Federal Constitution, tax federalism, federalisation of the judiciary and ability to respond to European matters or a higher degree of transparency regarding the division of competences. These elements seemed to allow a great federal agreement, at least on an instrumental level (the creation of a federal culture would be something different as will be discussed later).

In our opinion, this was a moderate proposal adapted to most of the federal models where, according to Félix Knuepling, despite their diversity, there was “an unequivocal separation of powers and responsibilities among the government orders” where, “in general, federal governments have powers and exclusive functions in areas such as national security, foreign matters, monetary system, citizenship, immigration, emigration and extradition or intellectual property protection” (2017: 22). It is striking that the different EU central governments, including the Spanish, were not ashamed to move most of the quoted elements (that usually belong to the state) to that one (or to other international or transnational bodies such as NATO or organisations such as the TROIKA) and, nevertheless, were reluctant towards internal decentralisation except for federations, as kind of *ad intra neo-westphalian* that tried to compensate the sovereignty losses in the federal European integration process. This author points out that governments from the constituting unit usually have competences in areas such as regional and metropolitan courts, public services,

police and public security, local and state infrastructures, health, education, administration and the application of laws and state programs, among others. This made us perceive the emptying of competences that exists in the Spanish case.

We should add the scarce sensitiveness that the state political parties¹² show regarding the autonomous communities, not to mention their “bad temper” or bad attitude regarding all the aspects that can show differences with the official State language and culture. The core of the issue is not the differences in administrative Law, as some well-known academics and experts from Madrid elites seem to believe, this is not a simple territorial decentralisation. It is a political issue of great importance, consequently, the legal formality regarding the reforms – even constitutional – of federal instruments and tools will probably not be enough. If in the Spanish State there are several nations (political, not only cultural), this fact should be acknowledged, or at least discussed, negotiated, even though it is not shared. This is what democratic politics are about. Simplifying the problem with the contempt of what is considered different (insults towards the peripheral nationalisms are irresponsibly frequent) is not going to solve it, even if all the economic, financial, media, sport or corporate conglomerates (security bodies, unions, professional associations...) consider that they would be damaged if there were more than one Spanish nation with its language and its unique – many times topical – idiosyncrasy. On the contrary, we are proving how the most diverse prejudices (people are blaming Catalonia for the decrease in the State GDP) are caused by reasons of the opposite kind. Herrera Yagüe stated (2018) that today Spain is more unequal than in 1978, in terms of GDP and Gini coefficient, with Madrid being the great beneficiary due to the centralisation of economic activity, more so than during the Franco era¹³. Moreover, the historical and comparative experience shows that is possible to

¹² Those who present their candidacies in all the constituencies of the state and who are unitarists.

¹³ The author highlights that Mercamadrid is the second fish and seafood market after Tokyo, although it is hundreds of kilometers from the sea, more than just anecdotal. The book written by Óscar Pazos, *Madrid es una isla. El Estado contra la ciudadanía*, 2013, addresses this matter in depth.

foster an antagonistic outcome over the intended one, and this is occurring. Think about the astonishing and fast advance of the pro-independence tendencies within the

Catalan citizenship since the 2010 Constitutional ruling against an Autonomous Statute positively advocated by the citizenship.

2. *Quo vadis?* The road towards nowhere or the possible worst choice

Seventeen years after that prophetic article, we could not have predicted that the recalcitrant continuity of the original scheme could finish in a powerful centrifugal political movement in Catalonia that is even questioning the current territorial permanence of the Spanish State. The anti-federal narcotic that was the autonomous model lost its effects and the clash of nationalisms may, currently, make the transition impossible because of a “Spanish” federal solution. We must not forget that there is no single federalism model but as many, at least, as federal States exist.

In this connection, it has been published a new article to update the analysis on an issue (López, 2018) that is more entrenched and that, probably, depends less on instrumental mechanisms as those we have already quoted (these mechanisms are essential, at a symbolic level as well) and more on elements belonging to high-level political negotiations which are necessary for any federal agreement but essential in situations of confrontation with aspects of irrationality. As pointed out, the differential vindication in certain territories of Spain is not an anomaly in times of globalisation. On the contrary, as Keating (1996) stated twenty-five years ago, it fostered the outbreak of local identities that had been latent even in consolidated democracies (Canada, United Kingdom, Belgium or, more recently, France with the Corse case), using democratic mechanisms, i.e. the plebiscitary will that was proven election after election by their regional citizenships. This seems the ideal context to defend a federalism that would implement an acceptable formula for the key agents of the centre-periphery cleavage, as persistent in history as reinforced in the 21st century,

which is at the forefront of the endless and unfinished Spanish State building process. As mentioned above, most of the political, media and economic elites are in favour of recentralisation. Thus, the autonomous model that was configured, as González Mariñas asserts (2018, p. 147), establishes the competences of the autonomous communities (except for the Basque and Navarre fiscal exception), which are numerous regarding executive manners but miserly regarding the true decision-making process and undermined because of regulative techniques by the central State. These are not in accordance at all with the federal models that, in essence, are negotiated. The invasive legislative techniques subtract real decision power from the Autonomous Communities; therefore, they only have implementation competences that are characteristic of the administrative decentralisation. The constant centripetal tendencies only managed to accentuate the centrifugal tendencies.

In connection with this, Ferrán Requejo stated the fact that the Spanish autonomous model granted the central power a blank cheque regarding the interpretation of fundamental questions for self-governance. For example, the limits of their own competences or the detailed limits of the basic legislation to the extent of emptying content from the legislative development allowed by the Autonomous Communities (public function, universities, local regime). This is a standardising interpretation of the citizen rights guarantees and of the organic law content (electoral, referendum) or an expansive interpretation of the administrative or executive functions “This way, in practice, self-governance sometimes is reduced to interstitial and marginal fields (...). The autonomous model has become

standardising in almost all of the relevant fields for self-governance (education, health, public function, local regime, universities, research, commerce, etc.). This is an especially dangerous question in the cases of Catalonia and the Basque Country because their citizens have showed a clear will to achieve a greater self-governance (...). It is not politically anecdotal that the Constitutional Court has stated on several occasions that constitutional imprecision cannot declare most of the central power decisions to be unconstitutional, despite their expansive character” (2007: 132). The opposite could also be said if the Court had an unethical drive regarding what Requejo stated, thus, it would not be possible to say that the Constitutional Court could express displeasure, turning the constitutional ambiguity into central explicit powers.

As Elazar, an author of reference in this matter, indicates,

non-centralisation is not the same as decentralisation (...). Decentralisation means the existence of a central government that is able to distribute functions or areas, as considered appropriate. In the decentralised systems, the dissemination of power is a matter of grace, not a matter of law and, in practice, eventually, is regarded as such (Elazar, 1990, p. 59).

In the classic federal systems with a non-centralised system (the United States, Canada, Switzerland), even though

all have a central or national government, this does not control all the political communication lines and the decision-making. In these countries, the provinces, states or cantons are not federal government creatures, but they received the power directly from the people. They are structurally immune to federal interferences (...). Non-centralisation is represented by a matrix of

governments (not by an hierarchical pyramid), where there are not superior or inferior power centres, only wider political action forums (Elazar, 1990, pp. 59-62).

Note the difference with the case of the Catalan Statute: The Constitutional Court versus popular will, which, in the opinion of Professor Pérez Royo (2017), broke the constitutional agreement. Four years ago, López Mira (2017) said the same in a congress that took place in Ourense, highlighting the breaking of an agreement that would need two political wills: the autonomous and the state will, expressed by the body that represented Spanish sovereignty and reinforced by the plebiscitary will of the interested parties, the Catalan people. Nothing less, but nothing more. The day that a State body, technocratic we could say, with its prestige in question¹⁴ but not politically neutral, burst into the core of political covenants with a high levels of consensus, assaulted, without any doubt, the delicate work behind the constitutional agreement in territorial matters and moreover, against the same political subject, Catalonia, which had inaugurated the interpretative track of an autonomous State which was never pro-federal. If territorial integration is not solved and central state interventionism is extreme and unmotivated (even with the redundancies of administrative structures), to boast of a decentralised territorial and political model is a fantasy or a fallacy, some kind of trap devolution and, much less than the Spanish doctrine states, federal devolution. The infringement of the federal principle is obvious not only in the materiality but in the complete absence of federal spirit. In this State, the agents seem to constantly miss unitarism based on inexistent essentialist sovereignties (*mutatis mutandis*, something similar to many peripheral nationalists).

The elements of a federal regime include a participation sense among the parties that is expressed through discussed cooperation. The willingness to bargain

¹⁴ It is true that not always due to circumstances attributable to it, but the partisanship in charge of other recruiting of its members that, somehow, dragged it in the eyes of the doctrine and of the public opinion. It is not insignificant that, out of the 62 magistrates of the Constitutional Court, only 3 had worked before in Catalonia, 1 in the Basque Country, none in Galicia and 47 (more than 75%) in Madrid. If we take a look to the field of university professors, out of 33, 2 had worked in Catalan universities, 1 in the Basque Country, none in Galician universities and 20 (more than 60%) had worked in universities in Madrid (Bustos, 2018).

until reaching agreed solutions or, at least, for each party to know that its integrity is safe. The federal structure is only meaningful in those countries where the government style reflects it (Elazar, 1990, p. 95).

On the other side, the major political culture in the State refuses to understand that the minorities want to look for their own place under the sun, consequently, it chooses strategies, sometimes, that are victimised and more frequently aggressive, devoid of any federal spirit. Practically the entire majority of the mass media (televisions, radios or press) based in the capital city of the State control the media agenda of most of the country and were harsh with the differences from what they consider the standard of Spanish political culture. Sánchez-Cuenca points out that they fostered an “uncompromising spirit that is now in great sectors of the public opinion and, ultimately, comes from a self-conscious Spanish nationalism that understands the acknowledgement of other nations as a weakness or a questioning” (2018). The term nationality can be considered as a synonym of cultural particularity, but Bastida Freixedo points out that “it is contingent to the absence of sovereign drive and its validity is possible as long as they do not dispute the *prius* of the Spanish national unity”(1998 p. 85). In this connection, Innerarity considers that a nation is a political principle (not only cultural), which does not mean that it leads up to the achievement of a State:

If I feel a nation, it is not because I like a language or some regional dances, but because I want respect for a principle of self-government and an acknowledgement for this subjectivity. This is not folklore. This needs to be taken seriously (Innerarity, 2017).

The opinion of Bastida on the permissibility with hypothetical nations or cultural nationalities could even be considered questionable (in some euphemistic way) regarding the disregard of the own languages (sic in the constitutional corpus), Galician, Basque, Catalan.

Although they are official in their territories (article 3.2 of the Spanish Constitution), the right to know them is fought for and unlike in other multilingual federal states, a major part of society and the Spanish elite do not esteem them as a cultural wealth¹⁵ but as a pernicious disintegrating element that only belongs to peripheral nationalists. This is totally the contrary to the Elazar’s *federal thinking*, where

the idea of a society that relies on the base of a series of agreements and covenants that allow the pursuing of goals while the integrity of the parties is respected, is deeply rooted in the cultures of real federal countries (Elazar, 1990, p. 107).

Would someone dare to say that in Spain there is a federal society, if only a minimum federal society?

Even though, according to Caminal,

federalism does not have a future when state nationalism does not want to renounce absolute sovereignty on what is considered as *its national territory*, or when; an opposition nationalism vindicates the right to the absolute sovereignty of *their own national self-determination territory* (2002, p. 105).

It is also true that

nationalisms are more moderate when they reach agreements and they radicalise themselves when there is no desire for negotiation or when reaching an agreement is impossible. In this sense, federalism may serve as an understanding fact and as nationalism appeasement (Caminal, p. 105).

Romero González states that peripheral nationalisms resisted —not only in Spain— even in the most adverse conditions:

¹⁵ Interestingly, the Constitution does, in article 3.3.

the facts, for better or worse, show that the end of the 20th Century, nationalisms cannot be understood as a pathology but as a legitimate political expression of the right to difference. This plural and unfinished Spain has to tackle what Kymlicka would define as the comfort of the national cultures in the contexts of a major social culture (2002, p. 33).

Ronald L. Watts, another world authority in this matter, points out “when diversity is rooted in society, the simple effort to impose political unity has rarely been successful and, frequently has even provoked the counter-effective effect of the separation” (2006, p. 110). Thus,

federalism can only exist where there is a high level of tolerance towards diversity and a steady will to exercise political power through bargaining, even when the power to act unilaterally is available. The main requisite to act in a federal system is the ability to build consensus, rather than the power to threaten with coercion. Western countries can provide several practical examples of national self-control regarding the approach of difficult federal problems (Elazar, 1990, p. 229).

In the Observatorio Político Autonómico of 2008, two years before the ruling of the Constitutional Court, 11.6% of Catalans only considered themselves members of their Autonomous Community (32.7% in the Basque Country), 19% more Catalan than Spanish (17.1% in Andalucía or 22.8% in Galicia) and 47.3% had a feeling of belonging shared between Catalonia/Spain¹⁶. In a very recent survey (No. 996 of May 2021) by the CEO (Center for Autonomous Studies) of the Catalan Government,

almost 60% of those surveyed believe that Catalonia should be a State within a federal Spain (25.6%) or an independent State (34.2%), the only question about it reaching the support of 44.9%¹⁷. The sociopolitical exchange, as we already said, had a similar magnitude to the vertiginous political events (disappearing of almost hegemonic government parties, dramatic changes in the system of political parties, several elections...). The mentioned data changed to approximately half of the Catalan citizenship supporting, by democratic means, a republic independent from Spain¹⁸. The simplification of a political question of this importance with the contempt towards what is different or even irrational, is not going to solve the problem but will make it worse, with some kind of unconscious secessionist unitarianism. In the last European elections of 2019, the three clearly nationalist, independentist or pro-independence coalitions (Catalan, Basque, Galician and Navarre) obtained more than the 13% of the votes cast (3 million), which could turn them into the third political force of the State, if they were to come together. In addition, the fact that the party that governed Spain for 16 of the last 23 years, the PP (People's Party), did not achieve a seat in the Basque Country and only one of 48 in Catalonia is a sign. How is it possible that a minimally responsible and conscious government could pass an urgent decree to facilitate the changing of registered office of companies based in Catalonia to another part of Spanish territory, even against the statutes of the companies, as happened in 2017? “The plural federation demands *polycentrism*, that is to say, that different government centres exist, without any of them overwhelming the rest in any matter or competence” (Caminal, 2002, p. 165).

¹⁶ Observatorio Político Autonómico. Developed by the Universitat Autònoma de Barcelona, the University of Granada and the University of Santiago de Compostela, p. 38.

¹⁷ <https://ceo.gencat.cat/ca/barometre/detall/index.html?id=7988>

¹⁸ About 6% of Spanish citizens of voting age are creating an alternative *demos*, according to Jordi Amat (2017). A substantial minority that, as is well-known, is not the only one within the State and should be respected in democracy.

3. Conclusion

In the Spanish case, reaching this meeting point seems difficult but what is essential is to overcome an autonomous State, the antithesis of federalism. We have already experienced political and territorial constructions that are more complex. Let us mention, for example, the European Union that, although lame when walking towards the adaptation to the most recent deep social, economic and social changes, is successful through its creative singularity. Most likely, it is more difficult to create a political culture based on the respect for differences and different people that are not helots nor foreigners and, thus, potential enemies of the motherland and irrational in their thinking¹⁹. That does not deserve discussion but discrediting by the intellectual elites and their media loudspeakers, insolent intellectuals paraphrasing the title of a Sánchez-Cuenca book (2017), establishing the official truth²⁰ or the prejudice dogma of single-mindedness²¹.

It is not possible to understand complex contemporary societies if not from a diverse point of view, overwhelmed by an enormous pluralism. Professor Innerarity points out: “most of the concepts that we use in politics – sovereignty, power, territory, representation, legitimacy– appeared in a moment when societies were simple, homogeneous, autarchic and delimited. We no longer have those nowadays” (2017). Certainly, the creation and design of a change in paradigm will be difficult because, as we have observed during this article, the categorical imperative of the Spanish centralism is very deep-rooted and considers that any other hypothesis is out of a universal law of nature and thus is not rational and should not even be considered. Moreover, this change should not last long, in our opinion; because the situation runs the risk of being damaged to the point of being irreversible.

References

- Amat, J. (2017). *La conjura de los irresponsables*. Barcelona: Anagrama.
- Bastida Freixedo, X. (1998). *La nación española y el nacionalismo constitucional*. Barcelona: Ariel.
- Bastida Freixedo, X. (2007). La senda constitucional. La nación española y la Constitución in C. Taibo C. (Dir.). *Nacionalismo español: Esencias, memorias e instituciones* (pp. 113-158). Madrid: Los Libros de la Catarata.
- Broschek, J. (2017). Federalismo en Europa, América y África: un análisis comparativo in W. Hofmeister & J. Tudela Aranda (Eds.). *Sistemas federales. Una comparación internacional* (pp. 35-61). Madrid-Zaragoza: Fundación Konrad Adenauer-Fundación Manuel Giménez Abad.

¹⁹ Some of the usual epithets, nonexclusive, in academic writings are “pre-political”, “anachronic”, “outdated” or “irrational” (Romero, 2002, p. 33).

²⁰ Bastida Freixedo proposes the experiment of randomly choosing any of the one hundred seventy numbers of Claves de razón práctica until 2007 and in all could be possible to find an article against nationalism “of course, peripheral nationalism” (Bastida, 2007, p. 114).

²¹ TN: *Claves de razón práctica* was the key journal for the intellectual elite based in Madrid during the eighties, establishing certain kind of “official truth”.

- Bustos Gisbert, R. (2018, Jun 2). Sesgos en la composición de los altos tribunales: género y procedencia. *Agenda pública. El periódico* <http://agendapublica.elperiodico.com/sesgos-en-la-composicion-de-los-altos-tribunales-genero-y-procedencia/>
- Caminal, M. (2002) *El federalismo pluralista: del federalismo nacional al federalismo plurinacional*. Barcelona: Paidós.
- Castelao, Otero Pedrayo, Suárez Picallo & Villar Ponte (1978). *Discursos parlamentarios (1931-1933)*. Sada-A Coruña: Edición do Castro.
- Elazar, D. J. (1990). *Exploración del federalismo*. Barcelona: Editorial Hacer.
- García Pérez, B. & López Mira, A. X. (1996). *O nacionalismo galego e o futuro do nacionalismo*. Pontevedra: O gato da Moureira.
- González Mariñas, P. in López Mira A. X. (2018). *Sistema político español e galego*. Santiago de Compostela: Andavira Editora.
- Herrera Yagüe, C. (2018, Sept 19). Estado autonómico y descentralización económica: historia de un fracaso de 40 años. *Magnet*. <https://m.magnet.xataka.com/en-diez-minutos/estado-autonomico-descentralizacion-economica-historia-fracaso-40-anos>
- Innerarity, D. (2017, Jul 15). *Las tensiones territoriales muestran que España es plurinacional / Interviewed by Raúl Conde*. El Mundo. <http://www.elmundo.es/opinion/2017/07/15/5968fe95ca474186628b45b9.html>
- Keating, M. (1996). *Naciones contra el Estado: el nacionalismo de Cataluña, Quebec y Escocia*. Barcelona: Ariel.
- Knuepling, F. (2017). Gobernanza federal entre pluralidad y unidad nacional in W. Hofmeister & J. Tudela Aranda (Eds.). *Sistemas federales: una comparación internacional* (pp. 13-34). Madrid-Zaragoza: Fundación Konrad Adenauer-Fundación Manuel Giménez Abad.
- López Mira, A. X. (2003-2004). Veinticinco años de Estado autonómico: una mala solución organizativa para un problema político. *Revista de Derecho Político*, (58-59), 737-748.
- López Mira, A. X. (18 a 20 de Abril de 2017). *Conference European and American Political systems: a view towards federalism*. Conference in the 1st Euroamerican Congress on Law and Politics, University of Vigo, Universidade Federal Fluminense, Brasil.
- López Mira, A. X. (2018). El modelo autonómico español como antídoto del federalismo. *Revista de Derecho Político*, (101), 867-877.
- Pérez Royo, J. (2017, Sept 26). *Interviewed by Jaume Pi. La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/politica/20170926/431561846495/perez-royo-entrevista.html>
- Piña Homs, R. (2003). El proyecto del Estatuto "Maura" de 1893, para la autonomía de Cuba y Puerto Rico. In L.E. González Vales (Coord.). *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: Actas y estudios* (Volumen 2) (pp. 149-161). España: Academia Puertorriqueña de la Historia.
- Preston, P. (1997). *La política de la venganza*. Barcelona: Península.
- Requejo, F. (2007). *Federalismo plurinacional y pluralismo de valores: el caso español*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rodríguez Aguilera de Prat, C. (2018, May 18). El PP favorece la desintegración de España. *Agenda pública. El periódico* <http://agendapublica.elperiodico.com/el-pp-favorece-la-desintegracion-de-espana/>
- Romero González, J. (2002). Naciones y regiones: realizaciones, insuficiencias y límites del proceso de descentralización política en España. In A. Cucó, J. Farinós & J. Romero (coords.). *La organización territorial del Estado. España en Europa: un análisis comparado* (pp. 13-39). Madrid: Marcial Pons.
- Ruiz Robledo, A. (2003-2004). Veinticinco años de Estado Autonómico. *Revista de Derecho Político*, (58-59), 707-735.

- Sánchez-Cuenca, I. (2017). *La desfachatez intelectual: escritores e intelectuales ante la política*. Madrid: Los Libros de la Catarata.
- Sánchez-Cuenca, I. (2018). La anestesia democrática del nacionalismo español. *CTXT Revista Contexto* (165), 18 de Abril de 2018. <http://ctxt.es/es/20180418/Firmas/19083/nacionalismo-Espa%C3%B1a-Ignacio-Sanchez-Cuenca-Catalunya.htm>
- Torres del Moral, A. (2018). *Constitucionalismo histórico español*. Madrid: Átomo Ediciones.
- Watts, L. (2006). *Sistemas federales comparados*. Madrid: Marcial Pons.

Rodrigo Hoyl**

Universidad de los Andes, Chile

rhoyl@uandes.cl

Recibido: 17.03.22

Aceptado: 20.04.22

El alcance del deber de sinceridad en el seguro de daños al momento de notificar el siniestro y de declarar las circunstancias y consecuencias de este

The scope of the duty of sincerity in the insurance of damages at the moment of notifying the accident and of declaring its circumstances and consequences

Resumen: El artículo revisa la doctrina nacional y la escasa jurisprudencia relativa a los números 7 y 8 del artículo 524 del Código de Comercio que contemplan sendos deberes de sinceridad. Frente a la ausencia de norma expresa que determine cuándo la compañía puede legítimamente rechazar la cobertura por transgresión de estos deberes, propone algunas pautas que atienden a cuál sea el deber cuyo cumplimiento se pondera, la finalidad que este persigue y si las inexactitudes o errores en el cumplimiento de los deberes influyen o no en el deber de indemnizar y en el monto de la indemnización, debiendo evitarse dos extremos: que el asegurador exacerbe la importancia de cualquier imprecisión en la notificación del siniestro o en las informaciones posteriores y que el asegurado no haga el esfuerzo mínimo que le permita a la compañía conocer oportunamente la ocurrencia del siniestro, sus circunstancias y consecuencias.

Palabras clave: contrato de seguro; deber de sinceridad; obligaciones y cargas del asegurado; buena fe en el contrato de seguro.

Abstract: The article reviews the national doctrine and the scarce jurisprudence related to numbers 7 and 8 of article 524 of the Commercial Code, which each provide for the duties of sincerity. Faced with the absence of an express rule that determines when the company can legitimately reject coverage for transgression of these duties, it proposes some guidelines that address the duty whose fulfillment is weighed, the purpose it pursues and whether the inaccuracies or errors in them influences or not the duty to compensate and the amount of compensation, avoiding two extremes: that the insurer exacerbates the importance of any inaccuracies in the notification of the claim or in the subsequent information and that the insured does not make the minimum effort that allows the company to know in a timely manner the occurrence of the claim, its circumstances and consequences.

Keywords: insurance contract; duty of sincerity; obligations and charges of the insured; utmost good faith in the insurance contract.

* El autor agradece los comentarios de los profesores Hernán Corral, Alejandro Romero y Joaquín García-Huidobro.

Todo contrato supone la confianza mutua de las partes, y pocas instituciones jurídicas la requieren tanto como el contrato de seguro, que ha sido calificado como un contrato de máxima buena fe. Por eso, el legislador ha dispuesto estrictas obligaciones y cargas para las partes que lo celebran, entre las que destacan el deber del asegurado de notificar a la aseguradora, con la mayor diligencia posible, la ocurrencia de cualquier hecho que pueda revestir el carácter de un siniestro cubierto por la póliza de seguro contratada, así como el deber de acreditar la ocurrencia del siniestro y declarar las circunstancias y consecuencias del hecho dañoso.

Como veremos, es el principio de máxima buena fe el que provee de contenido estos deberes. No obstante, existe un relevante problema práctico al tratar de establecer cuál es el alcance del deber. ¿Toda falta del asegurado al deber de sinceridad es una vulneración del principio de máxima buena fe y acarrea un incumplimiento de este deber? ¿Cualquier imprecisión en el cumplimiento de estos deberes justifica el rechazo del pago de la indemnización o la rebaja de su monto? Una adecuada respuesta a estas preguntas debiera alejar, en Chile, el peligro de aumentar la judicialización de las controversias derivadas del incumplimiento de estos deberes. Esto fue advertido hace unos años en España. El director de la *Revista de Responsabilidad Civil y de Seguro*, Javier

López y García de la Serrana en una nota editorial afirma:

[...] la ruptura del principio de buena fe contractual y el desconocimiento de lo que significan los principios inspiradores de nuestro ordenamiento provocan que, a pesar de contar con una amplia normativa del sector, la resolución de conflictos pase cada vez más por la intervención de los Juzgados y tribunales (López y García de la Serrana, 2016, p. 5).

Al revisar la doctrina chilena, constatamos la ausencia de una reflexión sobre el alcance de los deberes de sinceridad del asegurado establecidos en los números 7 y 8 del artículo 524 del Código de Comercio. Por su parte, la historia de la Ley N° 20.667¹ tampoco aporta mayor claridad sobre el alcance de estos deberes. La jurisprudencia también es escasa.

En primer término, recorreremos la concreción del principio de máxima buena fe en los deberes de notificar y declarar fiel y verazmente las circunstancias y consecuencias del siniestro en el seguro de daños (1). A continuación, analizaremos su alcance en ambas obligaciones y las consecuencias de su transgresión (2), reflexionaremos sobre cómo valorar las faltas al deber de sinceridad y delimitar los efectos que estas debieran acarrear (3) y cerraremos con unas conclusiones (4).

1. Concreciones del principio de máxima buena fe en los deberes de información del asegurado una vez ocurrido el siniestro en el seguro de daños

La buena fe contractual² alcanza una significación tan esencial en el contrato de seguro, que la doctrina

mayoritaria en Chile, tal como Ruiz-Tagle (2011, p. 95), Hoyl y Ruiz-Tagle (2015, p. 16), Ríos (2014, p. 27-28), Ríos

¹ Ley N° 20.667 de 2013. El artículo 543 del Código de Comercio vigente a partir del 1 de diciembre de 2013 dispone: "Las compañías de seguros deberán remitir a la Superintendencia de Valores y Seguros, copia autorizada de las sentencias definitivas que se pronuncien sobre materias propias de la presente ley, recaídas en los procesos en que hayan sido parte, las cuales quedarán a disposición del público". Dichas sentencias se publican en la página oficial de la Comisión para el Mercado Financiero: www.cmfchile.cl.

² Un acabado estudio sobre la buena fe como principio general del derecho en la doctrina, su concepto, contenido y manifestaciones puede verse en Boetsch (2015). Un estudio sobre la evolución de la buena fe, en Carvajal (2014).

(2015, p. 19-38), Lagos (2015, p. 270), Contreras (2014, p. 89), Achurra (2015, p. 28-52), y su jurisprudencia³ lo califican como contrato de máxima buena fe, por lo que constituye un principio particular de este contrato. Dicho reconocimiento está presente tanto en el derecho continental como en los sistemas del common law⁴ donde se le califica como contrato de *uberrima bonae fidei*. Hoyl y Ruiz Tagle (2014, p. 16), Lagos (2015, p. 270), Ríos (2014, p. 27-28), Ríos (2015, p. 37-38). Por otra parte, una posición minoritaria afirma “entendemos que el concepto de máxima buena fe carece de contenido aprovechable y debe ser rechazado” (Piña, 2006, p. 82)⁵.

En términos generales “la buena fe constituye la rectitud de intención, la honorabilidad comercial, el deseo de actuar sin el propósito de perjudicar al otro contratante” (Lagos, 2006, p. 100)⁶. En la práctica, esto se traduce en la lealtad contractual que se deben las partes en el seguro.

Este principio impregna diversas normas que rigen el contrato de seguro en la legislación comercial chilena, así como en la legislación española (Sánchez Calero, 2001, pp. 209-210), italiana (Monti, 2002, p. 3 y 159),

colombiana (Jaramillo, 2011, p. 589), argentina (Facco, 2009, p. 163, nota 51)⁷, francesa (Monti, 2002, p. 199)⁸ e inglesa (Monti, 2002, p. 125)⁹, entre otras¹⁰. Sin pretender agotar las manifestaciones de este principio en la ley chilena, cabe destacar —como especialmente exigentes— las declaraciones que debe realizar el asegurado al asegurador antes de celebrar el contrato de seguro¹¹. Estas declaraciones preliminares pueden ser suministradas tanto al formular una propuesta de contrato al asegurador¹², como al informar lo que este le solicite para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos¹³. También destaca la norma del artículo 526 del Código de Comercio que, durante la vigencia del contrato, impone al asegurado el deber de informar al asegurador las variaciones que experimenten los riesgos que pesan sobre la cosa asegurada por acción del asegurado o de terceros. Es decir, el principio de máxima buena fe tiene como concreción un primer grupo de deberes de sinceridad al momento de la celebración del contrato e incluso antes de su conclusión.

Las exigencias del principio de máxima buena fe en el contrato de seguro también se ven plasmadas en las estrictas causales de ineficacia de esta convención

³ La Corte de Apelaciones de Santiago se ha referido a este principio como *ultra bona fide*: “La inteligencia y aplicación del principio de la *bona fidei*, tiene por ende tanta relevancia en el seguro, como que importa su consagración un verdadero imperativo de *ultra bona fidei*” (VLEX 516424994). Más recientemente, en 2011, la Corte Suprema sostiene: “la norma del Código mercantil en mención es paradigma del principio de la buena fe, el más importante de los principios informativos del derecho de seguros, dotado de un carácter especialísimo que ha llevado a denominarlo como ‘máxima buena fe’ o ‘uberrima bona fide’, por ir más allá de la consideración general dada en materia contractual por el artículo 1546 del Código Civil”. (VLEX 332680634).

⁴ Bennett (1996) explica que el concepto de *utmost good faith*, es decir, la calificación del contrato de seguro como contrato de máxima buena fe permanece en el Reino Unido desde que fue utilizado por Lord Mansfield en el caso Carter v. Boehm en 1766.

⁵ En contra, Ruiz-Tagle (2011).

⁶ Para un panorama más detallado, véase la obra citada en la nota 4.

⁷ La jurisprudencia argentina también recoge este principio. Como afirma Facco (2009), nota 51: “Así, por ejemplo, se ha destacado que en los contratos de seguros la buena fe halla una aplicación más frecuente y rigurosa debido a su naturaleza y a la posición especial de las partes. Al respecto, vid. C. N. Com., Sala B. Sentencia del 3/7/84, E.D. 111-482: “[...] la buena fe, si es un ‘débito’ implícito de ambas partes en todo contrato, por aplicación de la regla incluida en el art. 1198 del cód. civil, lo es más cuando del contrato de seguro se trata”.

⁸ Monti (2002) explica que la doctrina francesa ha calificado el contrato de seguro como “contrat de bonne foi” con la intención de subrayar la importancia que la cláusula general por excelencia [de la buena fe] asume en el ámbito de la relación entre asegurador y asegurado.

⁹ Monti (2002) precisa que en el derecho del Reino Unido el contrato de seguro constituye el emblema de una especial clase de relación negocial gobernada por el principio de *uberrima fides* (Utmost Good Faith). En el mismo sentido, Ríos (2014), nota 60, explica que el contrato de seguro en el reino Unido es calificado como contrato de máxima buena fe, *uberrima fides* o *utmost good faith*.

¹⁰ Véase Monti (2002) sobre la buena fe en el derecho de seguros de Estados Unidos, India y China.

¹¹ Ríos (2014) explica en profundidad cómo la buena fe opera en la etapa formativa del contrato de seguro. También se refiere a ello Ríos (2015). Para su aplicación a la ley del seguro española, véase Sánchez Calero (2001).

¹² Artículo 514 del Código de Comercio.

¹³ Artículos 524, N°1 y 525 del Código de Comercio.

contempladas en el artículo 539 del Código de Comercio¹⁴. Dicha norma establece la resolución del contrato de seguro en el caso de que el asegurado haya entregado a sabiendas información sustancialmente falsa al momento de celebrarlo o, si la información falseada es proporcionada al momento de reclamar el siniestro, su terminación anticipada. Pero las exigencias de la máxima buena fe alcanzan su cumbre en el nuevo delito de fraude al seguro¹⁵ sancionado con las penas correspondientes a la estafa (Hoyl y Ruiz-Tagle, 2014, p. 17). Algo similar ocurre en el caso de sobreseguro, en el que si la sobrevaloración de la cosa asegurada proviene de la mala fe del asegurado el contrato será nulo, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar¹⁶. Que la sanción en estos casos sea la nulidad del contrato se explica porque, como consecuencia del engaño, ha faltado el consentimiento de modo que el contrato no ha podido nacer a la vida del derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, el principio de máxima buena fe no puede significar, en cuanto a los deberes de sinceridad contemplados en el art. 524 N°7 del Código de Comercio, una ausencia absoluta de imprecisión, error e incluso falsedad en la información que el asegurado entrega al asegurador sobre los hechos eventualmente constitutivos del siniestro; además de ser imposible, no es exigible en el derecho chileno un grado tan alto de perfección (López, 2010, p. 345)¹⁷. La máxima buena fe exige, como veremos, una elevada veracidad en lo

esencial, ausencia de ánimo de engaño en lo sustancial y en lo que pueda perjudicar a la otra parte del contrato (Merkin, 2016, p.16; Ríos, 2014, p. 28)¹⁸. No queremos decir con esto que las faltas al deber de sinceridad no sean todas reprochables, sino que el principio de máxima buena fe no implica que toda transgresión deba ser sancionada con la resolución del contrato y la pérdida del derecho a ser indemnizado. La sanción que proceda en cada caso dependerá de cuál sea el bien que la norma busca proteger.

El principio de máxima buena fe se concreta también en el deber de sinceridad que pesa sobre el asegurado después de ocurrido el siniestro, cuando decide notificar su ocurrencia e informar sobre sus circunstancias y consecuencias¹⁹.

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley N° 20.667 de 2013, el deber de sinceridad al momento de comunicar el siniestro se plasmaba en el artículo 556 N° 5 del Código de Comercio. Dicha norma obligaba al asegurado a “notificar al asegurador, dentro de los tres días siguientes de la recepción de la noticia, el advenimiento de cualquier accidente que afecte su responsabilidad, haciendo en la notificación una enunciación clara de las causas y circunstancias del accidente ocurrido” y, en caso de incumplimiento de esta carga por parte del asegurado, prescribía en el artículo 557 N°2 que el contrato de seguro se rescindía “por inobservancia de las

¹⁴ Puede consultarse un acabado comentario sobre este artículo en Ríos (2015).

¹⁵ Artículo 470, número 10 del Código Penal.

¹⁶ Artículo 558, inciso 3° del Código de Comercio.

¹⁷ López (2010) p. 345 postula que la buena fe contractual corresponde a la moral del deber, y citando el artículo “Derecho y Moral” de Barros (1983) precisa que el objetivo de la buena fe no es hacer de “cada persona un héroe o un santo, sino un ciudadano cumplidor de los requerimientos básicos que plantea la vida social”. Por su parte, Ruiz-Tagle (2011) p. 113 opina que “la expresión ‘máxima’ aplicada a la buena fe no es la apropiada, debido a su ilimitada exigencia”. Prefiere el término “preeminencia” de la buena fe.

¹⁸ Esto es coherente con lo que sostiene Merkin (2016) al explicar que el principio *utmost good faith* en el Reino Unido es un principio de interpretación, definido en términos de un deber de “no actuar de mala fe”. También con Ríos (2014), que precisa que “resaltar la buena fe como *uberrima bona fidei* busca en nuestra opinión asentar de manera clara que en este tipo de contratos no cabe la posibilidad de negociar sobre la base del *dolus bonus*, es decir, de aquella artimaña permitida en el comercio con el fin de obtener algo de ventaja”.

¹⁹ Respecto a la distinción doctrinal entre deberes y cargas del asegurado, no debe confundirse la carga de notificar el siniestro al asegurador, con el deber de sinceridad que pesa sobre el que ejercita dicha notificación. Lo mismo ocurre con la carga de informar sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro, cuyo ejercicio siempre implicará el cumplimiento del deber de sinceridad. Sobre la distinción entre deberes y cargas del asegurado, pueden consultarse Lagos (2015) y Hoyl y Ruiz-Tagle (2014). Sobre las cargas de notificar el siniestro y sus circunstancias y consecuencias, véase Lagos (2006).

obligaciones contraídas”. Con la modificación introducida por la Ley N° 20.667, la sanción por la infracción de los deberes de sinceridad varía: ya no es la rescisión del contrato sino la rebaja del monto de la indemnización o su improcedencia.

Aparte de la norma mencionada, en la mayoría de las pólizas registradas en la Superintendencia de Valores y Seguros²⁰ con anterioridad a la promulgación de la Ley N°20.667 existía una cláusula alusiva al deber de sinceridad, de un tenor similar al siguiente:

Artículo 17: Deber de sinceridad. Es obligación del asegurado o contratante informar verazmente del estado y destino del vehículo al contratar el seguro; de los cambios de destino durante su vigencia, y de las circunstancias del siniestro, en toda ocasión en que deba hacerlo²¹.

Dicha cláusula fue citada en varias sentencias como concreción del deber de sinceridad una vez ocurrido el siniestro.

Aunque las normas transcritas no parecen generar inconvenientes, lo cierto es que, al momento de analizar casos concretos, se constataba ya en la legislación anterior a la reforma del 2013 una ausencia de patrones objetivos al valorar el cumplimiento de estos deberes de sinceridad. Así, en el caso *Díaz con BCI Seguros Generales S.A.*²² el árbitro debió decidir si la contradicción del asegurado respecto de la persona que iba conduciendo el vehículo al momento de ser robado constituía o no un incumplimiento del deber de sinceridad exigido por la ley o, en el mismo caso, si procedía

sancionar con la pérdida del derecho a indemnización el haber declarado a la aseguradora que al momento del robo había dos ladrones, en tanto habló solo de uno cuando, recién ocurrido el robo, concurrió a Carabineros a realizar la constancia policial. El juez en el caso Díaz resolvió bien al rechazar que esas inconsistencias fueran un incumplimiento del deber de sinceridad exigido, pero la sentencia carece de razonamientos jurídicos que fundamenten esa decisión.

También se echa en falta un desarrollo lógico en la ponderación del cumplimiento del deber de sinceridad del asegurado, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción recaída en el recurso de protección *Rodríguez con BCI Seguros Generales S.A.*, también anterior a la reforma del 2013, aunque la sentencia finalmente fue revocada por la Corte Suprema por no tratarse de un derecho indiscutido y preexistente. En dicho recurso, los ministros de la Corte de Apelaciones desechan el informe del liquidador de seguros, quien sostiene que la cobertura debe ser rechazada, ya que existe una incongruencia —que vulnera el deber de sinceridad— entre los daños sufridos por el vehículo siniestrado (“que sugieren un golpe con un objeto sólido durante su trayectoria de circulación”) y la versión del asegurado. La referida Corte de Apelaciones desechó la alegación, pero solo presumiendo que “el recurrente no tenía necesidad de inventar haber sido chocado si tenía un seguro que le cubría los daños estando el vehículo en marcha o estacionado”²³.

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.667 de 2013, los deberes de sinceridad en estudio han quedado consagrados en los números 7 y 8 del artículo 524 del

²⁰ Hoy Comisión para el Mercado Financiero, en adelante CMF.

²¹ Póliza de seguros para vehículos motorizados registrada en el Depósito de Pólizas de la Superintendencia de Valores y Seguros bajo el código N°198022. El modelo, actualmente prohibido, puede revisarse en la página de la CMF, en el siguiente enlace: http://www.cmfchile.cl/institucional/inc/seguros_deposito_consulta.

²² *Díaz con BCI Seguros Generales S.A.* (2014). En esta sentencia se aplica el artículo 17 de la póliza de seguro recién descrito, que establece el deber de sinceridad.

²³ *Rodríguez con BCI Seguros Generales S.A.* (2014).

Código de Comercio²⁴. La disposición del número 7 establece la obligación del asegurado de “notificar al asegurador, tan pronto sea posible una vez tomado conocimiento²⁵, de la ocurrencia de cualquier hecho que pueda constituir o constituya un siniestro”; y, en el número 8° el de “acreditar la ocurrencia del siniestro denunciado, y declarar fielmente y sin reticencia, sus circunstancias y consecuencias”.

Si bien parece más adecuada la regulación actual, aún existe cierta imprecisión en el alcance del deber de sinceridad del asegurado, por lo que es necesario delimitar el contenido y alcance del principio de máxima buena fe en los referidos deberes como veremos a continuación.

2. Alcances del deber de sinceridad

2.1. Alcance del deber de sinceridad en la notificación del siniestro y la necesidad de determinar el objetivo de la notificación

2.1.1. El deber de sinceridad en la notificación del siniestro

El art. 524 N° 7 del Código de Comercio dispone como obligación del asegurado notificar lo más pronto que le sea posible la ocurrencia del siniestro. Aunque la norma no menciona explícitamente el deber de ser veraz en la notificación, es evidente que lo incluye. Si notificar es dar noticia o conocimiento de un asunto o hecho cierto²⁶, toda verdadera notificación, para ser tal, debe ser veraz en su contenido²⁷. Más aún, estimamos que la

notificación que informa sobre hechos que no ocurrieron o que ocurrieron de otro modo no es verdaderamente una notificación, sino formalmente²⁸, y una notificación de hechos falsos es una mera notificación aparente, es decir, un engaño. A nuestro juicio se trata de un acto simulado puesto que, de acuerdo con la explicación de Ferrara,

La simulación no es realidad, sino ficción de realidad [...] En todas las aplicaciones [...] se trata de una mentira consciente para engendrar en los demás una ilusión falaz; de un disfraz que tiene distinta importancia según sea o no elemento de hecho del dolo (Ferrara, 1926, p. 60).

²⁴ Como hemos afirmado en otra oportunidad, el contenido del art. 524 del Código de Comercio es una nueva manifestación del principio de máxima buena fe que permea la celebración y ejecución del contrato de seguro: Hoyl y Ruiz-Tagle (2014).

²⁵ En la moción parlamentaria que dio origen a la Ley N° 20.667 se señalaba como obligación del número 8° “Notificar al asegurador, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la noticia de la ocurrencia de cualquier hecho que pueda constituir o constituya un siniestro;” y del número 9° “Acreditar la ocurrencia del siniestro denunciado, y declarar fielmente y sin reticencia, sus circunstancias y consecuencias” (Boletín 5185-03). Durante la tramitación de la ley, la diputada Alejandra Sepúlveda en la discusión en sala el 23/6/2011 manifestó su preocupación por preverse un plazo de tan solo cinco días a los asegurados para notificar el siniestro, considerando que hay zonas del país que podrían quedar aisladas después de una catástrofe y los asegurados perder su derecho a reclamar la indemnización. La Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recomendó alargar el plazo a 10 días, pero finalmente después del segundo informe de Hacienda, el Senado formuló la redacción actual.

²⁶ De acuerdo con el diccionario de la RAE notificar es “dar noticia de algo o hacerlo saber con propósito cierto” (Real Academia Española, s.f., definición 1) y cierto es aquello “conocido como verdadero, seguro, indubitable” (Real Academia Española, s.f., definición 1).

²⁷ Ríos (2014) formula una distinción entre la declaración errónea y la inexacta en los siguientes términos: “La declaración errónea es aquella que contiene datos que no corresponden a la realidad. [...] la declaración inexacta obedece del suministro de información que no corresponde a la verdad”.

²⁸ A nuestro juicio se trata de un acto simulado porque, como explica Ferrara (1926) p. 60, “La simulación no es realidad, sino ficción de realidad [...] En todas las aplicaciones [...] se trata de una mentira consciente para engendrar en los demás una ilusión falaz; de un disfraz que tiene distinta importancia según sea o no elemento de hecho del dolo”.

Por tanto, no cabe identificarla con la denuncia del siniestro que exige la ley.

En cuanto a la clase de obligación de que se trata, el deber de notificar el siniestro a la compañía es una obligación de resultado, es decir, de aquellas en que el deudor (en este caso el asegurado) se compromete a satisfacer en forma directa una obligación al acreedor (la compañía aseguradora)²⁹. Partiendo de estos supuestos, interesa definir cuál es el mínimo de veracidad que la notificación debe cumplir.

2.1.2 Delimitación del deber de sinceridad en la notificación del siniestro

La notificación de la ocurrencia del siniestro al asegurador no está sujeta a exigencias especiales en cuanto a sus formalidades y contenido (Lagos, 2006, p. 372)³⁰. Las prescripciones legales vigentes solo se refieren al plazo en que el asegurado debe notificar la ocurrencia del siniestro al asegurador³¹.

Al no existir una regulación expresa del contenido de la notificación, resulta necesario definir de algún modo su contenido mínimo para poder determinar el alcance del deber de sinceridad al cumplir la obligación del número 7 del artículo 524 del Código de Comercio y el cumplimiento de esta obligación de resultado.

Al recurrir a la historia de la ley tampoco encontramos antecedentes en su tramitación que aporten luces respecto al contenido y alcance del deber de notificación³². ¿Dónde, pues, buscaremos el contenido mínimo de la notificación, sin el cual no podríamos determinar a qué debe circunscribirse el deber de sinceridad en la notificación del siniestro?

A nuestro juicio, ese contenido mínimo debe fijarse a la luz del objetivo que persigue la notificación del siniestro al asegurador. Y será precisamente la misma finalidad de la notificación la que delimite cuál es el marco exigible para dar por cumplido el deber de sinceridad en esa notificación.

El profesor español Sánchez Calero sostiene que la finalidad de la oportuna notificación a la aseguradora es triple:

el asegurador debe estar informado de que ha ocurrido un siniestro y adoptar las medidas internas correspondientes, debe preparar la liquidación técnica del siniestro, con la colaboración, si es necesario, de peritos, y, por último, esa declaración establece un estado provisional de los hechos del siniestro que hace más difícil su manipulación posterior de forma perjudicial para el asegurador (Sánchez Calero, 2001, p. 291).

En Argentina, Halperin afirma que la notificación del siniestro “tiene por objeto poner al asegurador en condiciones de controlar las circunstancias en que se produjo, para establecer si realmente se condice con la garantía comprometida; para tomar medidas conservativas urgentes, desbaratar posibles fraudes, etc.” (Halperin, 2001, p. 494). Lo prioritario es poner en conocimiento del siniestro a la aseguradora. Por su parte, el profesor transandino Meilij sostiene que “el asegurado debe suministrar toda la información que permita determinar las características del siniestro y la extensión de la prestación a cargo del asegurador” (Meilij, 1998, p. 60). Y concluye:

²⁹ Sobre la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, por todos Peñailillo (2006).

³⁰ Tampoco existía una exigencia especial antes de la reforma de la Ley N° 20.667 de 2013. Al respecto, Lagos (2006) sostenía —siguiendo al profesor español Gómez Segade— que “la notificación del siniestro consiste en una noticia sucinta de la ocurrencia del siniestro”, y explicaba que algunos autores o pólizas exigían más que el texto expreso de la ley.

³¹ Antes de la modificación de la ley de seguros chilena por la Ley N° 20.667, el artículo 556, N°5 disponía un plazo de tres días desde la recepción de la noticia del siniestro. La redacción actual del art. 524 número 7 establece que el asegurador debe notificar “tan pronto sea posible, una vez haya tomado conocimiento de la ocurrencia de cualquier hecho que pueda constituir o constituya siniestro”. Sobre este plazo sugerimos ver Lagos (2015).

³² Véase el Primer Informe de la Comisión de Economía al Boletín 5185-03, especialmente p. 60.

este derecho del asegurador y la correlativa carga del asegurado se haya sujeto a dos criterios básicos limitativos: la necesidad de conocimiento del primero y la razonabilidad del requerimiento en vista a sus funciones específicas y la posibilidad de satisfacción por parte del segundo (Meilij, 1998, p. 60).

En la doctrina chilena, Lagos postula que la notificación del siniestro debe permitirle al asegurador “verificar las circunstancias del siniestro, investigar y prevenir fraudes, antes de que la evidencia se disipe y, eventualmente, colaborar a disminuir sus consecuencias” (Lagos, 2015, p. 276).

En concordancia con la mayoría de la doctrina recogida, podemos afirmar que en Chile el objetivo de la comunicación del siniestro es dar a conocer prontamente a la aseguradora su ocurrencia. De este modo, ella puede decidir si quiere tomar algunas providencias inmediatas u orientar al asegurado para que él mismo adopte las medidas que le parezcan oportunas para minimizar el daño, recabar pruebas o dejar constancia fehaciente de los hechos, y así evita una manipulación posterior. Asimismo, le permite constituir la reserva técnica para hacer frente a la posible indemnización, cumpliendo con las prescripciones de los artículos 20 a 25 del DFL 251 sobre Compañías de Seguros³³.

En función del objetivo de la notificación, podemos sostener que, para dar por cumplido el deber de sinceridad del número 7 del artículo 524 referido, basta que la notificación contenga la información mínima necesaria para revelar a la aseguradora la ocurrencia de un hecho que haya producido daño al objeto asegurado

y la especie o clase de ese evento. Es decir, el deber de sinceridad se cumple plenamente si la notificación logra comunicar verazmente la simple ocurrencia del hecho dañoso en su relación con el objeto asegurado. Y esta comunicación, como sostiene Halperin, y nosotros suscribimos, tratándose de una declaración de conocimiento y no de voluntad, puede ser realizada por el asegurado, el tomador o incluso un tercero incapaz (Halperin, 2001, p. 495). Por lo anterior, la sanción a la infracción de este deber será la rebaja del monto indemnizatorio (o su improcedencia) y no la resolución del contrato.

Conforme a lo anterior, la notificación a la aseguradora del hecho dañoso deberá contener la información necesaria para determinar la fecha exacta³⁴ y hora de ocurrencia del siniestro, que permite contrastarlas con la vigencia del contrato³⁵; el lugar en que ocurrió el siniestro, lo que le permitirá definir si fue dentro o fuera del territorio nacional, en caso de que solo cubra siniestros ocurridos en Chile; la causa del siniestro y si el daño estimado en el objeto asegurado es total o parcial y si hay daños a terceros, lo que permitirá a la compañía calcular la reserva técnica conforme a los topes máximos de cobertura.

El hecho de que el contenido exigido en la notificación sea mínimo se explica porque al asegurador —con amplia experiencia siniestral— le basta conocer los datos básicos del evento dañoso para decidir si adopta (o lo pide al asegurado) algunas medidas para evitar el aumento del daño, asegurar pruebas y calcular su reserva económica para el eventual pago de la indemnización.

Dos hechos más avalan el muy restringido contenido

³³ DFL N°251 de 1931.

³⁴ La sentencia dictada por la Corte Suprema en el juicio *Chubb de Chile Compañía de Seguros con R.S.M.A* (2016), aunque rechaza el recurso de casación interpuesto, se hace cargo de la importancia de determinar si el siniestro se produjo antes de la suscripción de la póliza.

³⁵ El artículo 532 del Código de Comercio dispone: “Época del siniestro. Si el siniestro se iniciare durante la vigencia del seguro y continuare después de expirada, el asegurador responderá del importe íntegro de los daños. Pero si principiare antes y continuare después que los riesgos hubieren comenzado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable del siniestro”.

mínimo de la notificación del siniestro: la redacción del artículo 524 número 7 fijada por la Ley N° 20.667³⁶ y la distinción —ausente en otros países (Halperin, 2001, p. 495)³⁷— entre el deber de notificar el siniestro y su posterior acreditación.

La redacción vigente del artículo 524 número 7 del Código de Comercio es mucho menos exigente y de alcance bastante más limitado que la contenida en el derogado artículo 556 N°5 del mismo Código. La antigua disposición exigía al asegurado realizar en la notificación “una enunciación clara de las causas y circunstancias del accidente ocurrido”. Dichas exigencias fueron eliminadas y reducidas a la simple notificación de la ocurrencia de un hecho que constituya o pueda constituir un siniestro.

En segundo lugar, en Chile —como en algunas otras legislaciones (Sánchez Calero, 2001, p. 296)³⁸—, el deber de notificar el siniestro es diferente del deber de acreditarlo y de informar sobre sus circunstancias y consecuencias (Lagos, 2015, p. 278)³⁹. Como consecuencia de esta distinción, todas las informaciones referidas a las causas del siniestro, las circunstancias en que este se produjo, las responsabilidades involucradas y las ampliaciones de información y mayores antecedentes que le parezca oportuno recabar a la compañía aseguradora son materia de una etapa siguiente, esto es, del momento

en que el asegurado debe —conforme al art. 524, N°8— acreditar el siniestro y declarar fielmente y sin reticencia las circunstancias y consecuencias de este⁴⁰.

Por contraste con la simplicidad en el contenido de la notificación que exige la legislación chilena, puede considerarse el caso de la legislación argentina. En ella, pese a que tampoco se regula el contenido de la notificación al asegurador⁴¹ (Halperin, 2001, p. 497), sin embargo, es mucho más exigente. La razón es que en Argentina, la obligación de notificar la ocurrencia del siniestro y la de informar sus consecuencias es una sola. Esto explica que Stiglitz postule que la declaración del siniestro debe incluir los antecedentes de mayor relevancia: fecha, lugar, hora, participación de terceros, breve y condensado relato de las circunstancias relativas al hecho, si lo comprobó personalmente o si se hallaba ausente (Stiglitz, 2001, p. 196).

Por las razones expuestas, no compartimos las exigencias que en Chile impone Contreras al asegurado, al sostener que esta obligación implica confeccionar “una relación circunstanciada de las causas, consecuencias y demás datos que permitan a la Compañía imponerse debidamente de los hechos, discernir sobre su cobertura y evaluar las pérdidas” (Contreras, 2014, p. 261). Esta exigencia no tiene asidero legal, no se condice con el

³⁶ Ley N° 20.667 de 2013.

³⁷ En Argentina, por ejemplo, como explica Halperin (2001), la obligación es una sola: informar el acaecimiento del siniestro y las consecuencias que se derivan de él dentro del plazo de tres días de ocurrido el hecho.

³⁸ En España, en la Ley del Contrato de Seguro, el deber de informar las causas y consecuencias del siniestro se regula en el artículo 16. Sánchez Calero (2001), respecto a esta norma, señala: “Conectado con el deber de comunicación del siniestro aparece el deber de información de las circunstancias y consecuencias del mismo. Aun cuando está regulado en el artículo 16.3, entendemos que se trata de un deber distinto del anterior, en el sentido que tiene un régimen diferente”. Lo mismo ocurre en Colombia, donde el deber de notificar el siniestro se trata en el art. 1075 del Código de Comercio y la de acreditar la ocurrencia del siniestro y cuantía de la pérdida, en el art. 1077 del mismo código.

³⁹ Lagos (2015) comenta: “El deber del asegurado de acreditar la ocurrencia del siniestro y declarar sus causas y consecuencias es un deber, como vimos, distinto de la notificación del siniestro. En la práctica, una vez notificado el siniestro, el asegurador es quien requerirá al asegurado informaciones adicionales”.

⁴⁰ Sostenemos que la descripción de daños ocasionados a la materia asegurada es asunto propio de la obligación del N°8 del art. 524 del Código de Comercio, ya que pertenece al ámbito de las consecuencias. Sin embargo, no es extraño que tiendan a confundirse, como se verifica, entre otros casos, en la afirmación de la demandante en el caso *Troncoso con Chilena Consolidada Seguros Generales S.A.* (2015). En dicha oportunidad, la demandante sostuvo que cumplió con su obligación de denunciar dentro de los plazos contemplados en el contrato e informar verazmente sobre los daños sufridos, lo que muestra una común confusión de las obligaciones recogidas en los números 7 y 8 del art. 524 del Código de Comercio.

⁴¹ Como señala Halperin (2001) p. 497, refiriéndose a la denuncia del siniestro: “Es libre de formas, salvo que el contrato fije una, la cual deberá observarse”.

carácter protector del nuevo estatuto de seguros⁴², excede con creces la información que necesita la compañía en esta etapa y perjudica al asegurado, al imponerle altas exigencias en momentos en que le resultan especialmente gravosas.

Acabado el análisis de este primer deber, comprobaremos a continuación que las exigencias del deber de sinceridad son más elevadas cuando se trata de acreditar el hecho, sus circunstancias y consecuencias.

2.2. Alcance del deber de sinceridad al acreditar la ocurrencia del siniestro y declarar fielmente y sin reticencias sus circunstancias y consecuencias

2.2.1. *El deber de sinceridad al acreditar el siniestro y declarar sus circunstancias y consecuencias*

El deber de sinceridad del asegurado al momento de informar al asegurador el acaecimiento del siniestro está expresado en el artículo 524 N°8 en los siguientes términos: el asegurado estará obligado a “acreditar la ocurrencia del siniestro denunciado, y declarar fielmente y sin reticencia, sus circunstancias y consecuencias”. Por tanto, mientras el número 7 del artículo 524 se centra en el deber de poner rápidamente en conocimiento del asegurador la ocurrencia del hecho que puede constituir un siniestro, el número 8 amplía ese deber a la obligación de acreditar la ocurrencia de este y a declarar todo lo que sabe sobre sus circunstancias y consecuencias. Lagos sostiene que:

más que un deber de acreditación del riesgo, se trata en realidad de un deber de respuesta. Este deber de respuesta se traduce en un deber de colaboración que se materializa en la observancia del procedimiento dispuesto por el asegurador, para la acreditación del siniestro y de sus circunstancias ante él (Lagos, 2015, p. 279).

El cumplimiento de esta obligación, que incluye el deber de sinceridad, es también una obligación de resultado cuyo cumplimiento depende de que se alcance ese resultado (Peñailillo, 2006, p. 224).

En Chile, salvo los comentarios que realiza Lagos (2015, pp. 269-292), no constatamos un especial desarrollo doctrinal ni jurisprudencial sobre esta cuestión, por lo que intentaremos arrojar alguna luz sobre el alcance o extensión del deber de sinceridad en la declaración de las circunstancias y consecuencias del siniestro. La historia de la ley tampoco aporta muchas luces⁴³.

En primer lugar, se debe atender al sentido natural de las palabras “fielmente” y “sin reticencia”, que emplea la norma. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española será fiel aquella declaración que pueda calificarse de “exacta, conforme a la verdad” (Real Academia Española, s.f., definición 2). En tanto, el asegurado incurrirá en reticencias cuando no diga o diga solo en parte, o no dé a entender claramente, y de ordinario con malicia, algo que sabe y que podría o debería decir (Real Academia Española, s.f., definición 1)⁴⁴.

De las acepciones anteriores, colegimos que la máxima buena fe que la ley exige al asegurado consistirá en que este dé noticia de lo sucedido tal como lo recuerda, sin reservarse informaciones o manipular los hechos con la intención de que le favorezcan. Sobre esta aseveración, Ríos señala que:

la reticencia en el contexto del contrato de seguro —bajo el ordenamiento jurídico chileno— admite una concepción más comprensiva, al considerarse toda omisión o entrega de información, sin limitarla necesariamente a la fe del contratante. Ello es consecuencia a la intolerancia del *dolus bonus*, en el contrato de seguro, que excluye toda maniobra

⁴² Sobre esto, véase un amplio listado de normas que reflejan ese carácter en Contreras (2014).

⁴³ Véase el Primer Informe de la Comisión de Economía al Boletín 5185-03, especialmente p. 60.

⁴⁴ Véanse también los interesantes comentarios sobre reticencia en Ríos (2014).

que tenga por objeto obtener ventajas en el proceso de formación del contrato de buena o mala fe (Ríos, 2015, p. 435, nota 5).

Por otra parte, en expresión de Sánchez Calero “se trata de facilitar al asegurador los datos precisos para individualizar las causas del siniestro y también para precisar el alcance del mismo” (Sánchez Calero, 2001, p. 297).

2.2.2. Delimitación del deber de sinceridad en la información que debe entregar el asegurado para acreditar la existencia del siniestro y declarar fielmente y sin reticencias sus circunstancias y consecuencias

Para valorar adecuadamente el cumplimiento de este deber del asegurado es necesario delimitarlo. Así será posible determinar cuándo el asegurado lo incumple y, en consecuencia, la compañía podría legítimamente exonerarse de indemnizar (Nasser, 2018, p. 117)⁴⁵.

La cuestión medular, entonces, estará en determinar qué requisitos mínimos ha impuesto la ley a la declaración del asegurado sobre las causas, circunstancias y consecuencias del siniestro notificado. Consideramos que es posible distinguir en la ley requisitos objetivos y subjetivos en el cumplimiento de este deber. Los primeros se refieren a la declaración entregada; los segundos, a la intención del asegurado.

a. Requisito objetivo del deber de sinceridad en la declaración sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro

De acuerdo con el número 8 del artículo 524 del

Código de Comercio, es requisito objetivo en el que se debe enmarcar el deber de sinceridad: “declarar fielmente y sin reticencia, las circunstancias y consecuencias del siniestro”.

A nuestro juicio, el cumplimiento de este primer requisito exige que las informaciones que el asegurado entregue al asegurador sean sustancialmente conformes a la verdad de lo ocurrido y esenciales para determinar las circunstancias y consecuencias del siniestro (Ríos, 2014, p. 76)⁴⁶.

Entendemos que son informaciones esenciales del asegurado aquellas directamente encaminadas a determinar las circunstancias y consecuencias del siniestro, en cuanto al tiempo, lugar y modo que rodean su acaecimiento, incluida la causa que lo ocasionó⁴⁷. Son también esenciales aquellos elementos que permitan al asegurador determinar el hecho dañoso en lo sustancial y distinguirlo de otro similar, de modo que pueda decidir si debe conceder o no cobertura al siniestro, por estar cubierta en la póliza o si existe algún hecho que la exima de su responsabilidad o que influya en la determinación o alcance del monto de la indemnización.

De este modo lo comprendió el juez árbitro Retamal, quien —bajo la legislación anterior al 2013⁴⁸— al desechar las alegaciones de la aseguradora que quería rechazar la cobertura del siniestro por una inexactitud sobre la persona que iba conduciendo el vehículo, razonó:

no resulta gravitante la persona que conducía el vehículo siniestrado. No es una circunstancia que afecte al deber de sinceridad aludido por la demandada como

⁴⁵ Nasser (2018) explica, citando el art. 525 inc. 4 del Código de comercio, una forma de exonerarse de la obligación de indemnizar debido a la rescisión del contrato a causa de una falta de la información, lo que produce que caduque *ipso iure* la obligación mencionada.

⁴⁶ Ríos (2014) explica que en la etapa precontractual las divergencias entre el riesgo real y los datos entregados al asegurador se considerarán como un incumplimiento del deber del asegurado, solo si cumplen con los requisitos de tratarse de una divergencia objetiva y si se refieren a datos relevantes a en el proceso de formación del proceso.

⁴⁷ Es decir, aquellas informaciones que sirvan al fin del procedimiento de liquidación que, de acuerdo con el inciso 2° del art. 61 del DFL 251 e inciso 2° del art. 19 del DS 1055 de 2012, es establecer la ocurrencia de un siniestro, determinar si el riesgo está cubierto en la póliza contratada en una compañía de seguros determinada y cuantificar el monto de la pérdida y de la indemnización que hay que pagar.

⁴⁸ El razonamiento del juez sobre los hechos mantiene plena vigencia, a pesar de haber sido dictada la sentencia bajo el imperio de la ley anterior.

defensa. El hecho del robo fue informado verazmente tanto a la Unidad Policial como a la Compañía, incurriendo efectivamente una contradicción sobre el conductor del móvil, pero este hecho no es motivo suficiente para rechazar absolutamente el siniestro ocurrido (*Díaz con BCI Seguros Generales S.A.*, 2014).

A la compañía le interesa también determinar los hechos dañosos ciertos o posibles que pueden seguirse del siniestro denunciado⁴⁹, por lo que el deber de sinceridad del asegurado y la ausencia de reticencia se extiende a sus consecuencias. Es decir, pesa sobre el asegurado el deber de manifestar y detallar a la compañía en la medida de sus posibilidades los daños personales o materiales que hayan sufrido el asegurado y terceros involucrados en el siniestro: daños en objetos, muertes, lesiones corporales, daños de contaminación, de pérdida de datos, etc.

La ausencia de reticencia en el contenido de la declaración implica que ella debe carecer de toda omisión esencial de información que dé a entender causas, circunstancias o consecuencias diferentes a las que realmente acontecieron.

Así, entendemos que la declaración del asegurado deberá confirmar la información sobre la fecha exacta y hora de ocurrencia del siniestro entregada al denunciar el siniestro y describir los hechos ocurridos y los daños ocasionados⁵⁰, de manera que la aseguradora pueda distinguir entre conductas amparadas y excluidas de cobertura (como uso autorizado o no de un vehículo

asegurado⁵¹), distintos tipos penales (un hurto de un robo con violencia en las personas o fuerza en las cosas⁵²), fenómenos de la naturaleza (rayo de viento huracanado⁵³) o actos del hombre (como huelgas). También será esencial la descripción de aquellas circunstancias que, según la póliza, son capaces de modificar la cobertura del hecho: el lugar en que ocurrió el siniestro, la capacidad legal de la persona involucrada o una calidad especial de ella y si se trata de un solo evento o de más de uno⁵⁴. De hecho, entendemos que a esto se refiere Contreras cuando afirma que la declaración del asegurado debe contribuir a determinar si los hechos constitutivos del siniestro están amparados por la póliza justificando su derecho a indemnización (Contreras, 2014, p. 263).

Por su parte, el concepto de informaciones “directamente encaminadas” a establecer las causas, circunstancias y consecuencias del siniestro significa que se excluyen otras informaciones indirectas, de cierto interés, pero no esenciales para la compañía. En este caso, queda comprendido la exactitud sobre el número de delincuentes que participaron en el robo del vehículo siniestrado en que una compañía quiso fundar su rechazo de la indemnización. Tal inexactitud

no alcanza a configurar una falta de sinceridad, porque da lo mismo que haya sido un delincuente o dos o un mayor número de autores del ilícito, porque el hecho es uno solo: el robo o hurto del vehículo siniestrado. Por lo dicho, la alegación referida resulta inocua para calificar si en el presente caso se faltó o no al deber de sinceridad⁵⁵.

⁴⁹ Es decir, todo lo que, de acuerdo con el art. 19 del DS 1055 de 2012, necesita la aseguradora para cuantificar el monto de las pérdidas.

⁵⁰ Stiglitz (2001) para una mayor explicación.

⁵¹ En el caso *Montenegro con BCI Seguros Generales S.A.* (2017), la Corte Suprema se hace cargo de “los jueces del fondo han establecido como hecho inalterable que en el caso de autos existió una autorización por parte del asegurado en prestar su vehículo y que esto haría inaplicable en la especie la cláusula de uso no autorizado”.

⁵² Puede verse *Maxirent con Renta Nacional Seguros Generales S.A.* (2014), donde se discutió si había estafa o “uso no autorizado” del vehículo siniestrado.

⁵³ En el caso *Royal & Sun Alliance Seguros Chile S.A. con Jahuel Ingeniería y Construcción Limitada* (2007), se discutió si constituía el riesgo “inundación”, cubierto por la póliza, aquel que ocurría por lluvias y que dañaba varias viviendas por defectos de su construcción en el terreno o quedaba excluido.

⁵⁴ Habitualmente resultará esencial distinguir si se trata de un mismo evento o de varios, ya que según esto se aplica el deducible pactado para cada evento y el límite de número de eventos al año, si los hay convenidos. Véase la sentencia *Troncoso con Chilena Consolidada Seguros Generales S.A.* (2015).

⁵⁵ *Díaz con BCI Seguros Generales* (2014).

En esta misma línea, Sánchez Calero sostiene que el deber de información:

[se] debe circunscribir a las circunstancias y consecuencias del siniestro y no a otras informaciones que pueden ser útiles para el asegurador desde otra perspectiva, mas no a los efectos de la relación concreta entre las partes para delimitar las causas, características y consecuencias del siniestro. Estas informaciones pueden ser útiles no sólo en lo que se refiere a la liquidación del siniestro con el asegurado o, en su caso, con el beneficiario, sino también para el ejercicio de la reclamación del propio asegurador contra el tercero responsable (Sánchez Calero, 2001, p. 296).

b. Requisito subjetivo en la declaración sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro

El legislador establece también un requisito subjetivo referido directamente a la intención con la que el asegurado informa a la compañía la ocurrencia del siniestro, sus circunstancias y consecuencias.

Dicho requisito consiste en la buena fe del asegurado al proveer las informaciones sustanciales al asegurador sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro. Este requisito está recogido en dos disposiciones. Primero, en el mismo número 8 del artículo 524 al exigir al asegurado un esfuerzo de veracidad, honestidad y memoria (“declarar fielmente”) y una ausencia de manipulación del sentido del relato (“sin reticencia”) que proporciona a la compañía aseguradora. En segundo término, esta buena fe es exigida y su ausencia castigada por el artículo 539 del Código de Comercio, cuando dispone que el contrato de seguro se resuelve si el asegurado, a sabiendas,

proporciona al asegurador información sustancialmente falsa al reclamar la indemnización de un siniestro (Ríos, 2015, pp. 433-434)⁵⁶.

El requisito opera como exigencia mínima para ejercer el derecho a recibir la indemnización por parte de la compañía de seguros, sin perjuicio de la responsabilidad penal que la mala fe pudiera además acarrear al asegurado.

No obstante, si bien el marco general del deber de sinceridad exige que el asegurado se esfuerce por informar de manera exacta lo que sabe, es menester puntualizar que para considerar que se ha incumplido el deber de sinceridad se exige malicia del asegurado en la información entregada. Es decir, ni una actitud pasiva del asegurado —salvo que sea reticencia dolosa— ni la mera negligencia, ni menos el error⁵⁷ (Boetsch, 2011, p. 73) en la entrega de la información puede considerarse un incumplimiento del deber de sinceridad. Ni siquiera a la culpa grave se le reconoce la capacidad de viciar este deber de sinceridad, pues el artículo 539 del Código de Comercio exige intencionalidad del asegurado (“a sabiendas”) en la entrega de la información, que además debe ser sustancialmente falsa. Por tanto, si la mala fe recae sobre informaciones accesorias el asegurado no incumple el deber de sinceridad.

En otras legislaciones, en cambio, el deber de sinceridad parece ser más exigente. En Colombia, por ejemplo, la legislación no exige que la mala fe recaiga sobre informaciones sustanciales para castigar al asegurado con la pérdida del derecho a indemnización: “La mala fe del asegurado o del beneficiario en la reclamación o comprobación del derecho al pago de determinado siniestro, causará la pérdida de tal derecho”⁵⁸. Como

⁵⁶ Ríos es de la opinión de que el artículo 539 del Código de Comercio se refiere tanto a los deberes de información del número 7 como del número 8 del artículo 524 del Código de Comercio.

⁵⁷ Como dispone el artículo 706 del Código Civil, supletorio en Derecho Comercial, “un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe” (Boetsch, 2011) afirma, comentando esta norma, que el Código, al emplear la palabra ‘justo’, se refiere a que el error sea justificable o excusable.

⁵⁸ Código de Comercio colombiano, artículo 1078 inciso 2°.

señala Vásquez:

esta sanción procura disuadir el fraude suave, toda vez que con la sanción consagrada, el asegurado o beneficiario se está exponiendo no solo a no recibir aquella ventaja adicional que pretende, sino también a perder aquella parte de la indemnización que hubiese recibido de no haber sido por su mala fe en la reclamación (Vásquez, 2017, p. 30).

En Argentina, Stiglitz sostiene que “la relación de los hechos debe ser sincera, clara, real, sucinta, hallarse exenta de errores y falsedades” (Stiglitz, 2001, p. 197). Halperin puntualiza que “el error involuntario no acarrea ninguna sanción” (Halperin, 2001, p. 498) y Meilij afirma que “el incumplimiento de esta carga informativa no acarrea caducidad sino cuando se produce maliciosamente” (Meilij, 1998, p. 60). Asimismo, citando a Bruck, afirman

que el deber de conocer no se equipara al conocimiento efectivo, salvo que exista culpa en no conocer (Halperin, 2001, p. 498).

En España, finalmente, la Ley del Contrato de Seguro permite la liberación del asegurador si ha concurrido por parte del asegurado no solo dolo, sino también culpa grave en el incumplimiento del deber de informar⁵⁹. Así lo establece el artículo 16 de la citada ley en su inciso 3° al señalar: “en caso de violación de este deber, la pérdida del derecho a indemnización sólo se producirá en el supuesto de que hubiese concurrido dolo o culpa grave”.

Es claro que el legislador chileno ha querido, deliberadamente, poner un estándar más bajo que en otros países en cuanto al alcance del deber de sinceridad contemplado en los números 7 y 8 del artículo 524 del Código de Comercio.

3. Consecuencias del incumplimiento del deber de sinceridad al notificar el siniestro o al informar sobre sus circunstancias y consecuencias

Establecidos los requisitos objetivos y subjetivos del deber de sinceridad consagrados en los números 7 y 8 del artículo 524 del Código de Comercio y delimitado su contenido mínimo, nos corresponde determinar cuáles son las consecuencias de su incumplimiento. Para ello atenderemos al carácter de esencial de la información, a la buena o mala fe del asegurado y a la proporcionalidad de la sanción.

3.1. Inadecuaciones a la realidad en la notificación del siniestro

En la etapa de la notificación del siniestro, la compañía de seguros o el juez pueden constatar errores, falsedades u omisiones en la notificación del siniestro.

Las faltas de sinceridad que recaigan sobre aspectos esenciales del siniestro denunciado y que sean imputables al asegurado dan derecho a la compañía a retener la prima o demandar su cobro y a ejercer una eventual acción penal en contra del asegurado si se configura el delito de fraude al seguro⁶⁰.

⁵⁹ Véase una detallada explicación en Sánchez Calero (2001).

⁶⁰ Artículo 539 inciso 2° del Código de Comercio. Véase una mayor explicación en Ríos (2015).

Sin embargo, como expusimos más arriba, solo deben considerarse comprendidas en el deber de sinceridad las declaraciones que constituyen el contenido mínimo de la notificación del siniestro y que vienen delimitadas por el objetivo de esta. Dentro de estas declaraciones, solo son sancionables las inadecuaciones a la realidad que tengan el carácter de esenciales y que sean imputables al asegurado.

Tratándose de una obligación de resultado⁶¹, son esenciales en el contenido de la notificación del siniestro aquellas omisiones, errores o falsedades que no permitan a la compañía alcanzar su objetivo propio, esto es, “hacer las investigaciones necesarias y salvaguardar sus intereses” (Halperin, 2001, p. 498). En concreto, la denuncia debe contener lo que señalamos en el apartado 1.2 precedente.

Son imputables al asegurado aquellas informaciones esenciales erróneas que provengan de culpa o dolo del asegurado. Esto ocurriría si, por ejemplo, el asegurado, faltando a la buena fe, le entregara al asegurador información maliciosamente falsa (como sería inventar un siniestro que no ha ocurrido) u ocultara alguna característica o causa esencial de él que eximiría de responsabilidad a la aseguradora (como podría ser el haberse incendiado la cosa asegurada como consecuencia de explosión de materiales, cuyo transporte estaba expresamente excluido en la póliza). También ocurriría si se constatará negligencia en la declaración del asegurado o en la averiguación de los hechos.

Es precisamente esta falsedad esencial la que pondera la jueza González en un caso de reclamación de falta de cobertura por múltiples daños a un vehículo. La jueza acoge la alegación de la compañía de que el asegurado ha mostrado numerosas contradicciones en sus versiones y que se observa incoherencia física entre los daños y el

evento que se supone que los ha causado⁶².

No son imputables al asegurado, en cambio, aquellas informaciones erróneas exigidas como esenciales en la denuncia del siniestro, que provengan de ignorancia o error invencible, caso fortuito o fuerza o dolo de la compañía o sus agentes.

A nuestro juicio, tampoco son imputables al asegurado ciertas imprecisiones en la primera notificación del siniestro por influencia de un estado de ansiedad. No es razonable exigir demasiada rigurosidad en la precisión de los hechos en esta primera notificación a la aseguradora, pues, como afirma Halperin citando a Picard “no se puede exigir un informe absolutamente exacto en el plazo angustioso de horas” (Halperin, 2001, p. 498, nota 276). Ciertos temperamentos requieren algún tiempo para apaciguarse y razonar bien, separando lo imaginado de lo ocurrido realmente. Precisamente, es la cercanía de la notificación con el siniestro lo que pondera el juez árbitro Retamal, para declarar inimputable, además de irrelevante, la confusión del asegurado en la persona del conductor del vehículo robado, señalando que “la confusión aludida, se puede justificar por las circunstancias del momento, ocurrida a solo una hora de ocurrido el robo vehicular” y porque el mismo asegurado poco antes había precisado que iba manejando su esposa y no él cuando padecieron el robo⁶³. De forma muy similar, razona el juez al descartar la alegación de la compañía que sostenía que había quedado probada la falsedad de la declaración del hijo del asegurado que señaló haber dejado las llaves al interior del vehículo cuando fue robado, lo que se probó era imposible porque el auto se encendía con control de mando a distancia y ambos controles estaban en manos del asegurado: “que si bien el hijo del denunciante señaló dicha situación ante Carabineros, sus expresiones no eran correctas y obedecían a un evidente estado de

⁶¹ Véase Peñailillo (2006).

⁶² *Troncoso con Chilena Consolidada Seguros Generales S.A.* (2015).

⁶³ *Díaz con BCI Seguros Generales* (2014). Considerando 6°.

shock, y ello aconteció a sólo minutos del suceso”⁶⁴.

Finalmente, considerando que los requisitos mínimos del contenido de la notificación del siniestro son restringidos, surge la interrogante sobre el tratamiento que debe dársele a las imprecisiones e informaciones que exceden el contenido exigido. Estimamos que el marco del deber de sinceridad en la notificación se circunscribe a la comunicación de la verdadera ocurrencia de un hecho que constituya o pueda constituir un siniestro cubierto por la aseguradora. Por tanto, toda otra información que aporte el asegurado en esta etapa no puede ser invocada por la compañía para eximirse de su obligación de indemnizar. Deberán valorarse con posterioridad, en el contexto completo de las declaraciones acerca del siniestro y de sus circunstancias y consecuencias.

3.2. Inadecuaciones a la realidad en la declaración sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro

En esta etapa la compañía o el juez pueden constatar incongruencias entre la denuncia del siniestro y la declaración posterior de sus circunstancias o consecuencias; o inadecuaciones entre la denuncia, declaración posterior y lo acontecido.

Las consecuencias del incumplimiento del deber de sinceridad respecto de la obligación del número 8 del artículo 524 del Código de Comercio son el derecho de la compañía a no pagar la indemnización⁶⁵, exigir la resolución del contrato de seguro (Ríos, 2015, pp. 437-438), retener la prima o demandar su cobro (Ríos, 2015, pp. 439-440) y ejercer una eventual acción penal en contra del asegurado si se configura el delito de fraude al seguro⁶⁶.

A nuestro juicio, sin embargo, solo pueden considerarse

como verdaderos incumplimientos del deber de sinceridad consagrado en el número 8 del artículo 524 del Código de Comercio aquellas inadecuaciones a la realidad por falsedad o reticencia del asegurado, que recaigan sobre hechos esenciales⁶⁷, que este proporcione a sabiendas y con el propósito de cobrar la indemnización del siniestro⁶⁸. Por tanto, sostenemos que la declaración de los hechos debe ser fiel, sustancialmente conforme a la verdad y carecer de reticencias. Los hechos sobre los que pesa el deber de sinceridad y cuya omisión o tergiversación se podrán sancionar son solamente los esenciales. La declaración con inadecuaciones o reticencias sobre hechos accidentales no se debe sancionar, por no ser un verdadero incumplimiento del deber de sinceridad exigido por la ley.

El límite de veracidad que exige la ley viene esencialmente determinado por la obligación de indemnizar de la aseguradora. En ese sentido, constituirán una falta grave a la veracidad todas aquellas declaraciones que influyan directamente en la obligación de indemnizar tanto en lo que se refiere a su procedencia o exigibilidad, como a lo que tenga la virtud de aumentar o disminuir el monto de la indemnización que deberá pagar la aseguradora. Con el nuevo delito de “fraude al seguro” contemplado en el artículo 470, N°10 del Código Penal, se ilumina el alcance de la transgresión a la buena fe, ya que exige para su configuración que los errores o reticencias persigan obtener una indemnización a la que no se tiene derecho. Tal como precisa Contreras: “El fraude al seguro, es una acción cometida por el asegurado con el fin de obtener, mediante engaño, una prestación del asegurador, a la que no está obligado por el contrato” (Contreras, 2014, p. 703).

Por tanto, son hechos accesorios aquellos que no influyen en la calificación del siniestro ni modifican la

⁶⁴ *Córdova con BCI Seguros S.A.* (2015). Considerando 2°.

⁶⁵ Consecuencia de la ineficacia contemplada en el art. 539 del Código de Comercio. Véase en Contreras (2014).

⁶⁶ Artículo 529 del Código de Comercio en relación con el artículo 470, N°10 del Código Penal. Véase Contreras (2014).

⁶⁷ Consideramos hechos esenciales los descritos en el apartado 2.2.

⁶⁸ El art. 539 del Código de Comercio habla de informaciones sustancialmente falsas, que entendemos son aquellas que recaen sobre aspectos esenciales.

cobertura que la aseguradora debe otorgarle.

Ilustrativos ejemplos de inadecuaciones sobre aspectos accidentales —precisamente porque no modifican la cobertura del seguro— que la defensa de la compañía intentó aprovechar para rechazar la cobertura del siniestro por faltas al deber de sinceridad son la confusión sobre la persona del conductor y el número de delincuentes en un caso de robo de vehículo⁶⁹ y el haber declarado por error el hijo del asegurado que dejó las llaves puestas en su vehículo cuando se bajó a comprar y se lo robaron⁷⁰.

Por otra parte, para valorar adecuadamente si hubo verdadera reticencia y sobre aspectos esenciales por parte del asegurado, hay que tener en cuenta que el experto en siniestros es la compañía de seguros y que esta puede recabar más información si le parece necesaria para establecer fehacientemente el origen, circunstancias y consecuencias del siniestro (Halperin, 2001, p. 498). En este sentido, sostenemos que la misma buena fe que obliga a mantener el deber de colaboración entre el asegurador y el tomador del seguro (Sánchez Calero, 2001, p. 296), y que obliga al asegurado a declarar fielmente las circunstancias del siniestro, exige que el asegurador no intente aprovecharse (Monti, 2002, p. 31)⁷¹ de imprecisiones menores o accidentales⁷² para disminuir (o eximirse totalmente de) su principal obligación: indemnizar al asegurado.

En cuanto a la imputabilidad del asegurado, le son imputables aquellas declaraciones falsas o con

reticencias realizadas con culpa o dolo de su parte.

En este sentido, destaca una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago donde se pondera adecuadamente el alcance del deber de sinceridad:

en lo atinente a las discrepancias de la hora⁷³ en que tuvo lugar el siniestro, se trata de una carga adicional a aquellas que son de la esencia del contrato de seguro y para la adecuada resolución del asunto planteado es del caso anotar que el artículo 17 de la póliza, contiene el denominado deber de sinceridad exigiendo 'informar verazmente del estado y destino del vehículo al contratante del seguro; de los cambios de destino durante su vigencia y de las circunstancias del siniestro', es decir, el asegurado debe comunicar la ocurrencia del siniestro enunciando la causa y circunstancias en que se produjo el evento, lo que se cumple en el caso de autos con la declaración escrita presentada a la compañía demandada y con las respuestas al cuestionario que le fuera remitido por e-mail por parte del liquidador al que adjunta croquis del lugar, de los cuales es posible concluir que el asegurado entregó a la demandada una relación detallada del accidente, indicando la causa determinante, sus consecuencias y los demás datos que permitieron a la compañía imponerse del hecho, sin que en tal relato cobre relevancia las inexactitudes que se reprochan en cuanto a la hora del accidente, pues no se advierte perjuicio o indicios de fraude que afecten a la Compañía de Seguros⁷⁴.

⁶⁹ *Díaz con BCI Seguros Generales* (2014). Considerando 6°.

⁷⁰ *Córdova con BCI Seguros S.A.* (2015). Considerando 2°.

⁷¹ Como explica Monti (2002), en Francia se reconoce —como consecuencia del principio de la buena fe— el deber de lealtad del asegurador en la gestión del siniestro.

⁷² Estimamos que son imprecisiones menores o accidentales las que no modifican la procedencia o el monto de la indemnización que debe determinar el procedimiento de liquidación contemplado en los art. 19 y ss. del DS 1055 de 2012.

⁷³ La hora del siniestro suele ser un dato esencial, como señalamos en el apartado 1.2 precedente. La razón es que el inicio y término de la vigencia de la póliza se expresa en día y hora. No obstante, un error en la hora en un día en que no influye en la vigencia de la póliza no debe considerarse per se un dato esencial.

⁷⁴ *M.A.C.F. con BCI Seguros Generales S.A.* (2015).

3.3. Proporcionalidad de la pérdida del derecho de indemnización

El contrato de seguro lo ha celebrado el asegurado para traspasarle al asegurador las consecuencias dañosas de un siniestro, si este ocurre, a cambio del pago de una prima (Ríos, 2015, p. 31). Como contrapartida, la principal obligación de la compañía es pagar la indemnización al asegurado en caso de que ocurra un siniestro cubierto por la póliza contratada (Ríos, 2015, p. 356).

En el contexto de la buena fe aplicado ahora a la aseguradora, resulta justo que esta valore con criterio restrictivo —es decir, solo en cuanto le produzca un daño real— las inexactitudes o reticencias que observen en la denuncia del siniestro o en la declaración posterior de sus circunstancias o consecuencias (Monti, 2002, p. 31)⁷⁵.

Por ello, suscribimos la postura de Sánchez Calero,

quien estima que la pérdida del derecho a indemnización ha de interpretarse de forma restrictiva no solo al momento de valorar si hubo o no dolo o culpa grave, sino en especial al determinar si hubo una verdadera violación del deber de información, lo que no ocurre cuando ella no se refiera a las circunstancias y consecuencias del siniestro. Tampoco cuando la falta de información no sea relevante o cuando la sanción de la pérdida de la indemnización sea desproporcionada (Sánchez Calero, 2001, p. 298).

Por lo anterior, si se constata una falta al deber de sinceridad del asegurado sobre un hecho que disminuye la responsabilidad de la compañía pero que no la anula, y siempre que no se compruebe malicia del asegurado, debería ponderarse si lo justo es solo rebajar el monto de la indemnización. Si existe malicia, caería dentro del tipo penal de fraude al seguro.

4. Conclusiones

El cumplimiento de los deberes de sinceridad estudiados debe ser ponderado cuidadosamente, de modo que no toda inadecuación entre la realidad y los hechos declarados por el asegurado da derecho a rechazar la cobertura, sin analizar antes si se trata o no de un verdadero incumplimiento de este. Lo exigido por la ley varía en cada uno de los deberes estudiados. Es positivo, en este sentido, que la reforma introducida por la Ley N° 20.667 de 2013 contemple dos deberes de sinceridad distintos, con efectos diversos en caso de ser incumplidos.

No solo el asegurado, sino también el asegurador están obligados por el principio de máxima buena fe, que

impide al asegurador aprovecharse de cualquier error o inexactitud en que el asegurado incurra cuando notifica el siniestro o cuando describe, en un segundo momento, sus circunstancias y consecuencias, con el objeto de disminuir el *quantum* indemnizatorio a que está obligado.

El alcance del deber de sinceridad en el seguro de daños, tanto al momento de notificar el siniestro como de declarar las circunstancias y consecuencias de este, debe regirse por criterios objetivos, dejando a salvo cierto margen prudencial, según las circunstancias de cada caso.

⁷⁵ Como sostiene Monti (2002) el asegurador tiene en la fase de reclamo de la indemnización numerosos incentivos para aprovecharse de su posición y dilatar el pago de la indemnización, “sobreanalizando” la procedencia de la cobertura y pidiendo información innecesaria al asegurado.

Para acertar en un adecuado análisis del cumplimiento del deber de sinceridad, es procedente ajustarse a las siguientes etapas: 1. En primer lugar deberá verificar que el deber de sinceridad se adecúe a las exigencias legales de la etapa en que se encuentre: notificación del siniestro o declaración posterior de sus circunstancias o consecuencias, ya que las exigencias son más elevadas en la segunda etapa que en la primera. 2. Enseguida —por tratarse de obligaciones de resultado— deberá analizar si la falta de adecuación recae sobre hechos exigidos por el deber de sinceridad en la notificación o en la declaración posterior. En el caso de la notificación del siniestro, el deber de sinceridad viene delimitado por la finalidad de la información que debe entregarse al asegurador. La notificación debe proporcionar los elementos esenciales que le permitan al asegurador hacer las investigaciones

necesarias y resguardar sus intereses. Si se trata de la declaración posterior, esta debe cumplir requisitos objetivos y subjetivos. 3. Si a pesar de constatarse inadecuaciones entre la realidad y los hechos declarados, estos no influyen en la responsabilidad patrimonial de la aseguradora, no cabe considerarlo esenciales al deber de sinceridad exigido por la legislación de seguros en Chile. 4. En cuanto a la imputabilidad, deberá atenderse conforme a las reglas generales si el asegurado ha incumplido el deber de sinceridad por culpa o dolo que le sean imputables. La culpa o dolo debe ser siempre sobre hechos esenciales. 5. Finalmente, deberá ponderarse la proporción existente entre la violación del deber de sinceridad y la pérdida total del derecho de indemnización. Como la sanción es muy grave, la falta al deber de sinceridad deberá serlo también.

Referencias

- Achurra, J. (2005). *Derecho de Seguros. Escrito de Juan Achurra Larraín. Tomo I: Recopilación de trabajos, estudios y publicaciones*. Santiago, Chile: Universidad de los Andes, Colección Jurídica.
- Achurra, J. (2005). *Derecho de Seguros. Escrito de Juan Achurra Larraín. Tomo III: Apuntes y sentencias*. Santiago, Chile: Universidad de los Andes, Colección Jurídica.
- Barros, E. (1983). Derecho y Moral. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 80(2), 45-65.
- Bennet, H. (1996) *The Law of Marine Insurance*. Oxford: Clarendon Press.
- Boetsch, C. (2015). *La buena fe contractual*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica.
- Carvajal, L. (2014). La buena fe mercantil en la tradición jurídica occidental. *Revista de Estudios histórico – jurídicos*, (36), 345–364. <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552014000100012>
- Contreras, O. (2006). *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil*. Madrid: Editorial MAPFRE S.A.
- Contreras, O. (2014). *Derecho de Seguros* (2ª ed.). Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing.
- Corral, H. (2007). La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno. *Revista de Derecho Privado*, (12-13), 143-178.
- Facco, J. (2009). El principio de buena fe objetiva en el derecho contractual argentino. *Revista de Derecho Privado*, (16), 149-168.
- Ferrara, F. (1926). *La simulación de los negocios jurídicos (actos y contratos)*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Halperin, I. (2001). *Seguros: Exposición crítica de las leyes 17418, 20091 y 22400* (3ª ed.). Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Hoyl, R. y Ruiz-Tagle, C. (2014). *El Contrato de Seguro*. Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing.
- Jaramillo, C. (2011). *Derecho de Seguros, Tomo II*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

- Lagos, O. (2006): *Las cargas del acreedor en el Seguro de Responsabilidad Civil*. Madrid: Editorial Mapfre S.A.
- Lagos, O. (2015). Artículo 524: Obligaciones del Asegurado. En R. Ríos (Dir.). *El Contrato de Seguro: Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (pp. 269-292). Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing).
- López, J. (2010). *Los Contratos: Parte General* (5ª ed.). Santiago: Editorial Abeledo Perrot.
- López y García de la Serrana, J. (2016). El principio de buena fe contractual en el contrato de seguro. *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (58), 5-8.
- Meilij, G. (1998). *Manual de Seguros* (3ª ed.). Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Merkin, R. & Ozlem, G. (2016). The Insurance Act 2015. *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, (25), 11-37.
- Monti, A. (2002). *Buona Fede e Assicurazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- Nasser, M. (2018). *Los seguros de personas*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters.
- Peñaillillo, D. (2006). *Obligaciones - Teoría General y clasificaciones - La Resolución por incumplimiento*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Piña, J. I. (2006). *Fraude de seguros: Cuestiones penales y de técnica legislativa*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Real Academia Española. (s.f.). Cierto. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 13 de mayo de 2022, de <https://dle.rae.es/cierto?m=form>
- Real Academia Española. (s.f.). Fiel. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 13 de mayo de 2022, de <https://dle.rae.es/fiel?m=form>
- Real Academia Española. (s.f.). Notificar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 13 de mayo de 2022, de <https://dle.rae.es/notificar?m=form>
- Real Academia Española. (s.f.). Reticencia. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 13 de mayo de 2022, de <https://dle.rae.es/reticencia?m=form>
- Ríos, R. (2014). *El deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños*. Santiago, Chile: LegalPublishing.
- Ríos, R. (2015). Artículo 539: Otras causales de ineficacia del contrato. En R. Ríos (Dir.). *El Contrato de Seguro: Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (pp. 433-441). Santiago, Chile: Editorial LegalPublishing.
- Ruiz-Tagle, C. (2011). *La Buena Fe en el Contrato de Seguro de Vida*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Sánchez Calero, F. (2001): *Ley de Contrato de Seguro: Comentarios a la Ley 50/1980 del 8 de octubre, y a sus modificaciones* (2ª ed.). Madrid: Editorial Aranzadi.
- Stiglitz, R. (2001). *Derecho de Seguros*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Vásquez Vega, D. (2017). La mala fe y el fraude en el derecho colombiano de seguros. *Revista Ibero - latinoamericana de Seguros*, 26(46), 15-35. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris46.mffd>

Jurisprudencia citada

- Montenegro con BCI Seguros Generales S.A.* (2017). Corte Suprema, 23 de enero de 2017 (recurso de casación en el fondo). En VLex, Código de búsqueda 661438441.
- Sepúlveda con Chilena Consolidada Seguros Generales* (2017). Segundo Juzgado de Policía Local de Maipú, 10 de enero de 2017 (denuncia infraccional y demanda de indemnización de perjuicios). http://www.cmfchile.cl/institucional/inc/sentencias/sentencias_visualiza_doc.php?sen_identificador=113&sen_secuencia=1&sen_id_sec_doc=1

- Servicios de Exportaciones Frutícolas Exser Limitada con Compañía de Seguros Penta Security S.A.* (2017): 11° Juzgado Civil de Santiago, 24 de marzo de 2017 (incumplimiento de contrato de seguro) en VLex, Código de búsqueda 684793277.
- Chubb de Chile Compañía de Seguros con R.S.M.A* (2016): Corte Suprema, 4 de enero de 2016 (recurso de casación en el fondo) en VLex, Código de búsqueda 591071538.
- Córdova Ruiz, Elías con BCI Seguros* (2015). Segundo Juzgado de Policía Local de La Serena, 5 de noviembre de 2015 (denuncia infraccional y demanda de indemnización de perjuicios). http://www.cmfchile.cl/institucional/inc/sentencias/sentencias_visualiza_doc.php?sen_identificador=108&sen_secuencia=1&sen_id_sec_doc=1
- M.A.C.F. con BCI Seguros Generales S.A.* (2015): Corte Suprema, 20 de abril de 2015 (recurso de casación en el fondo). En VLex, Código de búsqueda 566390166.
- Díaz con BCI Seguros Generales* (2014): Juez Árbitro, Hernán Retamal Valdés, 26 de septiembre de 2014. http://www.cmfchile.cl/institucional/inc/sentencias/sentencias_visualiza_doc.php?sen_identificador=38&sen_secuencia=1&sen_id_sec_doc=1
- Maxirent con Renta Nacional Seguros Generales S.A.* (2014). Corte Suprema, 12 de mayo de 2014 (recurso de casación en el fondo). En VLex, Código de búsqueda 510642062.
- Rodríguez con BCI Seguros Generales S.A.* (2014): Corte de Apelaciones de Concepción, 11 de abril de 2014, rechazado por la Corte Suprema, 9 de junio de 2014 (recurso de protección). http://www.cmfchile.cl/institucional/inc/sentencias/sentencias_visualiza_doc.php?sen_identificador=23&sen_secuencia=2&sen_id_sec_doc=1
- Troncoso con Chilena Consolidada Seguros Generales* (2015): Tercer Juzgado de Policía Local de Concepción, 31 de julio de 2015 (querrela infraccional y demanda civil). http://www.cmfchile.cl/institucional/inc/sentencias/sentencias_visualiza_doc.php?sen_identificador=50&sen_secuencia=1&sen_id_sec_doc=1
- Venegas con Chilena Consolidada Seguros Generales* (2015) Segundo Juzgado de Policía Local de Temuco, 30 de junio de 2015 (querrela infraccional). http://www.cmfchile.cl/institucional/inc/sentencias/sentencias_visualiza_doc.php?sen_identificador=47&sen_secuencia=1&sen_id_sec_doc=1
- Lalanne con BCI Seguros Generales* (2015) Segundo Juzgado de Policía Local de Chillán, 25 de octubre de 2015 (demanda civil de indemnización de perjuicios). http://www.cmfchile.cl/institucional/inc/sentencias/sentencias_visualiza_doc.php?sen_identificador=65&sen_secuencia=1&sen_id_sec_doc=1
- Inversiones Aéreas Patagonia Ltda. con Compañía de Seguros Generales Cruz del sur S.A.* (2012). Corte Suprema, 10 de mayo de 2012. En WestLaw Chile N° CL/JUR/887/2012.
- JL asociados con Compañía de Seguros Cruz del Sur* (2011). Corte Suprema, 2 de mayo de 2011 (recurso de casación en el fondo). En WestLaw Chile N° CL/JUR/10010/2011.
- Royal & Sun Alliance Seguros Chile S.A. con Jahuel Ingeniería y Construcción Limitada* (2007). Corte Suprema, 11 de septiembre de 2007 (recurso de casación en el fondo). En VLex, Código de búsqueda 332701294.

Normas citadas

- Ley N° 20.667. Diario oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 9 de mayo de 2013. <http://bcn.cl/2fn1d>.
- Código de Comercio. Diario oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 23 de noviembre de 1865. <http://bcn.cl/2g7d1>.
- Código Civil. Dfl 1 del 2000, Diario oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 14 de diciembre de 1855. <http://>

bcn.cl/2f6t3.

Código Penal. Diario oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de noviembre de 1874. <http://bcn.cl/2f6m7>.

DFL N°251. Diario oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de mayo de 1931. <http://bcn.cl/2yllp>.

DS N°1055. Diario oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 29 de diciembre de 2012. <http://bcn.cl/2iozq>.

Código de Comercio de Colombia. Decreto 410 de 1971. 16 de junio de 1971. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html.

Ley 50/1980 de 8 de octubre, Ley de Contrato de Seguro (España). <https://www.boe.es/eli/es/l/1980/10/08/50/con>.

**Diego
Felipe
Lizama
Castro**

diego.lizama@lizamabogados.cl

Recibido: 13.05.22

Aceptado: 16.08.22

Una aproximación crítica a la aplicación de la regla *in dubio pro operario* en Chile

A critical approach to the application of the rule *in dubio pro operario* in Chile

Resumen: El *in dubio pro operario* es un concepto jurídico del derecho del trabajo que permite al juez, ante la duda legítima sobre el sentido de una norma laboral, preferir aquella interpretación que sea más favorable al trabajador. Prácticamente, todo juez del trabajo recurre a esta figura para interpretar la norma del ordenamiento jurídico del trabajo, sin embargo, no se ha analizado críticamente este criterio interpretativo (salvo honrosas excepciones). En efecto, a lo menos en el plano nacional, casi nada se ha dicho sobre si el *in dubio pro operario* es un principio o una regla jurídica y si realmente este criterio interpretativo se puede utilizar en el sistema legal chileno. Este artículo de investigación pretende analizar críticamente el *in dubio pro operario* y, en definitiva, zanjar ciertas dudas que pudiese suscitar esta temática.

Palabras clave: Principio; regla; trabajo; operario.

Abstract: The *in dubio pro operario* is a legal concept of Labour Law that allows the judge, when faced with legitimate doubts about a labour rule, to prefer the interpretation that is more favorable to the worker. Practically every labour judge applies this figure to interpret the norm of the labour legal system, however, this interpretive criterion has not been critically analysed (with honourable exceptions). Indeed, at least in Chile, almost nothing has been said about whether *in dubio pro operario* is a principle or a legal rule and whether this interpretive criterion can really be used in the Chilean legal system. This research article aims to critically analyse the *in dubio pro operario* and, ultimately, settle certain doubts that this issue could raise.

Keywords: Principle; rule; labour; *operario*.

Los jueces del trabajo han recurrido constantemente al principio protector para interpretar normas laborales en su variante *in dubio pro operario*. Esta regla, como veremos, obliga al juez — ante una duda legítima sobre el real significado de la norma— optar por la interpretación más favorable al trabajador.

Dentro de la jurisprudencia reciente podemos encontrar varios ejemplos sobre su uso. En ese sentido, el año 2014, la Corte Suprema estableció que el plazo de caducidad de la acción de despido indirecto se suspendía ante la instancia administrativa de la Dirección del Trabajo (figura que solamente se contemplaba a propósito de la acción judicial de despido injustificado) sobre la base del *in dubio pro operario* (Corte Suprema, causa rol N°4317-2014, de 12 de mayo de 2014). En este caso, los sentenciadores crearon una norma a partir de este principio laboral optando por una interpretación más favorable al trabajador en la medida que el artículo 171 del Código del Trabajo, norma que regula el despido indirecto, no tenía ninguna referencia a la suspensión del plazo de caducidad por concurrencia del subordinado ante la instancia administrativa de la Dirección del Trabajo ni tampoco a la suspensión que se encuentra en el artículo 168 del mismo cuerpo legal (Munita, 2014, p. 91).

Otra manifestación del *in dubio pro operario* se produjo también el año 2014 cuando la Corte Suprema sostuvo que la responsabilidad solidaria, en un régimen de subcontratación, resultaba aplicable en las indemnizaciones de perjuicio por accidente del trabajo. En ese sentido, el fallo sostuvo que: “conforme al principio pro operario que posibilita la integración de las normas que regulan una misma materia, fuerza concluir que tal estatuto es el propio de la solidaridad” (Corte Suprema, causa rol N°10.139-2013, de 10 de junio de 2014). En esta causa nuevamente los jueces omitieron la regulación vigente y, en base a este principio, crearon una norma: solidaridad en el caso de indemnizaciones por accidente del trabajo en la relación de empresa principal con empresa contratista.

Ambas sentencias nos invitan a pensar que los jueces

utilizan de forma indistinta y automáticamente esta herramienta interpretativa optando por una interpretación más favorable al trabajador. Sin embargo, no existe una reflexión seria sobre si la institución en comento realmente se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico de Chile. Se observa lo anterior si, máxime, en ninguno de los artículos de interpretación de ley del Código Civil se encuentra cristalizada una regla como la que han utilizado estas sentencias.

En tal escenario este trabajo pretende preguntarse, seriamente, si la interpretación protectora se encuentra contenida en el sistema legal chileno o si, por el contrario, dicha herramienta no se puede desprender de ninguna parte de nuestra regulación. Si la situación es la segunda, y no la primera, muchos de los fallos del último tiempo se habrán fundado en una regla que no tiene real sustento normativo.

Para la elaboración de la presente tesis se seguirá el siguiente esquema de trabajo. En primer lugar, se detallará la tesis de Dworkin y cómo analiza el tema de los “principios del derecho”. En dicho apartado también se revisarán las tesis de otros teóricos. En segundo lugar, se detallará cómo opera el principio protector y las diversas manifestaciones de este poniendo especial hincapié en el *in dubio pro operario*. En tercer lugar, se analizará la naturaleza jurídica del *in dubio pro operario* precisando si este constituye un principio o una regla para después examinar si se puede extraer de alguna parte del ordenamiento jurídico nacional. En cuarto lugar, se detallará qué ha señalado la jurisprudencia judicial sobre la validez del *in dubio pro operario*. Por último, se propondrá una nueva forma de entender la interpretación protectora.

La importancia del presente trabajo radica en que invita a repensar uno de los pilares del derecho del trabajo que estimo ha mermado esa rama jurídica. En efecto, el uso indiscriminado que se ha hecho sobre la regla *in dubio pro operario* le ha quitado peso y/o valor a la norma al permitir que los jueces, en un actuar muchas veces activista, resuelvan las contiendas jurisdiccionales

en base a la equidad y no según los preceptos aplicables al caso. Ello se ha traducido en que ha perdido valor la regla legal.

Asimismo, la importancia de este trabajo radica en que se presenta como uno de los pocos esfuerzos en criticar y analizar los principios del derecho del trabajo (Valverde, 2003, p. 40). Lo cierto es que los artículos sobre esta materia son especialmente escasos tanto en Chile como en el extranjero.

El déficit de la literatura de los principios en el ámbito laboral se ha intentado explicar por las profundas

transformaciones legislativas del derecho del trabajo. Los autores laboristas se dedican más al estudio de la norma jurídica que al de los principios (Irureta, 2011, p. 292). Esto no deja de ser curioso teniendo a la vista que, dentro la judicatura laboral, los jueces y los abogados argumentan constantemente sobre la base de la institución jurídica referida.

En resumen, espero que este artículo invite a analizar críticamente la institución del *in dubio pro operario*.

1. Los principios jurídicos

El esqueleto del positivismo jurídico se basa en tres premisas fundamentales¹. En primer lugar, la distinción entre la norma jurídica y la norma moral, esto es, que existe una diferencia entre el derecho positivo y el derecho natural. En segundo lugar, que el conjunto de normas jurídicas válidas se agota en el concepto de “derecho”. En ese sentido, si el juez falla un determinado caso no siguiendo el precepto legal, estará actuando con discreción. Por último, el positivismo postula que decir que alguien tiene una “obligación jurídica” equivale a afirmar que dicha obligación se encuentra en una norma jurídica (Dworkin, 1984, pp. 65-66).

Dworkin critica la primera tesis del positivismo pues sostiene que el modelo de normas que plantea este no es la forma en que los jueces aplican el derecho; por el contrario, los tribunales no solamente se valen de las reglas para solucionar casos, sino que también se valen de “principios”.

Para justificar su aseveración, Dworkin cita el caso *Riggs vs. Palmer*. El caso consiste en que una persona, Elmer Palmer, asesinó a su abuelo a fin de conseguir la correspondiente herencia pues el testamento del segundo le entregaba bienes al primero. El tribunal dispuso que, si bien era cierto que existía una regla en el sistema norteamericano que le otorgaba validez al testamento, esta se veía derrotada por el principio de que “nadie se puede aprovechar de su propio dolo”. El sentenciador estimó que no es legítima la herencia dejada por el abuelo pues, de ser así, el nieto se habría aprovechado de su propio actuar malicioso. En este escenario, el tribunal no utilizó una regla para resolver el caso, sino que se valió derechamente de un principio.

Dworkin también cita, para avalar su tesis, el caso *Henningsen vs. Bloomfield Motors*. El caso se refiere a un conductor que demandó a la empresa fabricante de un automóvil a fin de que se le indemnizara por los

¹ Se ha discutido acerca de cuáles son las tesis principales del positivismo jurídico. Las tres premisas señaladas en este trabajo son las que propone Ronald Dworkin en su ensayo *El Modelo de las Normas* (1984, pp. 61-101), sin embargo, han existido otras posturas dentro de la filosofía del derecho que han diferido de Dworkin sobre las premisas o pilares del positivismo jurídico.

gastos médicos que había incurrido por un accidente de tránsito que había sufrido. Lo complejo del asunto es que se había firmado un contrato donde la responsabilidad de la empresa fabricante se limitaba a reparar las partes defectuosas sin ser responsable de los gastos médicos (Dworkin, 1984, pp. 73-74). Los jueces, para acoger la indemnización, se valieron de la misma técnica argumentativa que en el caso de *Riggs vs. Palmer*, haciendo alusión a diversos principios que permitirían concluir que procede la demanda de indemnización de perjuicios.

En este contexto, Ronald Dworkin detalla que el derecho no se encuentra conformado solo de reglas, sino que de reglas y principios desestimando, de este modo, el primer dogma del positivismo jurídico.

Dworkin también critica la segunda tesis del positivismo al afirmar que no es efectivo que el juez actúe con absoluta discreción cuando debe resolver un caso donde no existe ninguna norma. Para ello, distingue dos conceptos de discreción: la discrecionalidad en sentido débil y la discrecionalidad en sentido fuerte.

La discrecionalidad en el primer sentido se refiere a que las normas que debe aplicar un funcionario no se aplican mecánicamente, sino que exige cierto discernimiento de parte de este último (Dworkin, 1984, p. 84). Esto quiere decir que el funcionario deberá fundar adecuadamente la aplicación de la norma no pudiendo operar de una forma absolutamente arbitraria. Por ejemplo, un juez del trabajo discierne cuando debe concluir si existe una vulneración de derechos fundamentales según el procedimiento de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo. En ese sentido, para un juez laboral, puede ser una vulneración del derecho a la privacidad el que un empleador ingrese al correo electrónico de un trabajador por el sistema de prevención de delitos, mientras que otro juez del trabajo puede estimar que dicha situación no configuraría una vulneración del derecho fundamental referido. Como se observa, si bien ambos jueces pueden llegar a soluciones disímiles, en las dos situaciones se deberá fundar adecuadamente la resolución del caso en cuestión.

La discrecionalidad en el segundo sentido se ancla en la idea de que la decisión del funcionario no se vincula con ningún estándar impuesto por la autoridad. Un ejemplo de discrecionalidad en sentido fuerte sería el caso de un juez que resuelva un caso como le plazca.

Según Dworkin, los jueces no actúan con discrecionalidad en sentido fuerte cuando no tienen una norma que les señale cómo fallar un determinado caso, sino que recurren a un principio. En este escenario, los jueces actúan con discrecionalidad, pero solamente en el primer sentido, pues sus decisiones siempre se anclan en un determinado estándar que puede ser la regla o el principio. Esta fue la famosa idea bautizada por el propio Dworkin como el “Juez Hércules”, esto es, aquel juzgador que va más allá de los límites que establece la regla.

Conforme con dichas consideraciones, se desestima la segunda tesis del positivismo jurídico de que existe discrecionalidad absoluta cuando no existe norma que resuelva el caso.

Finalmente, Dworkin también desestima la tercera tesis del positivismo argumentando que las obligaciones jurídicas no solamente pueden provenir de una “regla”, sino que también de un principio. En este sentido, según el autor, puede existir una obligación siempre que las razones que fundamenten tal obligación, en función de diferentes clases de principios obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios (Dworkin, 1984, p. 100).

1.1. Los principios y las reglas

Son múltiples los autores que han tratado la distinción entre reglas y principios siguiendo una variedad de criterios para diferenciar ambas nociones. Con todo, citar a cada autor que ha tratado el tema, no solamente sería una tarea que supera con creces el presente trabajo, sino que también sería poco fructífera. En este entendido, se procederá a analizar tres tesis que, a nuestro entender, son las más importantes en la materia.

En primer lugar, se citará la postura del profesor

Joseph Raz que apunta por una tesis de la generalidad. En segundo lugar, se analizará la postura de finitud de los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz. En tercer lugar, se explicarán las tesis de Ronald Dworkin y Robert Alexy, quienes adoptaron una distinción cualitativa entre ambos elementos.

1.1.1. Joseph Raz: la tesis de la generalidad

Según Joseph Raz la diferencia de ambos preceptos se produce por su grado de generalidad. Dicha tesis apuntaría a que los principios serían normas de un grado de generalidad relativamente alto mientras que las reglas tendrían un nivel relativamente bajo de generalidad (Raz, 1972, p. 838). Las reglas describirían actos específicos mientras que los principios describirían actos especialmente inespecíficos. Las reglas hablan de “asesinato”, “violación”, prohibición de fumar”, entre otros. Los principios hablan de “felicidad”, “promover la igualdad”, “promover la productividad”, etcétera.

De este modo, siguiendo a Raz, el artículo 19 N°1 de la Constitución chilena, que asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de una persona, sería un principio pues tendría un alto grado de generalidad. A *contrario sensu*, la norma del inciso 3° del artículo 32 del Código del Trabajo que establece que las horas extras se pagarán con un recargo del 50% sería una regla toda vez que ostenta un bajo grado de generalidad.

En resumen, dependería finalmente de la forma en que se encuentra redactada la norma, para dilucidar si se está frente a una regla o a un principio.

1.1.2. Manuel Atienza y Ruiz Manero: la tesis de la finitud

Manuel Atienza y Ruiz Manero señalan que la noción de “principios” se ha utilizado de múltiples formas y optan por darle importancia a dos nociones: “principio en sentido estricto” y “principio programático”.

El primero lo definen como aquella norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector, de una institución, etcétera. Los autores

citan como ejemplo de un principio en sentido estricto el artículo 14 de la Constitución española que dice que: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna” (Atienza y Ruiz, 1996, p. 4).

El segundo, como contrapartida, lo definen como una norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines, por ejemplo, el artículo 51 de la Constitución española que prescribe lo siguiente: “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos” (Atienza y Ruiz, 1996, p. 4).

A juicio de los autores, la diferencia entre las reglas y los principios es que los segundos configuran el caso de forma abierta mientras que los primeros lo hacen de forma cerrada (Atienza y Ruiz, 1996, p. 9). En otras palabras, alegan que en el caso de las reglas, las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito o cerrado mientras que en el caso de los principios no puede formularse una lista cerrada de ellas. No se trata solo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una mayor o menor vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran ni siquiera genéricamente determinadas.

De este modo, una regla como el artículo 55 del Código del Trabajo, que establece que las remuneraciones no se podrán pagar en un período que exceda un mes, es un precepto que tiene perfectamente establecido la forma en que opera en relación a otras leyes. Ello es así a diferencia del principio de la buena fe, con el que no se tiene certeza sobre sus condiciones de aplicación.

Con todo, se previene que ambos profesores estiman que la indeterminación resulta más potente en los principios que denominan principios en sentido estricto, esto es, aquellas normas que expresan los valores superiores del ordenamiento jurídico, de un sector de este o de una institución. A diferencia de los principios programáticos —norma que estipula la obligación de

perseguir determinados fines— cuya vaguedad es menor y puede existir, a su entender, un cumplimiento gradual.

1.1.3. *Ronald Dworkin: la tesis del peso de los principios*

Ronald Dworkin destaca dos diferencias entre la noción de “regla” y la noción de “principio”. En primer lugar, destaca que las primeras se aplican de forma binaria, esto es, se aplican o no se aplican, a diferencia de los segundos que no pueden operar de dicha manera. Por ejemplo, el artículo 9º del Código del Trabajo establece un plazo de 15 días desde la incorporación del trabajador a las faenas de la compañía para escriturar el respectivo contrato de trabajo. De no escriturarse dicho contrato, la norma dispone que se presumirán como ciertas todas las estipulaciones que declare el trabajador. El artículo 9º del Código del Trabajo se aplica o no se aplica. En ese sentido, si A contrata a B y A no escritura el contrato de trabajo, el juez presumirá como ciertas todas las alegaciones que hace B. Por el contrario, si A sí realiza un contrato de trabajo a B, el sentenciador no tomará en consideración la sanción del artículo 9º. En otras palabras, si se da el supuesto de hecho de una regla, existen dos posibilidades: o la regla es válida y entonces deben aplicarse las consecuencias jurídicas, o no es válida y entonces no cuenta para nada en la decisión.

Dworkin describe esta diferencia en los siguientes términos: “La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicadas a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión” (Dworkin, 1984, pp. 74-75).

La segunda diferencia, que en realidad es una consecuencia de la primera, es que los principios tienen una dimensión de peso o importancia. En este sentido, cuando el juez decide resolver un caso a base de principios, debe resolver el conflicto que tiene entre los

“pesos” de cada uno de los principios en colisión (Dworkin, 1984, p. 77). Por ejemplo, para poder establecer si una persona legítimamente puede oponerse a someterse a determinados tratamientos, el juzgador de la causa puede tener en consideración el derecho a la libertad personal como un argumento para mover la dirección a la oposición legítima, sin embargo, este argumento no será concluyente, sino que solamente operará *prima facie*.

En resumen, según Dworkin, lo que diferenciaría una regla de un principio sería su forma de aplicación. La regla se aplica o no se aplica mientras que el principio sirve como un argumento que puede llevar la decisión del juez de un lado a otro.

Con todo, y sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, Dworkin previene que los principios se distinguen de las “directrices políticas”. Mientras que el argumento de principio pretende respetar o asegurar algún derecho individual o colectivo, el argumento político pretende favorecer o proteger alguna meta colectiva de la comunidad (Dworkin, 1984, p. 148). En este sentido, es un “argumento político” el que un juez concluya que se debe acoger una demanda de indemnización de perjuicios porque existirán menos accidentes del tránsito. Distinto sería el caso si el sentenciador hace una apelación al principio de buena fe, al de autonomía contractual, a la prohibición de enriquecimiento sin causa, entre otros.

1.1.4. *Robert Alexy: la tesis del mandato de optimización*

Refinando, a mi parecer, la tesis de Ronald Dworkin, Robert Alexy argumenta que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible. En ese sentido, se detalla que los principios se constituyen en mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados (Alexy, 1988, p. 14). A diferencia de los principios, las reglas son normas que exigen su cumplimiento pleno y, de este modo, solo pueden ser cumplidas o incumplidas. Los principios contienen determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente (Alexy, 1988, p. 14).

Por ejemplo, el derecho de asociarse sin permiso previo, consagrado en el artículo 19 N°15 de la carta

fundamental, no opera en el sentido de una regla pues dicho derecho fundamental no tiene como correlativo que todas las organizaciones generadas en Chile sean lícitas pues existirán determinadas ocasiones donde la organización vulnere otros derechos fundamentales debiendo el Estado señalar que dicha organización es ilegítima v.gr. organizaciones neonazis u organizaciones que fundamenten la violencia como forma legítima de actuar político.

En resumen, las diferencias entre ambos preceptos, según la tesis de Alexy, se produce por el grado de cumplimiento de la norma. De este modo, si se exige la mayor realización posible, tanto jurídica como fácticamente, estaremos frente a un principio, por el contrario, si es que solo se exige una medida de cumplimiento estaremos frente a una regla (Alexy, 1988, p. 14).

1.1.5. La conclusión sobre la conceptualización de principios

En general, puede afirmarse a partir de lo señalado precedentemente que la distinción entre reglas y principios se traduce en la forma en que operan. Mientras que las reglas son binarias (se aplican o no se aplican), los principios mueven la resolución del caso en un lado o en el otro.

1.2. La validez de los principios y las reglas

Para que una regla sea válida debe necesariamente haberse dictado según el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico. En el caso de Chile, por ejemplo, una ley se reputará válida, siempre y cuando haya sido tramitada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 65 y siguientes de la Constitución Política de la República. En otras palabras, para establecer su existencia, será necesario comprobar si el acto de su creación ha seguido los procedimientos previstos por el

Estado (Barros, 1984, p. 277).

Esta situación no ocurre necesariamente con los principios del derecho. En efecto, la pertenencia de un principio al ordenamiento jurídico se demuestra en la naturalidad con que los operadores del derecho introducen un principio en su argumentación (Barros, 1984, p. 276). En ese sentido, perfectamente puede pasar que un principio del derecho sea reconocido aun cuando no se encuentre expresamente regulado en el ordenamiento jurídico.

Según esta característica, los principios generales del derecho se han dividido en tres clases según fuerza o valor normativo (Wroblesky, 1989, pp. 153-155).

En primer lugar, se ha señalado que existen los principios positivos o explícitos que son aquellos que se encuentran expresamente recogidos en una disposición normativa. Por ejemplo, el principio de reserva legal previsto en el artículo 19 N°3 inciso 7° de la Constitución (Lizama, 1998, p. 81).

En segundo lugar, se ha dispuesto que existen los principios implícitos correspondientes a aquellas normas que se inducen o deducen a partir de una regla o de un grupo de reglas expresadas textualmente. Un buen ejemplo de ello es el principio de buena fe en materia civil que se colige de los artículos 44, 122, 706, 906, 126, 1576, 1916, 2295 y 2297, todos del Código Civil chileno (Lizama, 1998, p. 81).

En tercer lugar, se ha concluido que existen los principios extrasistémicos o totalmente inexpressos que son normas que no pertenecen al sistema jurídico y que son tomadas a partir de la constitución material o que provienen de alguna filosofía política o moral que inspira el ordenamiento en su conjunto (Lizama, 1998, p. 82).

2. Los principios del derecho del trabajo

Cualquier rama jurídica tiene determinados principios que informan sus reglas. En el caso del derecho civil, por ejemplo, está la propiedad privada, la protección de la buena fe, la autonomía de la voluntad, la reparación del enriquecimiento por causa ilícita, la igualdad, entre otros. En el derecho penal, en cambio, cobra especial relevancia el principio de legalidad que se traduce en el aforismo jurídico de: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. En el derecho de familia se han integrado nuevos principios modernos como el de protección al cónyuge más débil o el del interés superior del niño.

El derecho del trabajo, como cualquier otra rama del derecho, se encuentra influida por diversos principios. Con todo, ha existido cierta discusión sobre cuáles serían los principios que conforman esta rama jurídica. Américo Plá, por ejemplo, detalla que los principios del derecho laboral son el principio protector, el principio de irrenunciabilidad, el principio de continuidad, el principio de la primacía de la realidad, el principio de la razonabilidad y el principio de buena fe (Plá, 1998). Sergio Gamonal, como contrapartida, ha dispuesto que el principio protector, de irrenunciabilidad de derechos, de continuidad, de primacía de la realidad y de libertad sindical imbuirían la totalidad del ordenamiento jurídico del trabajo (Gamonal, 2020). Jesús Mercader, por otra parte, ha hablado de los “principios de aplicación” del derecho del trabajo identificando el principio *in dubio pro operario*, el principio de norma más favorable, el principio de condición más beneficiosa y la regla de indisponibilidad de derechos (Mercader, 2014). Incluso, autores modernos, como Marcos López Oneto, han intentado incorporar otros principios a esta rama jurídica como el principio de protección a la fuente del empleo (López, 2013).

Como se puede ver, no existe un completo consenso sobre cuáles serían los principios del derecho del trabajo. Con todo, todas las posturas son contestes en que el

principio protector sí constituye uno de sus pilares. Institución que a continuación pasaremos a analizar.

2.1. El principio protector

El principio protector se encuentra íntimamente relacionado con el origen y la razón de ser del derecho laboral (Palavecino, 2010, p. 6). El derecho del trabajo surgió en el contexto de la revolución industrial y tuvo como objetivo principal proteger la parte más débil de la relación contractual laboral, esto es, al trabajador.

Hasta fines del siglo XVIII, las relaciones jurídicas se enmarcaban en la noción de libertad contractual, propia del derecho civil. Sin embargo, este planteamiento trajo consigo abusos de parte del empresario a los trabajadores lo que derivó, como consecuencia, en el nacimiento del derecho del trabajo que tuvo por objeto establecer mínimos laborales a fin de superar ese estatus de precariedad.

En el ordenamiento jurídico nacional, se ha señalado que el principio de protección tiene su consagración constitucional en el artículo 19 N°16 donde se sostiene que “La Constitución asegura a todas las personas: 16. La libertad de trabajo y su protección”. En ese sentido, se ha señalado que dicho numeral protege la libertad del trabajo, como el trabajo mismo, de forma dependiente e independiente (Bulnes, 2016, p. 210).

Este principio tiene varias manifestaciones en el Código del Trabajo (Palavecino, 2010, p. 6). En el Libro II, por ejemplo, el artículo 184 obliga al empleador a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los riesgos laborales y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad. Del mismo modo, el inciso 1° del artículo 4° establece una presunción a favor del trabajador disponiendo quiénes son los representantes legales de una compañía.

2.2. Formas de aplicación

Según Américo Plá, el principio protector se traduce en tres reglas: la regla *in dubio pro operario*, la regla de la norma más favorable y la regla de la condición más beneficiosa.

2.3. Regla *in dubio pro operario*

La regla *in dubio pro operario* es el criterio que se utiliza en caso de que una norma jurídica estatal laboral pueda entenderse de varias maneras. En ese caso, el juez debe preferir aquella interpretación que sea más favorable para el trabajador (Plá, 1998, p. 85).

La doctrina ha señalado que para que opere es necesario que se cumplan dos condiciones (Thayer y Novoa, 2010, p. 26). En primer lugar, que efectivamente exista una duda sobre el alcance de la norma legal. Esto se traduce en el sentido de que el juez solamente podrá aplicar el *in dubio pro operario* como una última opción. Es decir, solamente una vez que se hayan aplicado todas las reglas interpretativas del Código Civil, podrá recurrirse a esta herramienta.

En segundo lugar, para que opere es menester que la interpretación que realice el juez no esté en pugna con la voluntad del legislador, esto es, que frente a una interpretación literal debe preferirse aquella que refleje la *ratio legis* o el espíritu de la ley. El fundamento de esta condición, según Américo Plá, es que se debe otorgar la certeza jurídica de que esta regla no puede poner en entredicho el tenor literal de la norma (Plá, 1998, p. 90).

La jurisprudencia de los tribunales chilenos de justicia ha aplicado este principio en demasía desatendiendo, muchas veces, los límites propios de este mecanismo interpretativo. En ese sentido, resulta relevante hacer un análisis de él explicando sus contornos pues el *in dubio pro operario* tiene limitaciones que hacen que su aplicación sea en realidad mucho menor.

2.3.1. El principio *in dubio pro operario* no se aplica

en el establecimiento de hechos ni en la valoración de la prueba

La doctrina ha dispuesto que este principio no se puede aplicar para ordenar la concurrencia o sucesión de normas. Ello es así porque cuando se produce un problema de concurrencia o sucesión de normas no se trata de interpretar, sino de determinar el precepto que debe resultar aplicable para un caso en particular (Mercader, 2014, p. 58).

2.3.2. El principio *in dubio pro operario* no se aplica en el establecimiento de hechos ni en la valoración de la prueba

Existe consenso en la dogmática jurídica de que el *in dubio pro operario* no se aplica para establecer hechos ni para valorar la prueba (Mercader, 2014; Desdentado, 2003; Gamonal, 2020 y Palomeque y Álvarez, 1998). En ese sentido, les corresponderá a las partes del proceso ofrecer e incorporar la prueba correspondiente viéndose vedada la posibilidad del juez de interpretar un hecho a la luz del criterio *pro operario*.

La explicación de ello se produce porque, en general, los ordenamientos jurídicos establecen a quién corresponde probar un hecho. En el sistema chileno, la principal norma que regula la materia se encuentra en el artículo 1698 del Código Civil, que dispone que incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien las alega. En este escenario, dentro del derecho del trabajo, corresponderá al empleador probar la concurrencia de la hipótesis de hecho que lo habilita para desvincular a un trabajador y, como contrapartida, corresponderá al empleado probar que la empresa ha vulnerado sus derechos fundamentales.

Cabe destacar que la jurisprudencia también ha reafirmado ello señalando que el principio *in dubio pro operario* solamente sirve para interpretar una norma a favor del trabajador. A mayor abundamiento, se ha señalado que el: “In dubio pro operario, conforme al cual, en caso de duda, el juzgador debe optar por la exégesis más favorable al trabajador” (Corte Suprema, causa rol N°14.774-2018, de 26 de julio de 2018). De la misma,

en el derecho español, el Tribunal Supremo ha dispuesto que: “el principio general de derecho laboral ‘in dubio pro operario’ rige para resolver en favor del trabajador la duda que pueda existir respecto de los efectos jurídicos consiguientes a unos hechos debidamente probados, esto es, que no tiene aplicación en orden al acreditamiento fáctico que cada una de las partes litigantes debe realizar en el proceso” (Mercader, 2014, p. 63).

2.3.3. El principio *in dubio pro operario* no sirve para integrar lagunas jurídicas

La dogmática jurídica ha señalado que el principio *in dubio pro operario* no se puede utilizar para integrar lagunas jurídicas, esto es, los defectos de la norma. Ello resulta evidente por el propio fundamento del principio. En efecto, según este, se puede sostener que en caso de duda sobre la interpretación de la regla laboral la norma debe ser interpretada a favor del trabajador. Sin embargo, esto no podrá suceder cuando no haya norma pues no habrá nada que interpretar (Desdentado, 2003, p. 94).

De hecho, el propio Plá destaca que este principio no se puede aplicar para integrar normas. Sostiene que: “no se trata de corregir la norma, ni siquiera de integrarla: sólo cabe utilizar esta regla cuando existe una norma y únicamente para determinar el verdadero sentido dentro de varios posibles” (Plá, 1998, p. 88).

Con todo, existen autores minoritarios, en un creativo ejercicio jurídico, que han alegado que este principio también se aplicaría como criterio de integración para determinadas lagunas. En el particular, Sergio Gamonal ha dispuesto que la regla *pro operario* en el caso de las lagunas normativas (aquellas donde la norma que permite solucionar un sinnúmero de casos particulares no permite solucionar un caso genérico) y en el caso de las lagunas axiológicas (son casos en que hay una solución, pero esta es axiológicamente inadecuada) aplica en su vertiente *pro operario* (Gamonal, 2020, p. 198).

La posición de Gamonal permitiría que un juez, cuando no tenga ninguna norma que solucione un caso concreto, podría crear un precepto legal que sea más favorable al

trabajador.

Esta posición doctrinaria solamente ha sido compartida en Chile por Sergio Gamonal y posee variados problemas prácticos. Principalmente el hecho de que no todas las normas jurídicas del derecho del trabajo tienen como justificación principal la protección del trabajador, por el contrario, existen normas que buscan flexibilidad laboral o aumentar el empleo, cuestiones que no dicen estricta relación con la protección de la parte más débil de la relación contractual.

2.4. Regla de la norma más favorable

Según la doctrina, el principio protector se manifiesta también en la regla de la norma más favorable. De acuerdo con este, ante la concurrencia de normas actualmente vigentes sobre una misma materia, el juez debe aplicar la que resulte más favorable al trabajador, sin atender a los principios de jerarquía ni de especialidad (Palavecino, 2010, p. 7).

Lo complejo de este principio es que no queda claro su forma de operación. En efecto, existe discordancia acerca de si esta herramienta pudiera permitir que un juez con competencia laboral atienda a lo favorable de diversas normas a fin de resolver el caso (técnica conocida como “espiguelo normativo”) o si debe considerarlas como un “todo” y aplicar aquella norma laboral que, en su totalidad, resulte más favorable para el trabajador.

La primera es conocida como la teoría de la acumulación que permitiría aplicar todas las normas concurrentes extrayendo de cada una lo más ventajoso para el trabajador, y la segunda es conocida como la teoría del conjunto conforme a la cual se aplica la norma en su totalidad que sea más favorable para el empleado (Gamonal, 2020, p. 201).

La jurisprudencia española, en general, ha señalado reiteradamente que no se puede aplicar la técnica del espiguelo normativo. Se ha dispuesto que: “sin que sea lícito, como ha dicho esta Sala en múltiples

ocasiones, extraer lo que resulte más favorable de varias disposiciones aplicables, utilizando la denominada técnica del espiguelo” (Mercader, 2014, p. 85).

Actualmente se han visto superadas las teorías de acumulación y del conjunto por la teoría de la inescindibilidad de los institutos, que postula que el cotejo de las normas se debe realizar de modo parcial entre grupos homogéneos de materias de una y otra (Gamonal, 2020, p. 201). En otras palabras, la comparación se debe realizar entre instituciones, por ejemplo, comparando condiciones relativas de vacaciones con consideraciones relativas de remuneraciones.

2.5. Regla de la condición más beneficiosa

La regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y señala que ella debe ser respetada en la medida en que sea más favorable al trabajador por sobre la nueva que debería aplicarse (Plá, 1998, p. 108).

La doctrina ha señalado que se requieren tres requisitos para su procedencia: (i) que sean condiciones

laborales entendidas en un sentido amplio, considerando alojamiento, alimentación, becas, entre otros; (ii) que las condiciones sean más beneficiosas lo cual importa la comparación entre dos regulaciones distintas, y (iii) que hayan sido reconocidas al trabajador (Plá, 1998, p. 110).

La doctrina española ha señalado que esta regla tiene como límite la derogación normativa porque la sucesión en el tiempo de las normas laborales se rige también por el principio de orden normativo, esto es, la norma posterior, válida, deroga la anterior (Mercader, 2014). En ese sentido, no se podría utilizar la regla de la condición más beneficiosa respecto de un trabajador solamente alegando la vigencia de una ley ya derogada.

Esta postura dejaría en un uso muy limitado a esta regla porque solamente se podría argumentar en base a esta en el caso de los contratos de trabajo y, especialmente, a aquellas situaciones de hecho reconocidas por parte del empleador de forma unilateral, pero que no se encuentran escrituradas en el contrato de trabajo. En otras palabras, tendría aplicación solamente para la institución de las cláusulas tácticas².

3. ¿El *in dubio pro operario* es una regla o un principio?

Habiendo descrito pormenorizadamente el principio protector y sus consecuentes manifestaciones, se procederá a analizar si la manifestación del *in dubio pro operario* realmente constituye un principio de acuerdo con las diversas formulaciones señaladas precedentemente. Para ello, se describirán las tesis y se analizará la institución jurídica señalada.

Joseph Raz sostiene que la diferencia entre principios y reglas se debe a su generalidad como se señaló *supra*. Si atendemos a dicho criterio, lo cierto es que el *in dubio pro operario* es una regla y no un principio. El enunciado normativo no contiene ninguna palabra lo suficientemente abstracta para poder calificarla como principio.

² Las cláusulas tácticas se refieren al establecimiento de derechos y obligaciones entre las partes que, sin escrituración, sostienen su exigibilidad y aplicación en la medida que se observe una unidad en el comportamiento. Dicha institución ha sido reconocida en múltiples ocasiones por parte de la Dirección del Trabajo. Véase, Ord. N°1120/46, de 15 de febrero de 1995.

Atienza con Ruiz definen el principio en sentido estricto como aquel que expresa un valor superior del ordenamiento jurídico como “igualdad ante la ley”, “libertad personal”, “honra”, entre otros. Lo cierto es que, bajo esta perspectiva, el *in dubio pro operario* tampoco podría ser tratado como un principio pues no contempla un valor superior como los señalados precedentemente. Ello es aún más dramático cuando atendemos a las diferencias entre reglas y principios propuestas por ambos autores. En efecto, las condiciones de aplicación del *in dubio pro operario* están perfectamente delimitadas: duda de parte del juez sobre la interpretación de la norma laboral. Cuestión distinta de la operatividad de los principios según Atienza donde las condiciones de operación se encuentran absolutamente indeterminadas en el caso de los principios.

Robert Alexy señala que la diferencia fundamental entre una regla y un principio se debe a su operatividad. Las primeras se aplican de manera disyuntiva mientras que los segundos operan como mandatos de optimización. Bajo esta perspectiva el *in dubio pro operario* tampoco operaría como un principio, sino que como una regla. En concreto, cuando se produce su supuesto de hecho: duda del contenido de la norma jurídica laboral, el juez laboral debe necesariamente seguir la regla: interpretar la norma a favor del trabajador.

Finalmente, si atendemos a la tesis de Dworkin, podemos nuevamente colegir que el *in dubio pro operario* no es un principio. Esta institución se aplica de forma binaria como una regla: cuando se está ante una duda del precepto tutelar, se debe interpretar a favor del subordinado.

En resumen, según los diversos autores que hemos señalado, podemos colegir que con ninguno podemos conceptualizar o encasillar el *in dubio pro operario* como “principio”.

Ello se ve reforzado porque los autores que han tratado este tema han reconocido, ya sea de forma expresa o tácita, que el *in dubio pro operario* es una

“regla”. Desdentado reconoce lo siguiente: “el principio *in dubio pro operario* no tiene por objeto integrar lagunas, sino resolver dudas, y en esta función no es un principio general del derecho, sino un criterio interpretativo” (Desdentado, 2003, p. 95). Enrique Munita ha concluido que: “El *in dubio pro operario* no es un principio del Derecho del Trabajo sino un criterio de interpretación y que sólo cabría aplicar ante normas claramente tuitivas” (Munita, 2014, p. 93). Héctor Humeres también se expresa sobre la “regla *in dubio pro operario*”, no habla del “principio *pro operario*” (Humeres, 2004, p. 30).

Se estableció precedentemente que para que una regla sea válida es menester que esta haya sido promulgada y publicada según los diversos preceptos legales que establece el ordenamiento jurídico. Entendiendo que el *in dubio pro operario*, entonces, es una regla, la pregunta que recae es: ¿este tiene cabida en el sistema chileno? A continuación se analizará esto último.

3.1. ¿El *in dubio pro operario* se encuentra regulado en alguna parte del sistema jurídico chileno?

No existe en ninguna parte de nuestro ordenamiento jurídico alguna regla interpretativa que disponga que, en caso de duda acerca de la norma laboral, se deberá preferir aquella interpretación que sea más favorable para el trabajador.

En efecto, si analizamos los artículos 19 y siguientes del Código Civil, normas que regulan la interpretación legal, no nos encontramos con ningún precepto que establezca expresamente el *in dubio pro operario*. Del mismo modo, tampoco existe dentro del Código del Trabajo alguna norma específica de dicha índole. En la carta magna chilena tampoco nos encontramos con alguna referencia de la manera invocada. Así, deberemos analizar si sobre la base de alguna interpretación, podemos legitimar o fundar este criterio. A continuación, se intentará hacer ese esfuerzo.

3.1.1. Una propuesta desde el artículo 1556 del Código Civil chileno

El inciso 1° del artículo 1566 del Código Civil dispone que: “no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor”. Según el artículo invocado, las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor de una relación contractual.

En base a esta se podría extraer la regla *in dubio pro operario*. El argumento sería el siguiente: el trabajador es deudor de una serie de prestaciones de la relación laboral debiendo, en definitiva, interpretarse las cláusulas ambiguas a favor de este último.

Con todo, dicho argumento no podrá prosperar por dos razones. En primer lugar, porque el subordinado también es acreedor de la relación laboral de una serie de prestaciones como remuneraciones impagas y/o indemnizaciones no configurándose el supuesto de hecho de la norma (Gamonal, 2020, p. 194). Y en segundo lugar, porque la norma jurídica aludida resulta aplicable en materia de interpretación de contratos y no respecto de interpretación de normas jurídicas.

Una segunda forma de fundar el *in dubio pro operario* sería a partir del inciso 2° del artículo 1556 del Código Civil. El inciso establece: “Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”. En ese sentido, se podría alegar que es el empleador quien redacta el contrato de trabajo por lo que siempre se deberán interpretar las cláusulas a favor del empleado. Así, se debería extrapolar dicho razonamiento a la interpretación legal.

Sin embargo, este argumento tampoco puede prosperar. El artículo referido solamente tiene aplicación en la interpretación de contratos propiamente tales no pudiendo aplicarse a la hora de la interpretación de una ley. En esta última situación deberemos seguir necesariamente las reglas contenidas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil.

De este modo, esta norma solamente permitiría que, en el derecho individual del trabajo, una cláusula ambigua que ha sido redactada por el empleador sea interpretada a favor del trabajador. Sin embargo, no nos dice absolutamente nada sobre la interpretación de la ley laboral.

3.1.2. Una propuesta desde el artículo 19 inciso 2° del Código Civil

El inciso 2° del artículo 19 del Código Civil dispone: “Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

La doctrina ha dilucidado que una expresión es obscura cuando no puede entenderse absolutamente (ininteligible) o cuando se presta a dos o más interpretaciones (ambigua). De este modo, según el artículo 19 del Código Civil, si existe una norma que tiene alguno de estos dos defectos y se manifiesta claramente el espíritu de la ley, debe imponerse el espíritu por sobre la ambigüedad o ininteligibilidad (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1998, pp. 187-188).

Se podría utilizar el inciso 2° del artículo 19 del Código Civil para fundamentar la regla *in dubio pro operario*. El argumento sería el siguiente: todas las normas del Código del Trabajo y del derecho laboral tienen su fundamento en la protección del más débil de la relación contractual. Así, si es que la intención del legislador fue proteger al empleado, entonces, ante una duda legítima del juez, se deberá preferir siempre la interpretación más favorable al trabajador.

En otras palabras, el elemento histórico de la norma laboral siempre se encuentra ligado a la protección del trabajador, ergo, ante una duda, siempre se deberá preferir la interpretación de la parte más débil.

La argumentación es plausible, sin embargo, no resulta convincente por dos consideraciones. En primer lugar, es un análisis muy simplista decir que todas las normas

del ordenamiento jurídico laboral tienen por objeto solamente proteger al trabajador. Existe una infinidad de normas en las que los motivos del legislador son mucho más específicos que la mera protección del empleado. Así, por ejemplo, la ley N°19.631, que crea la institución de la nulidad del despido, tuvo por objeto sancionar al empleador que no había pagado las cotizaciones previsionales y/o de salud del trabajador estableciéndole una sanción adicional que era la declaración de nulidad del despido en cuestión³ o, bien, la ley N°20.940 tuvo por objeto fortalecer las relaciones sindicales estableciendo un sistema de titularidad sindical⁴.

Más aún, el espíritu de la ley laboral no siempre se puede reconducir a la simple afirmación de la protección del trabajador. Existirán determinados casos que podrían equipararse, pero también habrá otros en los que no se puede reconducir la intención del legislador a esta vaga afirmación. En efecto, existen muchas normas del Código del Trabajo chileno donde se puede poner en duda si la real motivación del legislador fue la protección del trabajador. Recordemos que el Código del Trabajo proviene del Plan Laboral realizado en el Gobierno militar donde las relaciones de trabajo se supeditaron al modelo económico “neoliberal” limitando la negociación colectiva y el actuar sindical (Tapia, 2005, p. 168).

En segundo lugar, el inciso 2° del artículo 19 del Código Civil tampoco establece una regla hermenéutica de preferencia de la interpretación a favor del trabajador. Solamente dispone que se podrá atender al elemento histórico de la norma cuando exista una duda de parte del intérprete. Elemento histórico que, como se adelantó, no simplemente se reduce a la noción de protección del trabajador.

En resumen, ya sea porque la norma laboral no siempre se condice con la afirmación de que se establece una protección para el trabajador, o bien, porque la regla del Código Civil no establece el *in dubio pro operario*, se deberá necesariamente desestimar esta forma de argumentar.

3.1.3. Una propuesta desde el Código del Trabajo

Otra forma de abordar la temática sería argumentar sobre la base del artículo 459 N°5 del Código del Trabajo que establece que la sentencia definitiva, en materia laboral, debe contener los principios de derechos o de equidad en que se fundan los razonamientos del tribunal. En ese sentido, se podría sostener que dentro de dichos principios, evidentemente, se encuentra el principio *in dubio pro operario* debiendo ser utilizado por el juez laboral.

Esta forma de argumentar también tendría un severo déficit consistente en que la regla *in dubio pro operario*, como hemos visto, no es un “principio”, sino que se encuentra formulada en clave de “regla”. En efecto, no tiene por objeto generar la mayor realización jurídica y fácticamente posible, sino que, por el contrario, se aplica ante un supuesto de hecho de forma decisoria. De este modo, esta forma de fundar el *in dubio pro operario* también deberemos desestimarla.

3.2. Ausencia de regulación legal para la regla *in dubio pro operario*: su ilegitimidad y su contradicción con el sistema legal

Según lo expuesto, podemos concluir que el *in dubio pro operario* no se puede fundar en ninguna norma jurídica, por lo que es una herramienta interpretativa que

³ El diputado Sergio Elgueta, en la discusión parlamentaria de la Ley N°19.631, dispuso que: “O sea, en este mismo proyecto de ley se da la solución para que ese empleador moroso se ponga al día y, en consecuencia, ahí reaparezca en toda su plenitud su derecho a poner término a la relación laboral, lo que le será menos perjudicial mientras más rápido lo haga porque, si él se demora, tendrá una sanción mayor, puesto que deberá seguir pagando la remuneración”. En ese mismo sentido, el diputado Pedro Muñoz señaló que: “De allí que el proyecto viene a reparar una situación injusta que afecta a los trabajadores, además de contener una sanción adicional: no provocar el efecto jurídico de la terminación del contrato de trabajo”.

⁴ Ha existido discusión en la dogmática laboralista sobre si el sindicato es el único sujeto que puede negociar colectivamente. A favor de esta posición se encuentran: Caamaño (2008) y Rojas (2007). En contra: Lizama (2016).

no resulta válida en nuestro sistema legal. Con todo, vale la pena preguntarse si dicha regla no solamente no es válida, sino que además podría presentar algún tipo de contradicción con las normas que tratan el tema. Creemos que sí, que existen normas legales del Código Civil que resultan contradictorias con esta herramienta interpretativa.

El inciso 1º del artículo 19 del Código Civil dispone expresamente lo siguiente: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”. Se ha señalado que esta norma argumenta que cuando el sentido de la ley es claro, quiere significar que cuando el entendimiento o la inteligencia de ella no ofrece dudas, debe estarse a su tenor literal (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1998, p. 141).

El artículo 23 del Código Civil, por otra parte, dispone que: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”. Según esta norma jurídica, al momento de interpretar la ley, se deberá dejar de lado lo favorable u odioso de la disposición. El fundamento histórico de dicha norma es que en tiempos antiguos lo odioso se restringía y lo favorable se ampliaba. Como esta regla se prestada a muchos abusos, el Código estimó conveniente abolirla en forma expresa (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1998, p. 145).

Cuando se interpreta una regla legal en materia laboral, siguiendo el lineamiento *in dubio pro operario*, el intérprete no toma en consideración, muchas veces, el tenor literal por entender odiosa la disposición, saltándose la regla y prefiriendo una interpretación más favorable al trabajador. Este análisis importa una doble infracción. Por una parte, del artículo 19 del Código Civil que establece expresamente que no se puede desatender el tenor literal de la norma y, por otra parte, del artículo 23 del Código Civil que sostiene que no se puede tener en consideración lo favorable u odioso de una disposición.

A mayor abundamiento, si realmente creemos que no debemos tener en consideración lo odioso de una disposición, lo cierto es que el *in dubio pro operario* nos invita justamente a lo contrario pues, aun cuando la norma esté pensada para un determinado fin, siempre se deberá atender una interpretación más favorable para el trabajador. O sea, da igual si la norma pretende establecer una mayor flexibilidad laboral, restarles atribuciones a los sindicatos, o bien, generar mayor empleo, siempre se deberá interpretar en su vertiente *pro operario* sacando lo “odioso” o lo “*pro empresa*” de una disposición laboral.

Así las cosas, a mi entender, en Chile no solamente existe una de regulación del *in dubio pro operario*, sino que también contradice reglas interpretativas que establece el sistema legal chileno.

4. ¿Qué han dicho los jueces en Chile?

La regla *in dubio pro operario* es una institución que han utilizado los jueces en Chile en múltiples ocasiones. Sin embargo, no siempre se ha redireccionado cómo lo ha planteado la dogmática jurídica. En efecto, he distinguido las siguientes acepciones de como se ha utilizado esta institución: (i) como forma de crear una nueva norma jurídica en materia laboral; (ii) como

forma de integrar lagunas jurídicas; (iii) como forma de interpretar una norma, y (iv) como forma de interpretar hechos. A continuación, se analizarán ciertos fallos que razonan según lo dicho.

4.1. El *in dubio pro operario* como forma de crear una nueva norma jurídica

Como se adelantó *supra*, en el año 2014, la Corte Suprema estableció que el plazo de caducidad de la acción de despido indirecto se suspendía ante la instancia administrativa de la Dirección del Trabajo (figura que solamente se contemplaba a propósito de la acción judicial de despido injustificado) a base de la regla *in dubio pro operario* (Corte Suprema, causa rol N°4317-2014, de 12 de mayo de 2014). En este caso, los sentenciadores crearon una nueva norma jurídica: el plazo de caducidad de la acción de despido indirecto se suspende con la instancia administrativa de la Dirección del Trabajo.

Además, en este caso, se crea una nueva norma porque el artículo que regula el despido indirecto — correspondiente al artículo 171 del Código del Trabajo— nunca hace alusión a que el plazo de caducidad se suspende por las actuaciones administrativas ante el órgano fiscalizador del cumplimiento de la legislación laboral. De hecho, la norma señala expresamente: “Si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 o 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación”. El artículo es especialmente claro al sostener que la acción de despido indirecto se debe presentar “dentro del plazo de sesenta días hábiles”.

Otra manifestación de la regla *in dubio pro operario*, como forma de creación de norma jurídica laboral, se produjo el año 2014 cuando la Corte Suprema sostuvo que el régimen de solidaridad, en un régimen de subcontratación, resultaba aplicable en las indemnizaciones de perjuicio por accidente del trabajo (Corte Suprema, causa rol N°10.139-2013, de 10 de junio de 2014). La nueva norma puede ser formulada de la siguiente manera: solidaridad en el caso de indemnizaciones por accidente del trabajo en la relación de empresa principal con empresa contratista.

Es una nueva norma porque el Código del Trabajo no establece ningún precepto sobre el régimen de responsabilidad aplicable en materia de indemnización por accidente del trabajo. Tanto es así, que la propia sentencia de la Corte Suprema lo reconoce: “aún ante

el silencio de la ley en la asignación expresa del régimen de responsabilidad al que se encuentra sujeto el dueño de la obra cuando es demandado conjuntamente con el contratista: por los daños derivados de un accidente del trabajo, conforme al principio *pro operario* que posibilita la integración de las normas que regulan una misma materia, fuerza a concluir que tal estatuto es el propio de la solidaridad” (Corte Suprema, causa rol N°10.139-2013, de 10 de junio de 2014).

En el año 2022, la Corte Suprema estableció que el tope de 90 Unidades de Fomento no aplicaba respecto de trabajadores que hubiesen sido contratados antes del año 1990. Ello se fijó así, aun cuando el artículo 172 del Código del Trabajo señala expresamente que se deben aplicar los topes de 90 Unidades de Fomento para todo tipo de trabajadores. En efecto, la única regulación especial que contiene el estatuto laboral para indemnizaciones por término de contrato de trabajo es el artículo 7° transitorio que dispone que los trabajadores que hubieren sido contratados con anterioridad al 14 de agosto de 1981, pero que tengan contrato vigente al 1° de diciembre de 1990, no son objeto del límite de 11 años de indemnizaciones por término de contrato de trabajo, sin embargo, no menciona una exención del tope de 90 unidades de fomento.

En otras palabras, la regulación vigente del Código del Trabajo, a lo menos por su tenor literal, no establece ningún tipo de regulación especial respecto de los trabajadores que son contratados antes del año 1981 o 1990 sobre el tope de 90 unidades de fomento para efectos del pago de indemnizaciones por término de contrato de trabajo. Sin perjuicio de ello, la Corte estimó que no procedía aplicar dicho límite a los trabajadores contratados antes de 1990.

En este caso, la argumentación que realiza la Corte Suprema gira en torno al Decreto Ley N°2.200, la ley N°18.018 y también en torno al *in dubio pro operario*. Se dispone lo siguiente: “La interpretación de la normativa laboral debe ajustarse al principio de protección, que tiene como una de sus manifestaciones concretas el *pro operario*, conocido también como el *in dubio pro*

operario, que en el ámbito judicial está referido a la facultad de la judicatura de interpretar la norma según dicho criterio, de manera que al existir varias alternativas posibles se debe optar por la más favorable al trabajador. Pues bien, en el caso concreto, una labor de exégesis no inspirada en ese principio, lo que se traduce en una de tipo extensiva, provocaría un perjuicio en el patrimonio del demandante, pues se lo privaría del derecho a obtener una indemnización sin el tope ya señalado” (Corte Suprema, causa rol N°112.427-2020, de 25 de febrero de 2022).

En el fallo en comento vemos nuevamente cómo la Corte, haciéndose valer del *in dubio pro operario*, crea una nueva norma del sistema laboral: excepción de aplicación de los 90 Unidades de Fomento respecto de trabajadores que son contratados antes del año 1990.

4.2. El *in dubio pro operario* como forma de interpretar normas jurídicas

En el año 2020, la Corte de Apelaciones de Santiago, con base en principio *in dubio pro operario*, concluyó que la empresa principal, en régimen de subcontratación, debía responder por la sanción de nulidad del despido del artículo 162 del Código del Trabajo en base al principio *in dubio pro operario* (Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol N°174-2020, de 20 de agosto de 2020). En este caso se hizo una interpretación más favorable al trabajador, respecto del artículo 183-B del Código del Trabajo, entendiendo que la frase “obligaciones laborales y previsionales” contemplaba las remuneraciones que se suscitan por la nulidad del despido.

En el año 2016, la Corte Suprema interpretó el artículo 489 del Código del Trabajo en un sentido más favorable al trabajador en el entendido de que también aplica respecto de aquel trabajador que procede con su autodespido sin limitarse a aquel trabajador que es desvinculado. La Corte, para fundar su razonamiento, alegó que el artículo 489 del Código del Trabajo no hace ningún tipo de distinción entre aquel trabajador desvinculado y aquel trabajador que decide poner fin a la relación laboral, por lo que no existiría ningún tipo de impedimento para aplicar el proceso de tutela en la institución consagrada en el artículo 171 del Código del Trabajo (Corte Suprema, causa rol N°18.465-2016, de 5 de septiembre de 2016)⁵. En este sentido, se alega que cuando el artículo 489 del Código del Trabajo utiliza el verbo rector “despido” se haría alusión a aquellos trabajadores desvinculados como a aquellos trabajadores autodespedidos⁶.

Finalmente, el año 2016, la Corte Suprema interpretó el artículo 489 del Código del Trabajo en un sentido más favorable al trabajador en el entendido de que el proceso de tutela de derechos fundamentales también es aplicable respecto de aquel trabajador que procede con su autodespido sin limitarse a aquel trabajador que es desvinculado por la compañía (Corte Suprema, causa rol N°18.465-2016, de 5 de septiembre de 2016).

4.2.1. El *in dubio pro operario* como forma de integrar lagunas jurídicas

El año 2021, la Corte de Apelaciones de Concepción analizó el artículo 25 bis del Código del Trabajo sobre la forma de calcular los tiempos de espera de los choferes de vehículos de carga terrestre interurbana. En

⁵ El fallo de la Corte sostiene lo siguiente: “por consiguiente, la armonía de las referidas instituciones a la luz de los principios que informan el Derecho Laboral, en especial los de igualdad y no discriminación, como del denominado de ‘protección’, una de cuyas manifestaciones concretas es la ‘regla *in dubio pro operario*’, importan que, en el quehacer judicial, enfrentado el juez a varias interpretaciones posibles debe optar por la que sea más favorable al trabajador. Lo anterior, autoriza a inferir que como el artículo 489 del Código del Trabajo se refiere a la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores producidos con ocasión del despido, sin efectuar ninguna distinción, unido al hecho que el denominado ‘autodespido’ o ‘despido indirecto’ ... es técnicamente desde el punto de vista laboral una modalidad de despido, y en ningún caso una renuncia...”.

⁶ El inciso primero del artículo 489 de Código del Trabajo señala que: “Si la vulneración de derechos fundamentales a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485, se hubiere producido con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela, por la vía del procedimiento regulado en este Párrafo, corresponderá exclusivamente al trabajador afectado”.

el particular, dispuso que la operación aritmética para calcular dicha jornada resultaba de dividir 1,5 ingresos mínimos mensuales por el límite máximo de tiempos de espera que es 88 según la norma en comento. Esta postura se contradecía con la propuesta por la empresa que señalaba que los 1,5 ingresos mínimos debían ser calculados por la jornada ordinaria total de 180 horas. Para fundar su razonamiento la Corte utilizó como argumento principal la regla *in dubio pro operario* en los siguientes términos: “tratándose de determinar el sentido y alcance de la norma, ante dos interpretaciones posibles: la consignada en la sentencia y la propuesta por el recurrente, ha de preferirse la primera, por las razones expresadas en el fallo recurrido y que esta Corte comparte. Esta interpretación, además, resulta acorde a las características y principio protector del Derecho del Trabajo; pues, en efecto, tratándose de la determinación de una prestación dineraria en favor del trabajador, el carácter protector y la regla ‘in dubio pro operario’ concurren en favor de la tesis consignada en el fallo, a diferencia de la sustentada por la recurrente, puesto que esta última se traduce en un divisor mayor (180) que entonces determinará una suma inferior en rigor, menor a la mitad que aquella fijada en la sentencia” (Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol N°95-2021, de 4 de mayo de 2021).

En este caso, existía una laguna jurídica pues el artículo 25 bis del Código del Trabajo no establecía cómo se debían calcular los 1,5 ingresos mínimos mensuales. En el particular, la norma se limita a sostener lo siguiente: “La jornada ordinaria de trabajo de choferes de vehículos de carga terrestre interurbana, no excederá de ciento ochenta horas mensuales, la que no podrá distribuirse en menos de veintidós días. El tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas a bordo o en el lugar de trabajo que les corresponda no será imputable a la jornada, y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes. La base de cálculo para el pago de los tiempos de espera, no podrá ser inferior a la proporción respectiva de 1,5 ingresos mínimos mensuales. Con todo, los tiempos de espera no podrán exceder de un límite máximo de ochenta y ocho horas mensuales”.

Estaríamos en presencia de una situación que no se encuentra regulada por el legislador siendo responsabilidad de los jueces colmar este “hueco normativo” (Igartua, 1992, p. 21). En este caso, la Corte, valiéndose del *in dubio pro operario*, colma la laguna legal estableciendo que la forma de cálculo es el resultado de la división entre 1,5 ingresos mínimos mensuales con el límite máximo de tiempos de espera (88).

4.2.2. El *in dubio pro operario* como forma de interpretar hechos

La Corte de Apelaciones de Temuco estableció una interpretación más favorable en relación a una excepción de finiquito opuesta por la compañía en un juicio laboral. En concreto, señaló que la reserva de derechos “me reservo el derecho a reclamar de la causa de despido, vulneración de derechos y montos pagados” tenía la especificidad necesaria para demandar por lo descontado por el empleador por el seguro de cesantía. Se razonó que dicho estipendio estaría comprendido en la frase “montos pagados”. Para fundar su tesis, la Corte se centró en la regla *in dubio pro operario* argumentando lo siguiente: “lo que se viene hablando, fluye además del tenor literal de la reserva y los términos del finiquito como manifestación fundamental del principio *in dubio pro operario*, en virtud del cual la reserva contenida en la “transacción” de que da cuenta el finiquito, debe ser entendida de la forma más favorable para el trabajador; más aún en el caso sublite, en que el sujeto más débil de la relación laboral, se ve compelido a suscribir un instrumento que condiciona un acceso inmediato a las sumas de dineros de la cuales es acreedor consecuencia de la desvinculación” (Corte de Apelaciones de Temuco, causa rol N°129-2021, de 1 de septiembre de 2021).

A diferencia de los casos anteriores, en este, la Corte de Apelaciones de Temuco derechamente interpretó los hechos de una forma más favorable al trabajador con base en el *in dubio pro operario*.

4.3. ¿Los fallos fundan la aplicación del *in dubio pro operario*?

Teniendo a la vista lo señalado precedentemente, se

pueden advertir dos elementos desalentadores para aquellos que apoyan la regla *in dubio pro operario*.

En primer lugar, que el *in dubio pro operario* no solamente es utilizado a modo interpretativo por parte de los jueces, sino que además funciona para otros mecanismos de adjudicación *v.gr.* integración de lagunas, interpretación de hechos, creación de nuevas normas laborales, entre otros.

En segundo lugar, que los jueces tampoco fundan de dónde aparece el *in dubio pro operario*. En concreto,

en prácticamente todos los fallos se citan voces de autoridad para hacer alusión a la regla interpretativa, especialmente, de Américo Plá, sin embargo, no existe un ejercicio de parte de los jueces para anclar la herramienta interpretativa en un sustento formal.

Así las cosas, se puede observar que tenemos los siguientes problemas con el *in dubio pro operario*: (i) no existe ninguna regla que lo sustente; (ii) contradice reglas del sistema legal, y (iii) la jurisprudencia judicial tampoco ha podido dilucidar un sustento formal.

5. Una solución para que perdure la interpretación protectora

Se ha concluido que el *in dubio pro operario* no procede en la legislación chilena. Asimismo, también hemos podido observar que la jurisprudencia de los tribunales en Chile tampoco ha proveído razones para fundar la institución jurídica en comentario más que argumentos de autoridad. Ahora bien, ¿ello quiere decir que se encuentra absolutamente vedada la posibilidad de interpretar por el juez una norma jurídica del derecho del trabajo a favor del trabajador? No necesariamente, pero no de la forma en que se encuentra formulada la del *in dubio pro operario*.

El *in dubio pro operario* se encuentra estructurado como “regla”: si el juez tiene dudas sobre la interpretación de la norma laboral, se deberá preferir la interpretación a favor del trabajador. Creemos que para que perdure la interpretación protectora, esta noción se deberá necesariamente transformar en el sentido de un “principio”: si el juez tiene dudas sobre la interpretación de la norma, deberá necesariamente atender los diversos intereses en juego (libre emprendimiento, derecho de propiedad, protección del trabajador, seguridad jurídica, entre otros), para lograr dilucidar su correcto sentido.

En otras palabras, según lo que se viene sosteniendo,

el juez no puede interpretar la norma legal siempre a favor del trabajador, sino que deberá atender a los diferentes principios en juego para proferir el verdadero sentido de la norma legal.

Así, el *in dubio pro operario* ya no operará de forma *decisoria* sino que solamente tendrá un carácter *prima facie*.

Se explicará lo señalado precedentemente con un ejemplo para un mayor entendimiento. El artículo 162 del Código del Trabajo establece las formalidades que debe cumplir el empleador para que el despido se reputa válido, esto es, se debe comunicar por escrito al trabajador, personalmente o por carta certificada enviada al domicilio señalado en el contrato, expresando la o las causales invocadas y los hechos en que se sustenta.

En el contexto de la pandemia sanitaria del covid-19 existieron muchas dificultades de parte de los empleadores para comunicar personalmente el despido, o bien, remitir la misiva por correo certificado, atendidas las restricciones sanitarias que se establecieron por el Gobierno de Chile tales como cuarentenas, aforos, medidas de distanciamiento, entre otras. En efecto,

dadas las paralizaciones y medidas que afectaron la libertad personal, incluso era complejo remitir la misiva por Correos de Chile.

Ello condujo a que ciertos empleadores, a fin de cumplir el requisito de entrega personal de la carta de despido, leyeran la misiva de despido mediante alguna aplicación telemática como Zoom, Teams, Google Meeting, entre otras. Como, asimismo, remitieran la carta de despido mediante correo electrónico.

Si es que atendemos a la interpretación protectora como “regla”, lo cierto es que el comportamiento del empleador sería ilegal a la luz de lo establecido en el artículo 162 del Código del Trabajo, pues no se habría cumplido con la entrega personal de la carta debiendo ser condenada la compañía a las indemnizaciones por término de contrato de trabajo como al recargo legal del 50% de conformidad con lo dispuesto en el artículo 168 del Código del Trabajo. En este sentido, se alegraría que existe una duda legítima del artículo 162 del Código del Trabajo, referente a si la notificación por una aplicación telemática como el envío vía correo electrónico de la carta cumpliría (o no) los requerimientos legales, siendo correcta la interpretación más favorable al trabajador, esto es, que solamente se cumple con la norma laboral

con la entrega personal o el envío de la carta certificada.

Sin embargo, en clave de principio, la argumentación antedicha podría variar pues el juez perfectamente tendría la posibilidad de argumentar que, si bien se admite una interpretación protectora, existen otros bienes jurídicos en juego como, por ejemplo, las medidas que debe adoptar la empresa para proteger a sus trabajadores del covid-19 y la circunstancia excepcional que se estaba viviendo. De este modo, el juez podría alegar que dentro de un contexto normal el comportamiento del empleador sí sería ilegal del artículo 162 del Código del Trabajo, pero dadas las circunstancias especiales que se vivieron por la pandemia sanitaria, el despido se podría entender como válido pues se habrían tomado todas las medidas posibles para que el trabajador conociera el motivo de su desvinculación, esto es, lectura y envío por correo electrónico⁷.

Si bien esta solución parece apropiada, tiene el inconveniente que otorga poca seguridad jurídica para los intervinientes del proceso judicial laboral. En ese sentido, lo óptimo sería regular en el Código del Trabajo una regla de interpretación en clave *in dubio pro operario* que establezca las condiciones de su procedencia y cómo debe ser utilizada por el juez del trabajo.

⁷ Han existido sentencias que han reconocido la validez de ciertos despidos por otros medios electrónicos durante la pandemia sanitaria. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt ha señalado lo siguiente: “Que los hechos establecidos permiten concluir que pese al error en el envío de la comunicación, la actora tomó oportuno conocimiento de la causal de despido invocada y de los hechos que le servían de fundamento, al ser informada en primer lugar por su superiora del despido a través de una video llamada, el día del despido, y luego mediante el correo electrónico que se le envió adjuntando la carta de despido. Que, sin perjuicio de que las comunicaciones efectuadas a la actora no suplen la formalidad del correcto envío de la carta al domicilio registrado en el contrato, corresponde tener presente lo dispuesto en el inciso 9 del artículo 162 del Código del Trabajo que dispone ‘Los errores u omisiones en que se incurra con ocasión de estas comunicaciones que no tengan relación con la obligación de pago íntegro de las imposiciones previsionales, no invalidarán la terminación del contrato, sin perjuicio de las sanciones administrativas que establece el artículo 506 de este Código.’ En este sentido evidentemente existió un error de aquellos que señala la norma, y al haber existido otros medios de conocimiento que le permitieron a la actora tomar conocimiento oportuno del despido, es correcta la interpretación que el sentenciador a quo da a la normativa, pues dicho conocimiento le entregó la información que requería la actora para accionar en la forma que lo hizo, lo que evidencia que no se produjo la indefensión que las reglas consagradas en los artículos 162, inciso primero, y 454 número 1°, inciso segundo, del Código del Trabajo, pretenden evitar, por lo que la causal subsidiaria de infracción de ley será rechazada” (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, causa rol N°262-2021, de 29 de diciembre de 2021).

6. Conclusiones

Los principios y las reglas se distinguen entre sí en su forma de aplicación. Mientras los primeros se aplican *prima facie*, los segundos lo hacen de forma decisoria. En otras palabras, las reglas operan de manera disyuntiva (se aplican o no se aplican) mientras que los principios funcionan como mandatos de optimización.

En el derecho del trabajo, la dogmática jurídica ha reconocido el principio protector el cual tiene tres manifestaciones: (i) la regla *in dubio pro operario*; (ii) la regla de la norma más favorable, y (iii) la regla de la condición más beneficiosa.

El *in dubio pro operario* permite que el juez laboral, ante una hipótesis de duda sobre la interpretación de la norma laboral, opte por aquella interpretación más favorable al trabajador.

Este criterio interpretativo se configura como una regla y no como un principio porque no opera dentro de lo jurídica y fácticamente posible. Se limita a operar

de forma decisoria y no *prima facie*. Siendo una regla, debe encontrar su validez en una norma promulgada y publicada.

No existe norma jurídica dentro del ordenamiento jurídico chileno que permita fundar una regla como la *in dubio pro operario* ya sea mediante una construcción de las reglas del Código Civil como del estatuto laboral. Tampoco la jurisprudencia de tribunales chilenos de justicia ha podido entregar una justificación normativa de dicha regla, sino que solamente se han apoyado en argumentos de autoridad proveídos por la dogmática jurídica.

Ante esta situación solamente podría persistir una interpretación protectora en la modalidad de principio, pero no como una regla. La interpretación como principio debería atender a otros bienes jurídicos en juego. Esa es la única manera de poder tomarse el derecho del trabajo en serio.

Referencias

- Alessandri, A.; Somarriva, M. y Vodanovic, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar y general. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Alexy, R. (1988). *Derecho y razón práctica*. México: Distribuciones Fontamara.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Barros, E. (1984). Reglas y principios en el Derecho. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (2), 269-281.
- Bulnes, L. (2016). La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980. *Revista de Derecho Público*, (28), 207-224.
- Caamaño, E. (2008). El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (30), 265-291.
- Desdentado, A. (2003). El Principio Pro Operario. En L.E. de la Villa Gil y L. López (dirs.). *Los Principios del Derecho del Trabajo* (pp. 73-105). Madrid: Centro de Estudios Financieros.

- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Ferrajoli, L. (2012). El constitucionalismo entre principios y reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (35), 791-817.
- Gamonal, S. (2020). *Fundamentos de derecho laboral*. Santiago, Chile: Der Ediciones.
- Lizama, L. (1998). *La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral chilena*. Santiago: Editorial Fundación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Lizama, L. (2016). *La Reforma Laboral*. Santiago, Chile: Ediciones Luis Lizama Portal & Cía.
- López Oneto, M. (2013). *El principio de protección a la fuente del empleo en Chile*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters.
- Humeres, H. (2004). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Igartua, J. (1992). *Márgenes y límites en la aplicación del derecho*. Madrid: Editorial Librería Carmelo.
- Mercader, J. (2014). *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo: Formación, decadencia y crisis*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Munita, E. (2014). El principio protector y la regla del in dubio pro operario como criterio de interpretación de la norma laboral. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 5(10), 85-94.
- Irureta, P. (2011). El impacto de los principios jurídicos en el Derecho del Trabajo. En E. Aldunate Lizana, F. Carbonell, R. Letelier Wartenberg y R. Coloma Correa (eds.). *Principios Jurídicos: Análisis y crítica* (pp. 291-313). Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters.
- Palavecino, C. (2010). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Santiago: Apuntes de clases.
- Palomeque, C. y Álvarez, M. (1998). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Plá, A. (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Raz, J. (1972). Legal Principles and the Limits of Law. *The Yale Law Journal*, 81
- Rojas, I. (2007). Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del plan laboral. *Ius et Praxis*, 13 (2), 195-221.
- Ruiz-Tagle, P. (1990). *Revisión crítica del derecho*. Santiago, Chile: Andrés Bello.
- Tapia, F. (2005). *Sindicatos en el Derecho Chileno del Trabajo*. Santiago, Chile: Editorial Lexis Nexis.
- Thayer, W. y Novoa, P. (2010). *Manual de Derecho del Trabajo. Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Valverde, A. (2003). *Principios y reglas en el Derecho del Trabajo: Planteamiento teórico y algunos ejemplos*. En L.E. de la Villa Gil y L. López (dirs.). *Los Principios del Derecho del Trabajo* (pp. 39-72). Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- Wróbleski, J. (1989). *"Sentido" y "hecho" en el derecho*. San Sebastián: Servicio Editorial Universidad del País Vasco.

**Carla
Palavecino
Rojas****

mirandapalavecino@gmail.com

Recibido: 11.07.22

Aceptado: 14.09.22

Los elementos de laboralidad en el trabajo vía plataformas digitales a la luz de la jurisprudencia laboral chilena

The elements of labor in digital platforms in the light of Chilean labor law jurisprudence

Resumen: El presente trabajo pretende analizar la existencia de los elementos clásicos de laboralidad en el trabajo vía plataformas digitales, a raíz de la incipiente jurisprudencia emanada de los tribunales laborales especializados, limitado al caso chileno. El análisis que se estructura en los apartados del presente artículo trabaja sobre la base de dos premisas básicas. La primera de ellas dice relación con la incursión de las empresas de plataformas digitales en el mercado nacional y la forma en como este fenómeno vino a poner en tela de juicio la eficacia y poderío de la subordinación o dependencia como elemento configurador e inequívoco, con determinado consenso, de la existencia de relación laboral, ya que esta figura no habría sido suficiente para otorgar la debida protección a quienes desempeñan funciones mediante aplicaciones. En segundo término, se reconoce que el derecho del trabajo y su ámbito normativo es una rama en esencia cambiante que va delimitando su campo de acción conforme evoluciona la relación laboral, siendo, por ende, una regulación reactiva a los cambios sociales, económicos y, en este caso particular, a los tecnológicos, que imperan en una sociedad y en un tiempo determinados. Esta forma de operar, particular pero a la vez lógica, que ha desarrollado el derecho del trabajo nos lleva a la urgente necesidad de determinar cómo se resguardan,

cautelan y garantizan los derechos de aquellos que desempeñan trabajos vía plataformas. En este contexto, se tratará de determinar el rol que en este posible ejercicio de “flexibilización” del concepto de subordinación o dependencia juegan los tribunales laborales, teniendo como base de análisis el desarrollo jurisprudencial que han observado las acciones interpuestas en los tribunales competentes, que persiguen la declaración de existencia de relación laboral de aquellos que desempeñan funciones para las empresas de plataformas digitales.

Palabras clave: laboralidad; plataformas digitales; subordinación y dependencia; relación laboral; derecho del trabajo.

Abstract: This paper aims to analyze the existence of the classical elements of labor in digital platforms, as a result of the incipient case law emanating from the specialized labor courts, limited to the Chilean experience. The analysis that is structured in the sections of this article works on the basis of two basic premises; the first one is related to the incursion of digital platform companies in the national market and the way in which this phenomenon came to question the effectiveness and power of subordination or dependence as a configuring and unequivocal element, with certain consensus, of the existence of an employment relationship, since

* Este artículo ha sido realizado en el marco de la ejecución del Proyecto FONDECYT Regular N.º 1200362, titulado “El trabajo vía plataformas digitales en Chile. Revisión de las fronteras del Derecho del Trabajo y de los instrumentos jurídicos de protección social y laboral”, financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo ANID-Chile.

this figure would not have been sufficient to provide due protection to those who perform functions through digital apps. Secondly, it is recognized that Labor Law and its normative scope is a changing branch of the law, which delimits its field of action as the labor relationship evolves, being, therefore, a reactive regulation to the social, economic and in this particular case, technological changes, which prevail in a society and at a given time. This particular but at the same time logical way of operating, developed by Labor Law, leads us to the urgent need to determine how the rights of those who work via digital platforms are protected,

safeguarded and guaranteed. In this context, we will try to determine the role played by the labor courts in this possible exercise of “flexibilization” of the concept of subordination or dependence, taking as a basis for analysis the jurisprudential development that has been observed in the actions filed in the competent courts, which seek the declaration of the existence of an employment relationship of those who perform functions for digital platform companies.

Keywords: labor; digital platforms; subordination and dependence; employment relationship; labor Law.

La incursión de las empresas de plataformas digitales en el mercado nacional ha venido a poner en tela de juicio la eficacia de la subordinación o dependencia como elemento configurador e inequívoco de la existencia de relación laboral, no siendo suficiente, en su análisis clásico, para lograr otorgar la debida protección a quienes desempeñan funciones mediante aplicaciones. En este contexto, el desafío del presente trabajo está dado por determinar si el concepto de subordinación o dependencia es capaz de proveer los elementos necesarios para calificar una relación como laboral o no, flexibilizando sus márgenes y permitiendo, en una interpretación alejada de su forma tradicional, englobar las nuevas formas de prestación de servicios. En otras palabras, la tarea que se plantea aquí es observar si la subordinación ha logrado adaptarse a los cambios y avances sociales, económicos, culturales y tecnológicos existentes en las nuevas formas de trabajo.

En este sentido, y frente a la nula regulación que existía en este tema hasta el 11 de marzo de 2022 (Leyton y Azócar, 2022)¹, y considerando que en Chile

no existe normativa intermedia aplicable a la figura que se sitúa entre el trabajador independiente y aquel regido por el Código del Trabajo (Ruay, 2022, p. 129), nuestro objetivo fue, en primer término, analizar desde una arista puramente jurisprudencial si los tribunales competentes, supliendo este vacío, habían sido capaces de entregar lineamientos que nos permitieran establecer si la relación entre las empresas de aplicaciones y quienes desarrollan funciones para estas califica dentro del concepto tradicional de subordinación o si, por el contrario, los tribunales han sido partidarios de negar dicho resguardo por entender que se trata de una relación contractual que es ajena a los límites de la esfera de protección de la normativa laboral y de la seguridad social. Lo anterior se analiza estableciendo la clara autonomía que poseen los tribunales para resolver los asuntos que han sido puestos bajo su conocimiento, pero al mismo tiempo, reconociendo que una determinada postura sobre una misma materia puede influir en las decisiones judiciales posteriores, entregando de esta forma elementos que permitan definir criterios y, con ello, la certeza que busca el derecho como uno de sus fines.

¹ “El 11 de marzo de 2022 fue publicada en el Diario Oficial la Ley Nro. 21.431, que modifica el Código del Trabajo regulando el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios, y que entrará en vigor el 01 de septiembre del mismo año”.

Para los efectos anteriores, nos servirán de complemento ciertos elementos ajenos a la labor jurisprudencial propiamente tal. En este punto, es importante destacar que las conclusiones a las que arribe el presente trabajo serán útiles no obstante la reciente publicación de la Ley 21.431², ya que, en primer término, su vigencia comienza en septiembre del año en curso y, en segundo lugar y a nuestro entender, la labor que realiza el legislativo en la regulación del contrato de trabajo de personas que desarrollan funciones para aplicaciones presenta dificultades y vacíos que serán observadas en la aplicación de esta (Leyton y Azócar, 2022).

La presente investigación se desarrollará bajo la hipótesis de que la actividad jurisprudencial no ha sido capaz de suplir la ausencia normativa existente, por medio de una respuesta uniforme y consistente en el tiempo respecto a la determinación de la laboralidad con relación al vínculo que une a las personas que se desempeñan en trabajo vía plataformas digitales. Se trata, por ende, de un trabajo basado en los pronunciamientos de los tribunales especializados en materia laboral, que nos permitirá establecer los criterios normativos respecto a la laboralidad vía plataformas, para determinar si es posible predecir los resultados de las acciones a través de la postura existente.

1. Determinación del universo de la jurisprudencia revisada en la presente investigación

1.1. Universo de causas que han sido analizadas en la presente investigación

Mediante una labor de acceso al portal público del Poder Judicial³, se rastreó la totalidad de causas en que una de las partes litigantes correspondiera a alguna de las nueve empresas de trabajo a través de plataforma que se encuentran presentes en el mercado nacional.

Teniendo presente que en términos generales debemos entender la noción de jurisprudencia como referente al “conjunto de fallos o decisiones de un tribunal de justicia cualquiera, que han sido dictados sobre una similar materia o asunto, sobre la base de aplicar un mismo criterio acerca del derecho concerniente a esa materia y al modo como debe interpretárselo” (Squella, 2014, pp. 263-264), para los efectos del análisis realizado en el presente trabajo, se entenderá por “jurisprudencia” el grupo de pronunciamientos de los juzgados de letras del trabajo y los respectivos fallos de la Corte de Apelaciones

en los limitados casos en que el conflicto ha llegado a ser conocido por dicho tribunal.

La decisión de establecer el universo de estudio sobre la base de los fallos de juzgados de instancia se toma de acuerdo con dos consideraciones. La primera dice relación con el elemento temporal, ya que al tratarse de un conflicto que se ha masificado judicialmente en los últimos dos años, la mayor cantidad de pronunciamientos está concentrada en los tribunales de instancia. La segunda razón está dada por la especialidad de estos juzgados, la que permite entregar un análisis más acabado de los temas específicos que son puestos bajo su conocimiento. En el orden temporal, el muestreo comprendió desde enero de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2021. Conforme con estos criterios, el resultado de la búsqueda arrojó como resultado un total de 47 causas en las que se advierte demanda por diferentes materias, y se centró el estudio en aquellas que tuvieran por objeto determinar el reconocimiento de

² Boletín N.º 13. 496-13.

³ www.pjud.cl

la existencia de relación laboral entre las personas que desarrollan servicios a través de plataformas digitales, ya sea que hayan sido entabladas como acción principal, conjunta o en subsidio de otra reclamación, interpuesta como consecuencia del desempeño de las funciones de *rider*⁴.

Una vez que fueron aplicados los filtros antes señalados, el resultado fue la obtención de cuatro pronunciamientos de los juzgados de letras con competencia laboral, dos de los cuales, además, fueron refrendados por las respectivas cortes de apelaciones.

1.2. Sentencias dictadas a raíz de demandas de reconocimiento de relación laboral presentadas por trabajadores de plataformas digitales

Existen solo cuatro sentencias de instancia que efectivamente analizan la procedencia o no de relación laboral en el trabajo a través de plataformas digitales, las que, además, no han seguido una misma línea en cuanto a la determinación de la laboralidad. Lo anterior es indicativo de que el debate jurisprudencial acerca de la laboralidad del trabajo a través de aplicaciones en Chile se encuentra abierto, sin que la judicatura haya establecido un precedente respecto a la materia, siendo la jurisprudencia la primera forma a través de la cual se intentó dar respuesta al debate del trabajo de plataformas (Ruay, 2022, p. 128).

Para efectos de esta investigación, y en todos los casos que se analizan, la discusión se centra en la determinación de la naturaleza jurídica de la relación que se desarrolla entre las empresas de plataformas digitales y las personas que ejercen funciones para permitir el funcionamiento de estas. Debido a ello, en los siguientes párrafos nos dedicaremos a analizar de modo general cuál ha sido la conclusión de cada una de las sentencias

en análisis, para luego pasar a determinar la existencia o ausencia de los elementos de laboralidad clásica en los pronunciamientos de los tribunales de justicia chilenos.

En orden cronológico, toca analizar la primera sentencia de instancia⁵ que resolvió sobre la existencia o no de relación laboral en el asunto que fue sometido a su conocimiento, que rechazó la existencia de laboralidad para el caso concreto. En la causa en comento, el actor entabló demanda por declaración de relación laboral, despido injustificado, nulidad de despido y cobro de prestaciones en contra de la empresa UBER Chile. La sentencia razona sobre la base de que no se encuentra configurada subordinación alguna entre las partes, ya que, en los hechos, el demandante no logró entregar los elementos necesarios para determinar la existencia de relación laboral. De ahí que dispone que lo que se habría producido es la “unión” voluntaria de los choferes, en tanto personas naturales o jurídicas, con sus propios vehículos a la empresa, quien solo “les facilita el soporte tecnológico que permite captar clientes a través de una aplicación en el celular a fin de movilizarlos de un lado a otro”. Lo anterior conduce, finalmente, a determinar la inexistencia de relación laboral y rechaza la demanda en todas sus partes.

Luego, y siguiendo un orden temporal en la dictación de los pronunciamientos, debemos observar la sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción⁶, que declara al actor como trabajador dependiente de la empresa de reparto PedidosYa, determinando la existencia de relación laboral entre las partes, lo que, además, fue validado por la Corte de Apelaciones⁷ respectiva, luego de que la empresa recurriera por vía de nulidad. En este caso, el actor interpone acción de despido injustificado indebido o improcedente, cobro de prestaciones e indemnizaciones laborales y nulidad del despido, entendiendo como fundamento lógico de

⁴ A lo largo del presente trabajo utilizaremos la expresión *rider* o repartidor para referirnos a las personas que realizan actividades mensajería o entrega de bienes y productos por intermedio de una plataforma digital.

⁵ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 14 de julio de 2015, RIT O-1388-2015.

⁶ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020.

⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, ROL 395-2020, de 15 de enero de 2021.

dichas pretensiones la necesidad de reconocimiento de relación laboral entre las partes. En el caso puntual, se trata de un trabajador que había realizado funciones de reparto en calidad de *riders* para la empresa PedidosYa Chile SpA.

Esta sentencia determina que “se estiman concurrentes los requisitos que configurarían una relación laboral entre las partes, en los términos que exigen los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo”. De este modo, y a lo largo de su pronunciamiento, el fallo analiza uno a uno los elementos que a juicio de la sentenciadora resultan ser constitutivos de relación laboral tales como el proceso de selección, el uso de distintivos de la empresa y uniformes, la forma como se materializaba el control del actor por parte de la empresa a través de las calificaciones y la prestación de servicios a través de turnos.

Todo lo dispuesto por la jueza de la causa es refrendado por la Corte de Apelaciones de Concepción⁸. En lo que nos interesa, el fallo indica en su análisis que para resolver la cuestión debatida se debe tener presente y ponderar “la existencia de una nueva realidad productiva, basada en prestaciones de servicios a través de plataformas digitales”, lo que plantearía al derecho del trabajo nuevos desafíos en cuanto a la forma en que deben ser interpretadas las relaciones laborales, entendiendo que el sistema tradicional de empleo, conocido hasta ahora, está siendo desplazado por las nuevas formas de trabajo digital, remotas y con nuevas características y particularidades que deben ser amparadas por el ordenamiento jurídico.

Con fecha 17 de mayo de año 2021, casi cuatro meses después del recién comentado fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, se dicta en el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago

un pronunciamiento absolutamente contrario⁹. Al efecto, la sentenciadora rechaza en todas sus partes la demanda, estimando que lo que une a los actores y la empresa demandada es meramente un contrato de prestación de servicio, cuya diferencia con la relación de naturaleza laboral radica en que en esta última existe una supervigilancia directa y constante y una fiscalización permanente de las labores, lo que no ocurre en la especie. Frente a este resultado, los denunciados interponen recurso de nulidad¹⁰, que la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó con base en consideraciones de orden estrictamente formales, lo que impidió un pronunciamiento respecto al fondo del asunto.

Finalmente, la sentencia de instancia más reciente en la materia, de la que se tuvo registro al momento del cierre de la investigación que dio lugar al presente trabajo, es la pronunciada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago¹¹. En esta ocasión, se acciona por parte de un trabajador de la empresa Rappi Chile SpA, quien interpone declaración de reconocimiento de relación laboral, nulidad del despido, despido injustificado y cobro de indemnizaciones y prestaciones laborales adeudadas.

En el fallo de instancia, el juez concluye que en los hechos sí se encuentra establecida una relación contractual entre las partes, pero que la prueba aportada por el demandante no permite establecer que esta pueda catalogarse como una relación laboral, por lo que termina rechazando la demanda en todas sus partes. Dentro de los aspectos más relevantes del fallo, destaca que el trabajador no estaba obligado a usar elementos institucionales, así como tampoco se logró acreditar que la empresa ejerciera algún tipo de supervisión o control del actor a través de la plataforma, lo cual impide, a su juicio, que la relación pueda ser calificada como laboral.

⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, ROL 395-2020, de 15 de enero de 2021.

⁹ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-980-2020, 17 de mayo de 2021.

¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N.º 1864-2021, 13 de diciembre de 2021.

¹¹ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-5008-2020, 2 de octubre de 2021.

2. Análisis general de la jurisprudencia judicial a raíz de acciones que persiguen la declaración de relación laboral entre empresas de plataformas y quienes desarrollan funciones para ellas y del impacto de factores externos a la dictación de sentencias en el resultado de estas

2.1. Análisis general de la jurisprudencia judicial a raíz de acciones que persiguen la declaración de relación laboral entre empresas de plataformas y quienes desarrollan funciones para ellas

El objetivo principal del presente apartado es observar y analizar, desde un enfoque cuantitativo y estadístico, el impacto que las principales resoluciones judiciales

en la materia han tenido en el comportamiento litigioso posterior que se ha observado en nuestro medio jurídico.

2.1.1. Posible impacto de las sentencias que han declarado la existencia de relación laboral en el trabajo vía plataformas en la interposición de demandas o en la búsqueda de vías alternativas para evitar sentencias

RIT Sentencia/ Declaración Laboralidad	Fecha	N.º causas ingresadas al 1.º mes de dictación	N.º causas ingresadas entre el 2.º y 3.º mes de dictación	N.º de causas falladas/ conciliadas al 1.º mes de dictación	N.º de causas falladas/ conciliadas entre el 2.º y 3.º mes de dictación
M-724-2020 Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción	5/10/2020	10	3	3	3
ROL 395-2020 Corte de Apelaciones de Concepción	15/01/2021	1	4	1	4

Los elementos de laboralidad en el trabajo vía plataformas digitales

En el cuadro anterior se intenta observar si es posible establecer alguna relación entre las sentencias que declararon la existencia de relación laboral en el trabajo vía plataformas y el número de acciones interpuestas con igual objeto con posterioridad a su dictación y, de otro lado, si esta misma circunstancia pudo tener algún tipo de incidencia en los acuerdos a que arribaron las partes en el proceso judicial, con el fin de evitar la dictación de una sentencia referente a la declaración de existencia de relación laboral.

Respecto al primer punto, basándonos solo en el número de causas ingresadas con el mismo objeto, se puede sostener la hipótesis de que estos pronunciamientos que determinaron la existencia de laboralidad podrían haber tenido impacto en el número de acciones ingresadas por los actores que perseguían la existencia de relación laboral. Lo anterior se podría sostener a partir de lo que ocurre luego de la dictación de la sentencia en causa Rit M-724-2020, del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, ya que en los tres meses siguientes, se observaron diez nuevos ingresos de acciones con igual objeto, lo que comparado con el total de demandas y/o procesos judiciales (47), que refleja que del total de causas ingresadas cuyo objeto es perseguir la determinación de laboralidad, un 21 % de ellas fueron interpuestas luego de este resultado favorable. Similar

efecto, pero con menor intensidad, se observa respecto de la causa seguida ante la Corte de Apelación de Concepción. De lo anterior es posible presumir que el resultado obtenido en el proceso seguido ante el Juzgado del Trabajo de Concepción habría motivado el accionar de los demandantes de las acciones posteriores.

Por otro lado, se analizó el número de procesos concluidos a través de algún medio de solución alternativa de conflictos, como es el caso del avenimiento o conciliación. El resultado que se obtuvo es que él se encuentra en línea con el anterior, pudiendo obtenerse la misma hipótesis desde que se detectaron seis causas cerradas por avenimiento dentro de los tres primeros meses siguientes a la dictación de la sentencia de instancia, y cinco luego del pronunciamiento de la Corte de Apelaciones, lo que hace presumir, solo por el número de acciones interpuestas en relación al total de juicios en estudio, que este fallo pudo tener impacto en las acciones posteriores.

2.1.2. Posible impacto de las sentencias que han declarado la inexistencia de relación laboral en la dictación de fallos posteriores y en la búsqueda de vías alternativas de resolución de conflictos, para evitar dictación de sentencias

RIT Sentencia/ Inexistencia de relación laboral	Fecha	N.º de causas falladas/ conciliadas al 1.º mes de dictación	N.º de causas falladas/ conciliadas entre el 2.º y 3.º mes de dictación
O-1388-2015 Santiago (2.º)	14/07/2015	0	0
T-980-2020 Santiago (1.º)	17/05/2021	4	11
RoI N°1864-2021- laboral Santiago	13/12/2021	0	0
O-5008-2020 Santiago (1.º)	2/10/2021	0	0

En este caso, se vislumbra una clara diferencia entre la influencia que puede predicarse respecto de uno de los pronunciamientos dictados en contraposición a los restantes. En efecto, si examinamos el caso del fallo de 14 de julio de 2015, su impacto es nulo pero lo atribuimos a la fecha de la dictación de este, al no existir procesos judiciales coetáneos a dicha sentencia. La misma conclusión, pero por razones diferentes, debe ser aplicada a los últimos dos pronunciamientos dictados en la materia, ya que por sus fechas de dictación y el periodo de investigación de este estudio no resulta posible observar la eventual conducta posterior.

Finalmente, vale la pena detenerse en los números que nos entrega el análisis realizado al tenor de la causa Rit

T-980-2021, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, dictado con fecha 17 de mayo del año 2021, la que tras su dictación muestra un posible impacto en cuatro procesos judiciales con igual objeto debatido, número que se amplía hasta los 15 procesos si tomamos como referencia el tercer mes posterior a la fecha del fallo.

2.2. Comportamiento de la actividad jurisprudencial a raíz de factores externos, distintos a la dictación de sentencias

2.2.1. Posible impacto de los proyectos de ley en la interposición de acciones judiciales que dicen relación con el trabajo vía aplicaciones digitales

N.º de Boletín	Fecha	N.º causas ingresadas al 1.º mes de emisión	N.º causas ingresadas entre 2.º y 3.º mes de emisión	N.º de causas falladas/ conciliadas al 1.º mes de emisión	N.º de causas falladas/ conciliadas entre 2.º y 3.º mes de emisión
Boletín N.º 10.937-15	25/10/2016	0	0	0	0
Boletín N.º 11.934-15	20/07/2018	0	0	0	0
Boletín N.º 12.618-13	14/05/2019	0	1	0	1
Boletín N.º 12.475-13	14/03/2019	0	0	0	0
Boletín N.º 12.618-13	14/05/2019	0	1	0	0
Boletín N.º 13.496-13	13/05/2020	3	2	0	0

Tal como se observa en el cuadro anterior, existen a la fecha del presente trabajo seis proyectos de ley que¹², entre los años 2016 y 2020, han intentado establecer un marco regulatorio para el trabajo a través de plataformas digitales. Si bien las materias que abordan los diferentes proyectos son de diversa índole, son dos de ellos los que se abocan de una manera más sistematizada a regular el tipo de relación contractual que existe entre las empresas de plataforma digitales y quienes desempeñan funciones para estas¹³.

Entendiendo que el objeto del presente trabajo está lejos de ahondar en el análisis legislativo del contenido de los diferentes proyectos de ley que se han presentado en Chile sobre el tema, revisaremos brevemente la materia que intenta abordar cada uno de ellos, con el fin de poder medir el impacto que pudieron haber tenido en el número de demandas presentadas ante los tribunales competentes o bien en las decisiones de los procesos que ya se encontraban vigentes.

En orden temporal, el primero de ellos data del año 2016 y es el proyecto pionero en la tarea de intentar regular el transporte de pasajeros a través de plataformas digitales. Luego, encontramos el Boletín N.º 11.934-15, de 20 julio de 2018, que también busca establecer un marco normativo para los trabajadores de las aplicaciones de transporte remunerado de pasajeros y los servicios que a través de ellas se presten. Hasta este punto, los proyectos de ley no incluían referencias expresas a la naturaleza jurídica del vínculo que unía a los conductores y las empresas dueñas de las aplicaciones (Palomo, 2021, pp. 78-79). Esta técnica legislativa de los proyectos cambia con el tercero de ellos¹⁴, el que “se enfoca en la definición de la naturaleza del vínculo que une a empresas con sus conductores, optando por la laboralidad de la relación” (Palomo, 2021, p. 79).

En el mes de mayo de 2020, se presenta el Boletín N.º 13.496-13. Este proyecto originado por moción parlamentaria¹⁵, en su idea original, buscaba reconocer garantías básicas a las personas que prestan servicios a través de plataformas digitales, pero sobre la base de no reconocerles la calidad de trabajadores subordinados. Lo que finalmente consagra esta normativa es regular el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios, a través de figuras especiales, distinguiendo entre trabajadores de plataformas digitales independientes y dependientes. Esta forma de regulación, si bien aporta dos regímenes paralelos y una idea de protección a los trabajadores de plataformas digitales, no contempla la forma o la elección de la misma. Es por lo anterior que al existir incentivo para la empresa por optar por la figura más desprotegida, lo que en los hechos puede ocurrir es que esta se convierta en una decisión discrecional, “quedando en evidencia, una vez más, el desigual poder negociador de las partes” (Leyton y Azócar, 2022). Sumado a lo anterior, existen vacíos que han sido abordados en la ley y que dicen relación con la realidad práctica de los trabajadores de plataformas digitales, por ejemplo, se ha omitido pronunciamiento respecto a las personas que prestan servicios simultáneos para dos o más plataformas (Ruay, 2022, p. 155).

Finalmente, encontramos el Boletín N.º 12.475-13 que pone mayor énfasis en la determinación del vínculo laboral y propone que los trabajadores de plataforma queden cubiertos por el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y el proyecto de ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión, correspondiente al Boletín N.º 12.618-13, que entre los diversos asuntos que trata destaca su intención de modernización en materia de adaptabilidad laboral, para lo que propone una modificación al Código del Trabajo incorporando la regulación de la prestación de

¹² Con posterioridad a la finalización del presente trabajo se publicó la Ley 21.431 de fecha 11 de marzo de 2022.

¹³ Boletín N.º 12.475-13, de 14 de marzo de 2019 y Boletín N.º 13.496-13, de 13 de mayo de 2020.

¹⁴ Boletín N.º 12.475-13, de 14 de marzo de 2019.

¹⁵ Al momento del cierre de este trabajo este proyecto se encuentra aún pendiente la tramitación del veto ejercido por el presidente de la República relativo al reconocimiento del derecho a negociación colectiva por parte de estos trabajadores, y con posterioridad a la finalización del presente trabajo se publicó la Ley 21.431 de fecha 11 de marzo de 2022.

servicios a través de empresas que operan mediante plataformas digitales de intermediación (Palomo, 2021, p. 79).

Tal como se expone en la tabla precedente, se logra evidenciar que solo uno de los proyectos de ley existentes a la fecha puede haber tenido un posible efecto en el comportamiento judicial de la materia¹⁶, pero

solo con relación al número de demandas presentadas, no así respecto de los procesos que ya se encontraban vigentes.

2.2.2. Análisis de la forma de solución de controversias judiciales entre las partes del trabajo vía aplicaciones digitales

AÑO	N.º de causas terminadas por avenimiento/conciliación/transacción	N.º de causas terminadas por desistimiento	N.º de causas terminadas por sentencia
2015	0	0	1
2016	0	0	0
2017	0	0	0
2018	0	0	0
2019	1	1	1
2020	6	2	0
2021	18	3	2
TOTAL	19	6	4

¹⁶ Boletín N.º 13.496-13, de 13 de mayo de 2020.

Respecto de las cifras que exhiben estos procesos con relación a las formas de término de los procedimientos que han tenido su origen en demandas que persiguen la declaración de relación laboral, se puede señalar que, del total de procesos que se han ventilado en los tribunales especializados en materia laboral entre los años 2015 y 2021, se encuentran concluidos a la fecha del presente estudio un total de 29 juicios. De ellos: (i) 19 causas han finalizado a través de formas alternativas de resolución de conflictos, entendiendo por tales el avenimiento, la transacción y la conciliación; (ii) seis de ellos han culminado por desistimiento, y (iii) solo cuatro por sentencia de instancia, dos de los cuales cuentan con fallos de las cortes de apelaciones respectivas a la fecha de este trabajo. Por ende, resultan ser 25 los procesos que han terminado por vías distintas a la dictación de una sentencia definitiva, entendiendo por tal cualquier forma de solución alternativa del conflicto, incluido el desistimiento de la demanda.

Los posibles fundamentos para explicar el gran número de términos de conflictos a través de vías alternativas de solución de controversias son múltiples. En primer lugar, encontramos el tiempo que demora un demandante en conseguir un pronunciamiento firme por parte del órgano judicial. De acuerdo con las estadísticas oficiales que el Poder Judicial publicó en el año 2018¹⁷, la duración de los procedimientos laborales, graficándose el promedio en días y estableciendo que ya en el año 2018 era de 86, sin incluir el tiempo de tramitación en la corte de apelaciones y en la Corte Suprema. A modo de ejemplo, y solo con el fin de dar indicios de la duración de la tramitación de un recurso de nulidad promedio, se constató que este procedimiento ante la Corte de Apelaciones de Talca, antes del año 2020, demoraba aproximadamente 120 días (Delgado *et al.*, 2018, p. 13). Claro está que con la llegada de la crisis sanitaria, a causa de la pandemia de Covid 19, estos plazos no harían más que aumentar.

En segundo lugar, y en concordancia con los números que arroja la tabla expuesta en este punto, se puede apreciar un gran número de procesos cuyo término se produjo mediante una solución alternativa de resolución de controversias. En este sentido, los procedimientos judiciales que terminaron por avenimiento, transacción o conciliación representaron un 78 % del total de causas terminadas durante el año 2020 y un 66 % del total del año 2021. Este fenómeno se explica, entre otros factores, en el impacto que la pandemia durante los años 2020 y 2021 ha tenido en el mayor retraso que la actividad jurisdiccional. En este sentido, el tiempo de duración de la tramitación de las causas laborales durante el año 2017 era de 87 días en promedio, cifra que en el año 2020 se extendió a 163 días, de acuerdo con los datos del Poder Judicial. Es así como “una demanda podía tomar alrededor de ocho meses en ser resuelta, en circunstancias que ahora puede superar el año, y de escalar a la Corte de Apelaciones y a la Suprema, la podría tardar por encima de dos años”¹⁸.

Este fenómeno de evidente retraso en la actividad jurisdiccional encuentra antecedente en la entrada en vigor de la Ley 21.226, de 2020, que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, por el impacto de la crisis sanitaria en Chile, persiguiendo la realización solo de aquellas gestiones que tengan carácter urgente. Sumado a ello, “la improvisación, la falta de regulación común entre tribunales, la escasa capacitación de los funcionarios/as en estas tecnologías, entre otros factores, han hecho que cientos de asuntos se encuentren suspendidos y otros simplemente no pudieran iniciarse. Ello ha significado una acumulación de causas en estado de tramitación que ha generado una importante congestión judicial que, estimamos, se verá acrecentada luego de que termine el estado de excepción constitucional” (Lillo y Vargas, 2021, p. 182).

¹⁷ Poder Judicial en números 2018. Estadísticas de causas (2018). Disponible en <https://www.pjud.cl/post/download/484>. [visitado el 07/12/2021].

¹⁸ Diario Financiero: “Justicia laboral está al límite: tramite de causas casi se ha duplicado en los últimos cuatro años”. Disponible en: <https://www.df.cl/noticias/economia-y-politica/laboral-personas/justicia-laboral-esta-al-limite-tramite-de-causas-casi-se-ha-duplicado/2021-08-06/190856.html> [fecha de consulta: 7 de diciembre de 2021].

Todo lo anterior juega en contra de la necesidad de los demandantes de contar con el pago de los “haberes” existentes al término de la relación laboral, que, en este caso, corresponderían a los montos que podrían surgir de la determinación de existencia de relación laboral por parte de los tribunales de justicia.

Por último, y en lo que creemos es el fundamento

primordial, se encuentra el legítimo derecho de las empresas que prestan servicios a través de plataformas digitales de evitar la existencia de pronunciamientos que puedan ser contrarios a las lógicas y a la actual forma de funcionamiento de ellas, que se basa en lo ellos han denominado como un modelo de “prestación de servicios”.

3. Análisis particular de los elementos clásicos de laboralidad en los pronunciamientos de los tribunales laborales

En este apartado, analizaremos la presencia o ausencia de los elementos de laboralidad clásicos o tradicionales en los pronunciamientos de los tribunales con competencia laboral en la materia objeto de este estudio. En primer lugar, describiremos, desde un punto de vista doctrinario, aquellos elementos que tradicionalmente se han entendido como configuradores de la noción de subordinación y dependencia. Luego, se analizarán los referidos elementos a partir de los pronunciamientos judiciales existentes a la fecha en materia de reconocimiento de relación laboral de trabajadores de plataformas.

3.1. Del concepto tradicional de subordinación o dependencia: elementos clásicos

El concepto de subordinación y dependencia ha sido aceptado, en forma general, por la doctrina latinoamericana como un elemento fundamental para determinar la existencia de la relación laboral y el despliegue del ámbito de aplicación que ello supone (Ermida y Hernández, 2002, p. 282), ya que en efecto “es un concepto jurídico y expresa un elemento estructural de la relación laboral” (Caamaño, 2007, p. 12). No obstante lo anterior, este elemento es en esencia variable y está dotado de fronteras dinámicas y movibles, lo que

hace que el ámbito de aplicación del derecho del trabajo cambie continuamente, según los factores externos que lo determinen (Ermida y Hernández, 2002, p. 281).

En Chile, al igual que en gran parte de las legislaciones comparadas, no se define lo que debe entenderse por subordinación o dependencia (Ermida y Hernández, 2002, p. 281). A su vez, este concepto encuentra su antecedente legal en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 3 y 7 del Código del Trabajo. El primero de ellos lo hace al definir o conceptualizar las partes de una relación laboral desde una mirada eminentemente contractual. Como se puede observar en la propia letra del mencionado artículo 3 del Código del Trabajo, la técnica del legislador ha sido entregar un concepto general de cada una de las partes de la relación laboral, sin determinar cuáles son los elementos o indicios que dan lugar a una relación laboral y que, por ende, nos permita distinguirla, principalmente, de un contrato civil. Es más, en la letra del citado artículo, no hay mención expresa alguna del concepto de subordinación o dependencia como elemento necesario de la relación laboral (Irureta, 2014, p. 278). Lo anterior ha posibilitado que las fronteras de la laboralidad puedan ir adaptándose a los requerimientos del momento y contexto en que se desarrolla una determinada relación de trabajo, ya

que a falta de normativa expresa que determine los elementos de la laboralidad, su delimitación ha sido producto, fundamentalmente, del trabajo doctrinario y jurisprudencial.

Por su parte, el artículo 7 del mismo cuerpo normativo establece como requisito del contrato individual de trabajo la prestación de servicios personales bajo dependencia y subordinación, a cambio de una remuneración determinada, de modo que el legislador ha configurado la existencia de relación laboral y una presunción de esta, en caso de concurrir tales elementos. En el mismo sentido, “la doctrina emanada de la Dirección del Trabajo ha puntualizado que, de lo estatuido en los artículos 7° y 8° del Código del Trabajo, es dable sostener que para que una persona pueda ser considerada trabajador de otra, debe prestar a esta servicios personales, ya sean intelectuales o materiales, mediando subordinación o dependencia y recibiendo a cambio de dicha prestación una remuneración determinada” (Orellana, 2016, p. 32).

Por evidente que resulte, es necesario destacar que la posibilidad de determinar si la subordinación se configura o no en un determinado vínculo contractual no es baladí desde que a partir de dicha calificación, y una vez constatada la presencia de esta, se despliega “todo un estatuto protector de carácter legal y de rango constitucional” (Gamonal, 2013, p. 447). De esta manera, el calificar el vínculo contractual como una figura civil implicará la imposibilidad de protección de derechos laborales y de seguridad social (Gamonal, 2013, p. 447).

A su vez, la normativa laboral no contempla una serie de los elementos que deben ser revisados para establecer de manera categórica si una determinada relación de prestación de servicios personales responde a la naturaleza jurídica laboral o civil, sino que se ha limitado a establecer indicios de laboralidad. Ello ha implicado que, en los hechos, es el juez quien deberá interpretar y determinar la procedencia o no de los elementos que se entienden comunes a la subordinación (Orellana, 2016, p. 4).

Así, teniendo en cuenta la redacción empleada por el

legislador, “la prestación de servicios por cuenta ajena y bajo subordinación laboral constituye, en verdad, y a pesar de las críticas a que ha sido sometida históricamente, uno de los requisitos básicos que exige el Código del Trabajo chileno para que se pueda configurar efectivamente un trabajador y, por ende, un sujeto empleador” (Irueta, 2014, pp. 267-268). Por ello, se hace del todo necesario para el despliegue del manto protector del ordenamiento jurídico laboral la existencia de un sistema indiciario que permita verificar la subordinación, también entendido como el poder de dirección y control del empleador, para el caso concreto (Ugarte, 2020, p. 28).

Lo anterior es necesario ya que tampoco se ha observado en el análisis de las sentencias estudiadas en la presente investigación el desarrollo de los principios que inspiran el Derecho del Trabajo para, de esta manera, lograr dar protección a quienes desarrollan funciones para las empresas de plataformas digitales. En dicha dirección, entendemos que el rol de este elemento es fundamental en la actuación supletoria para el caso de ausencia normativa que regule un tema concreto, ya que se trata de directrices “que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para 1) promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, 2) orientar la interpretación de ‘las existentes’ y 3) resolver los casos no previstos” (Raso, 2016, p. 16). En este sentido, no hay luces del principio protector ni del de buena fe. El primero de ellos “asegura la eficaz y adecuada aplicación de las normas” (Plá, 2015, p. 86), mientras que el de la buena fe resulta ser constitutivo del ordenamiento jurídico, es decir, uno de los vértices del marco normativo más general y que opera como un límite externo al ejercicio de los derechos subjetivos, ya que el contenido de cada derecho subjetivo en particular constituye su primer o natural límite, una especie de límite interno (López, 2016, p. 550).

Es tal la fuerza de la subordinación que incluso se ha entendido que esta debe primar frente al acuerdo de voluntades de las partes, bastando la concurrencia de la prestación de servicios personales bajo dependencia y subordinación, mediante el pago de una remuneración,

para presumir legalmente la existencia de la relación laboral (Gamonal, 2011, p. 269). Lo anterior se desprende del inciso primero del artículo 8 del Código del Trabajo, el que consagra a través de una presunción simplemente legal el principio de primacía de la realidad, a efectos de hacer aplicable el ordenamiento jurídico del trabajo en todos aquellos casos en que existe una real subordinación. En suma, en virtud de este orden de consideraciones se deriva y aprecia con nitidez la importancia de establecer o no la procedencia de este concepto en el trabajo vía plataformas digitales.

Si bien es cierto que la subordinación no es un elemento suficiente para abordar de manera cabal todos los escenarios que conducen a la efectiva determinación de la relación laboral, como es el caso del trabajo vía plataformas, sí puede establecerse que entrega los elementos para delimitar los contornos del sujeto protegido y resulta ser un instrumento capaz de resguardar la figura de trabajador (Muñoz, 2018, p. 17). Por ello, es un elemento esencial e inherente a la relación de trabajo la facultad de empleador o de la empresa de dirigir la producción e instruir sobre ella (Lizama, 2020, p. 71). En este contexto, se observa como cada vez más necesaria la labor de poder fijar las fronteras de este concepto (Martín, 2002, p. 38), con el fin de responder desde el derecho del trabajo a las nuevas formas de prestación de servicios que han surgido de la mano de los avances tecnológicos, antes de que todas ellas terminen transformándose en trabajo autónomo, en la “búsqueda por alcanzar mayores grados de flexibilidad” (Caamaño, 2007, p. 14).

En suma, entendiendo que los requisitos que conducen a la determinación de la laboralidad clásica no responden a un listado taxativo o de *numerus clausus*, se utilizarán en este análisis los elementos que la misma jurisprudencia judicial, a través del desarrollo de las sentencias existentes a la fecha, ha determinado como tales, para poder examinar la tendencia que están asentando nuestros órganos de justicia y si, a la postre, están realizando una reinterpretación del concepto de subordinación o dependencia con el objeto de determinar

la existencia de una relación laboral, entregando la protección que requieren los trabajadores de aplicaciones o plataformas en el contexto actual, o si bien están optando por resguardar las fronteras de derecho del trabajo, entendiendo que la relación existente entre la empresa dueña de la plataforma y quienes desarrollan labores en ese contexto sería propia de un vínculo de naturaleza civil.

3.2. Determinación de la concurrencia o ausencia de los elementos clásicos de laboralidad a la luz de la jurisprudencia laboral

3.2.1. El elemento de control, supervisión, supervigilancia o fiscalización del empleador

Un primer elemento que estudiar dice relación con la forma en que los pronunciamientos judiciales chilenos han entendido el elemento de control o fiscalización del empleador sobre el trabajo realizado por los *riders*, el que, como sabemos, constituye un pilar fundamental de la noción de subordinación o dependencia en el contexto laboral. En este sentido se puede establecer que en la subordinación subyace una sujeción personal que implica que el trabajador queda a disposición del poder directivo del empleador (Muñoz, 2018, p. 16). En doctrina, se ha señalado que sobre la base de las características del trabajo a través de plataformas digitales, el elemento *contra* no es necesariamente distinto de las otras formas de trabajo subordinado y en muchos casos puede intensificarse gracias al uso de las tecnologías como medio de vigilancia y control (Leyton y Azócar, 2022).

Junto con ello, será igualmente relevante advertir cuáles han sido los motivos que se han esgrimido en cada uno de los casos en que han recaído dichas resoluciones al objeto de fundar su concurrencia o su ausencia.

Conforme a la premisa anterior, en primer lugar, comentaremos lo que se ha dicho sobre este punto en la sentencia recaída en la causa Rit O-1388-2015. Este primer pronunciamiento niega la existencia de subordinación o dependencia, principalmente, por entender que no se configura el elemento control, lo que

el magistrado explica en mayor medida por la ausencia de sanciones a los choferes, en caso de incurrir en conductas que asociamos típicamente a “incumplimientos”¹⁹ en el contexto de una relación laboral.

En esta dirección, la sentencia en comento expresa que existe entre los choferes de Uber y la empresa demandada “una especie de comunidad” (Considerando quinto), por lo que al dotar de esta naturaleza jurídica al trabajo vía plataformas digitales, se estaría, consecuentemente, desconociendo la capacidad de supervisión o control a la empresa.

La conclusión anterior, como podrá apreciarse, resulta ser contundente al tiempo de atribuir a las personas que desarrollan funciones a través de esta aplicación una autonomía plena para decidir sobre el desarrollo o no de labores, así como también respecto del tiempo que destinan a esta actividad. Todo ello deriva en que el fallo estime que estos “prestadores de servicios” se encuentran fuera de la esfera de control de la empresa dueña de la aplicación. En este sentido, proyectando la interpretación judicial respecto a la absoluta libertad de que estarían dotados los *riders*, podemos inferir que, para el magistrado, los choferes serán libres de elegir y determinar sus horarios de trabajo, el lugar en que desempeñan sus funciones y podrán ir determinado la ganancia económica de acuerdo con el tiempo de conexión y con la cantidad de solicitudes que la voluntad de cada persona determine. El fallo centra su análisis del “control o supervisión” por parte del empleador vinculándolo con la potestad disciplinaria del empleador, determinando que la empresa Uber al no imponer a los *riders* sanciones, obraría en tal sentido, precisamente, por no tratarse en la especie de una relación laboral. De este modo, la sentencia concluye que no existe castigo alguno asociado a la falta de conexión, entendido como el desarrollo de actividades, desde que no existe “despido” como represalia a la ausencia de conexión por parte del

chofer, toda vez que, según se dijo anteriormente, aquel sería plenamente autónomo para decidir si se conecta o no a la aplicación²⁰.

En consecuencia, el pronunciamiento concluye que no se encuentra acreditada subordinación alguna entre las partes, ya que no existen antecedentes que permitan determinar la presencia del elemento control o fiscalización, desestimando, con ello, la aplicación del concepto tradicional de laboralidad en el caso concreto.

Por último, en el caso específico del demandante, otro elemento analizado para fundar la falta de control por parte de la empresa Uber es el relativo al tiempo que transcurrió sin que él se conectará a la aplicación, lo que no trajo aparejada sanción alguna para el *rider*.

Por su parte, la sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción viene a exhibir la dispersión de criterios judiciales existente en la materia, al determinarse por la jueza del trabajo en el caso concreto la configuración del elemento control, que concluye que todos los indicios que resultan del análisis de la prueba conllevan una necesaria manifestación del vínculo de subordinación y dependencia.

En esta causa, la jueza analiza uno a uno los indicios que, desde su mirada, deben considerarse para definir la existencia de relación laboral. Al detenerse en el control que ejerce el empleador, la sentencia repara en múltiples elementos acreditados a través de la incorporación de la prueba, que darían cuenta de la existencia de fiscalización por parte de PedidosYa. Destacan dentro de estos, (i) la exigencia de cumplimiento de horarios y puntualidad a los trabajadores y (ii) un sistema de calificación o *ranking* que determina la ubicación de los *riders* dentro de listados configurados por la misma empresa. En la misma dirección, se advierte que los mecanismos de evaluación, los incentivos que son ofrecidos, y, sobre todo, los

¹⁹ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 14 de julio de 2015, RIT O-1388-2015.

²⁰ De acuerdo con el análisis del magistrado, la falta de sanción queda acreditada por la prueba testimonial y por el propio relato del demandante en el libelo pretensor.

elementos de sanción que determinan la posición del trabajador respecto a sus demás compañeros dentro del sistema de listas expresan claramente la labor de supervisión por parte de la empresa demandada.

En suma, de los elementos analizados y expresados en la sentencia se llega a la conclusión de que la libertad de la que aparentemente estaría dotada esta relación es falaz, ya que, en los hechos, el trabajador no puede elegir su turno ni horario, se encuentra controlado a través de un GPS que se contiene en el teléfono celular, principal herramienta de trabajo y, además, está permanentemente sometido a las instrucciones del empleador, so riesgo de obtener una baja calificación que impacta en sus remuneraciones. Así, con base en la acreditación de estos elementos, que se entienden como indicios de laboralidad clásicos, la sentenciadora concluye que esta forma de control es una clara manifestación de la supervisión que ejerce la empresa sobre el trabajador, y determina, en definitiva, la existencia de un vínculo de subordinación y dependencia.

A pesar de los argumentos entregados por la magistrado de la instancia para fundar la presencia de control en la relación entre aplicación y *riders*, la postura contenida en la sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción no es compartida, hasta ahora, por los pronunciamientos posteriores en materia de determinación de existencia de relación laboral, en cuanto al elemento control.

En la dirección apuntada, nos encontramos con el pronunciamiento del primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, emitido en mayo de 2021. En la sentencia, se indica que la falta de sanción (limitándola al despido) por parte de la empresa, en caso de baja producción o ante tiempos de conexión acotados por parte de los *riders*, conduciría a establecer que los servicios se realizaban en el contexto de una relación civil, al estar exentos de supervigilancia directa y constante y de fiscalización por parte de la referida empresa.

En el mismo sentido, encontramos el pronunciamiento más actual por parte de un tribunal de instancia, dictado en octubre del año 2021, el que analiza el caso de la empresa Rappi y donde para resolver la causa, desestima la presencia del elemento control en la relación existente entre las partes. En efecto, si bien en este caso el sentenciador daría por establecido indicios de laboralidad, al expresar que la empresa al poseer facultades de “cancelación de órdenes”²¹ no podría ser mirada como un mero intermediario entre el consumidor y el prestador de servicios, termina desechando esta hipótesis al indicar que no se incorporaron al proceso elementos que puedan dar cuenta de la supervisión ejercida por Rappi, fundado principalmente en la ausencia del uso de la potestad disciplinaria en casos de no conexión o no aceptación del encargo, sosteniendo que esta acción es absolutamente discrecional para el *rider* y desechando por tal motivo que exista control por parte de la empresa.

En síntesis, podemos apreciar que se evidencia una dispersión de criterios jurisprudenciales en torno al elemento referido al control que las empresas de aplicaciones tecnológicas ejercen sobre las personas que desarrollan labores mediante plataformas, lo que impide definir un criterio asentado sobre él.

Así las cosas, resultará fundamental establecer en los procesos judiciales venideros la procedencia de este elemento en la labor desarrollada por los *riders*, y el desafío de los litigantes estará en proveerse de medios probatorios que sean capaces de generar en los sentenciadores la convicción de la concurrencia de este elemento.

Por último, las sentencias son concordantes en orden a establecer que el elemento control, supervisión o fiscalización encuentra su mayor expresión en el poder disciplinario del empleador y que, además, la procedencia o ausencia de este elemento podría llegar a establecer por sí solo la existencia de la relación laboral.

²¹ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-5008-2020, 2 de octubre de 2021. Considerado sexto.

3.2.2. El elemento de la determinación de la jornada de trabajo

A diferencia del indicio tratado en el punto anterior, en el caso de la jornada de trabajo podemos advertir que en las sentencias estudiadas se ha omitido una referencia en extenso a este elemento y solo existe un desarrollo del tema en aquel pronunciamiento que determina la existencia de relación laboral. Las sentencias que rechazaron la existencia de relación laboral²², se limitaron, a su vez, a negar el trabajo bajo el régimen de jornada u horario de trabajo basado en la absoluta libertad que este sistema les entregaría a quienes desarrollan labores a través de plataformas²³. Esta libertad se expresaría en la posibilidad de determinar autónomamente su horario, eligiendo ellos mismos su tiempo de conexión²⁴, sin que exista intervención ni imposición de sanciones por parte de la empresa en torno a la regulación de este elemento. Lo anterior parece ser más nítido en el caos de las aplicaciones de transporte de pasajeros, ya que existe meridiano consenso en torno a que el “transportista” es libre para determinar su jornada de conexión (días y horario) exento de penalizaciones o sanciones por parte de la empresa de plataforma digital (Lizama, 2020, pp. 68-69).

Por su parte, contrario a lo constatado en las sentencias anteriores, la causa conocida en el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción²⁵ rehúye la posición anterior y concluye la existencia de una jornada de trabajo impuesta por la empresa dueña de la aplicación a los trabajadores, la que, además, era controlada por la empresa de reparto. La sentenciadora determina la existencia de una jornada de trabajo que se desarrolla en turnos variables y que, además, eran impuestos por la empleadora.

La labor de esta sentencia es disponer de la existencia de jornada de trabajo a partir de los elementos no tradicionales presentes en el caso, partiendo de la base de una ausencia absoluta de regulación contractual entre partes (al menos sobre este punto) y, luego, el lograr encontrar en los elementos probatorios los indicios suficientes para concluir la existencia de una jornada que se materializa, en este caso, por turnos. En este sentido, los elementos que configuran la jornada laboral del trabajador vía plataformas a la luz de este pronunciamiento son: (i) la incapacidad del trabajador de elegir libremente su jornada, (ii) la opción preferente de optar a determinados turnos sobre la base de la calificación y, especialmente, (iii) el control que la empresa ejerce sobre los trabajadores en la fiscalización del cumplimiento de la jornada de trabajo, imponiendo sanciones en caso de incumplimiento.

En virtud de los pronunciamientos en análisis y del contenido de estos respecto al desarrollo de la jornada, se reconoce que el tratamiento de este elemento puede ser, a la luz de las nuevas tecnologías y formas de prestación de servicios, uno de los indicios más complejos de delimitar en la relación de trabajo vía plataformas. Lo anterior se puede afirmar principalmente debido a que los márgenes de este concepto se han vuelto difusos, incluso en las formas de trabajo más formales, fenómeno que se percibió de manera nítida y abrupta desde la crisis sanitaria por causa del Covid-19.

En este sentido, una demostración de lo afirmado al final del párrafo anterior se encuentra en el hecho de que en Chile fue dictada la Ley 21.220²⁶, que incorporó los conceptos de trabajo a distancia y teletrabajo. El afán de esta ley fue adaptar la legislación laboral a las

²² Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 14 de julio de 2015, RIT O-1388-2015; Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-980-2020, 17 de mayo de 2021 y Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-5008-2020, 2 de octubre de 2021.

²³ En este sentido, ver la sentencia Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-5008-2020, 2 de octubre de 2021, que señala: “Así, es el propio trabajador quien reconoció en el libelo que no se encontraba sujeto a jornada de trabajo”.

²⁴ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-980-2020, 17 de mayo de 2021. Considerando décimo.

²⁵ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020.

²⁶ Ley N° 21.220, que “[m]odifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia”.

nuevas formas de trabajo impuestas por la realidad del desarrollo del mercado, las necesidades y motivaciones de los trabajadores, logrando al mismo tiempo generar oportunidades de trabajo “para hacerlos compatibles con los estándares de protección de los trabajadores, los que se encuentran contenidos en la multiplicidad de instrumentos internacionales que nuestro país ha suscrito y reflejado en nuestra legislación”²⁷. Tal como lo reseña el mismo mensaje de la ley, este proyecto fue mirado desde un inicio con desconfianza, ya que la regulación de esta forma de trabajo podía traer consigo la precarización de la prestación de servicios remotos en desmedro de la protección de los derechos de los trabajadores²⁸.

El derecho del trabajo se estructura a partir de un conjunto de principios que lo guían y asisten en su siempre constante evolución, y entre ellos destaca el que conocemos como de primacía de la realidad, conforme al cual en “caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”²⁹, por lo que para los casos concretos que sean puestos bajo el conocimiento de los juzgados del trabajo, ellos podrán llegar a constatar, vía principios, la manifestación no tradicional del elemento jornada de trabajo.

3.2.3. El elemento de la dependencia económica y exclusividad

Revisada la jurisprudencia en estudio se pudo constatar que este indicio no ha sido de aquellos más determinantes a la hora de calificar la existencia de relación laboral. En efecto, si bien se intentaron analizar dos posibles aristas de este elemento, los magistrados de

las únicas dos sentencias que lo mencionan³⁰ se centran más en la exclusividad de la prestación de los servicios, entendido como el tiempo o jornada destinado a la actividad productiva, que en la dependencia económica que las vincula a la misma.

En efecto, el contenido de los pronunciamientos no nos será provechoso en la tarea de pesquisar criterios jurisprudenciales en este punto, toda vez que, por ejemplo, en el primero de ellos, que corresponde a la sentencia de 2015³¹, solo se limita a establecer que no existe exclusividad, sin entregar fundamentos que permitan advertir dicha conclusión, y a señalar que dentro de la prueba aportada al proceso “no hay exclusividad y no existe antecedente o documento o declaración alguna que pueda rebatir esta afirmación”³², para, finalmente, resolver el asunto por temas formales y no sustantivos, según se dijo.

De otro lado, la resolución definitiva del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción³³ desecha la alegación que realiza la demandada de que la relación entre la empresa y el *rider* es meramente civil, atendida la capacidad que tendría el demandante de desempeñar labores para otras aplicaciones, denotando que, al no existir exclusividad, malamente podría configurarse la laboralidad³⁴. Conforme con lo anterior, los fundamentos de la jueza descansan en establecer que es admisible que un trabajador pueda desarrollar funciones para uno o más empleadores, ya que la pluralidad de empleos en nuestra legislación está permitida, por lo que, en definitiva, la “falta de exclusividad” con un empleador no puede ser considerada como un factor determinante para fundar en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de relación laboral.

²⁷ Mensaje N° 071-366/ de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia. Santiago, 8 de agosto de 2018.

²⁸ Mensaje N° 071-366/ de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia. Santiago, 8 de agosto de 2018.

²⁹ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando quinto.

³⁰ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 14 de julio de 2015, RIT O-1388-2015, y Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020.

³¹ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-1388-2015, de 14 de julio de 2015.

³² Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-1388-2015, de 14 de julio de 2015. Considerando quinto.

³³ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020.

³⁴ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando Décimo octavo.

Por lo expuesto, y a pesar de que la alegación de inexistencia de exclusividad en la labor desempeñada por el trabajador de plataforma forma parte del acervo recurrente de fundamentos de las empresas de plataforma para intentar desestimar la existencia de relación laboral, creemos, que no es un fundamento decisivo a la hora de resolver, ya que, como bien se señaló en el párrafo anterior, la falta de exclusividad no tiene la capacidad de controvertir la laboralidad.

3.2.4. El elemento de la fijación del valor de los servicios personales prestados, de manera autónoma, por parte del trabajador de plataforma

Si bien este elemento se encuentra estrechamente vinculado con el concepto de “ajenidad” de la determinación de laboralidad, lo que llamaremos “titularidad” del valor de los servicios merece una mención separada. Somos de esta idea toda vez que entendemos que este aspecto no se encuentra íntegramente cubierto en el desarrollo doctrinario de la ajenidad y que, además, las sentencias que hacen referencia a este elemento³⁵ han optado de igual manera por establecer un margen de separación entre ambos conceptos.

Este indicio de laboralidad resulta del todo relevante, ya que siempre ha sido mirado como un factor claro de trabajo subordinado, por oposición al trabajo independiente, donde el autónomo es libre para poder fijar la tarifa de sus servicios. Entendiendo que el estudio de este concepto puede extenderse en el sentido de que se podría examinar también la fijación del valor de los bienes repartidos más allá de solo el precio del servicio, nos centraremos en este último aspecto por ser los servicios personales de reparto de productos adquiridos por terceros el objeto del trabajo de los repartidores³⁶.

Al investigar este indicio en las sentencias estudiadas, nuevamente se detectan diferencias en el contenido sustantivo de los diferentes pronunciamientos. En este sentido, la primera sentencia se limita a efectuar una constatación de hechos que obtiene de la prueba analizada, para luego, a partir de ello, desprender que efectivamente esta potestad de determinación del valor de los servicios queda entregada a la empresa. Ahora bien, debemos precisar que, sin perjuicio de ello, la sentencia no incorpora dicha conclusión para postular la determinación de laboralidad, optando, en definitiva, por la ausencia de ella. Dentro de los elementos que describe se encuentran la forma de determinación de la tarifa, la forma de pago y el establecimiento de beneficio o incentivos fijados por la empresa para fomentar la conexión en determinadas fechas o eventos especiales, pero termina justificando todo ello en el “interés” que la empresa demandada tiene puesto en obtener su ganancia a partir del valor del servicio³⁷.

Así, este primer fallo no aborda el análisis de la titularidad del valor del servicio desde la ajenidad ni tampoco lo utiliza como un indicio fundante de la subordinación, sino que se limita a conectarlo con la falta de sanción, que es el elemento primordial de este fallo para descartar la laboralidad³⁸.

Una vez más, es la sentencia que reconoce la existencia de relación laboral en el caso de los trabajadores de plataformas³⁹ la que nos entrega un análisis más acabado del punto, dando luces de como la fijación del valor de reparto por parte de la empresa se termina constituyendo en un indicio de laboralidad.

³⁵ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 14 de julio de 2015, RIT O-1388-2015, Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020 y Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-5008-2020, 2 de octubre de 2021.

³⁶ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando noveno.

³⁷ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 14 de julio de 2015, RIT O-1388-2015. Considerando quinto.

³⁸ En el mismo sentido razona la sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-5008-2020, 2 de octubre de 2021. Considerando sexto.

³⁹ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020.

En esta dirección, en el pronunciamiento se concluye, a partir de la declaración conteste de los testigos de ambas partes, que efectivamente el “actor no tenía libertad para fijar el valor de su reparto” y desde esta afirmación desarrolla su examen⁴⁰. La magistrado conecta la falta de autonomía en la fijación del valor del servicio por parte del demandante con la ajenidad, determinando que existiría entre ambos una relación género-especie. En esta sentencia, la capacidad de influir en la fijación del precio del servicio o “tarifa” es un elemento fundante de ajenidad, el que, a su vez, configura el trabajo dependiente, y se concluye que no existe un elemento más distintivo para determinar que una relación es de naturaleza laboral que el hecho de que “el trabajador realiza un trabajo por cuenta ajena” (Considerando Décimo Cuarto).

En definitiva, sea que consideremos la fijación del valor del servicio como un elemento que configura la ajenidad o, bien, que lo consideremos como un indicio separado de este concepto, lo cierto es que se trataría de un elemento que debe ser tenido en cuenta a la hora de razonar sobre la existencia o no de relación laboral, ya que ha sido considerado como un indicio clásico de trabajo autónomo.

3.2.5. *El elemento de ajenidad*

En este punto compararemos el tratamiento que las diferentes sentencias en estudio le han dado a este elemento clave en la determinación de la relación laboral conocido como ajenidad. Este factor es parte de la esencia del contrato de trabajo ya que por él se entiende que el producto de los servicios personales que desarrolla el trabajador nacen de propiedad del patrono, quien, además, asume los riesgos del trabajo. Esta característica de ajenidad es generalmente aceptada por la doctrina y por la jurisprudencia como propia del contrato de trabajo (Ermida y Hernández, 2002, p. 289), por lo que es este tipo de trabajo, que se realiza por cuenta ajena, aquel que amerita la protección laboral propia del derecho del trabajo (Caamaño, 2007, p. 11).

El examen de este apartado discurre sobre la tarea principal de apreciar si los elementos que son aportados por las partes logran configurar la ajenidad, entendida como la cesión por parte del trabajador a otro de los resultados o frutos de su esfuerzo (Muñoz, 2018, p. 16), para los casos concretos que fueron sometidos al conocimiento de los tribunales especializados en la materia.

Desde una perspectiva doctrinaria, resulta lógica la premisa que adoptan las sentencias en su análisis, en el sentido de que la ajenidad es reconocida como una clara manifestación de la existencia de una relación laboral y que, en apretada síntesis, implica que el producto de los frutos del trabajo se entrega a una persona distinta de aquella que los ejecuta (Sierra y Bernet, 2020), y deja en un tercero el resultado de su esfuerzo. Por lo tanto, nos abocaremos a ver de qué forma los pronunciamientos han determinado quién se aprovecha del costo del servicio de reparto de bienes.

En el estudio jurisprudencial de este indicio de laboralidad nos encontramos con la misma realidad que ya hemos detectado en puntos anteriores, consistente en que tratándose de aquellas sentencias que optan por rechazar la existencia de relación laboral podemos advertir que el examen de la ajenidad es más superficial, y llega en algunos casos incluso a no encontrarse mención expresa alguna sobre el asunto, debiendo desprenderse de otros elementos que aparecen en los pronunciamientos, siendo, por el contrario, justamente aquella que determina la existencia de una relación regida por el derecho del trabajo la que se aboca a una observación más extensiva de la materia.

Por lo anterior, con el fin de simplificar su análisis, seguiremos en este punto lo observado en el fallo del Juzgado de Concepción⁴¹ respecto de los elementos que establece como necesarios para configurar la ajenidad entre el trabajador y el empleador. En este sentido, la

⁴⁰ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando décimo cuarto.

⁴¹ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020.

sentencia dispone que habrá trabajo por cuenta ajena en todos aquellos casos en que: “a) los frutos del trabajo se radiquen en una persona distinta de quien lo ejecuta; b) los riesgos derivados del trabajo recaigan en el empleador, sin que el trabajador se vea afectado; c) el trabajador preste sus servicios en una organización (empresa) cuya titularidad no le pertenece, es decir, le es ajena; y d) el trabajo verse sobre bienes cuya titularidad no le pertenece”⁴².

Por su parte, y como ya advertíamos, en los pronunciamientos que han desechado la existencia de relación laboral es difícil encontrar un desarrollo de la procedencia o no de ajenidad y se han limitado, básicamente, a establecer su no concurrencia a través de la presencia de otros elementos.

Es nuevamente en la sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción donde encontramos un análisis más detallado del elemento en estudio. En primer término, la resolución establece que el trabajador no tenía libertad alguna para incidir en el precio del valor que se le cobra al cliente por el servicio de reparto, siendo nula su injerencia en el valor del fruto del trabajo, asunto que se radica en la empresa de aplicación digital, la que, luego, simplemente le paga un monto por el servicio⁴³. Del mismo modo, el fallo resuelve que los riesgos que involucra el trabajo son asumidos por el empleador, al señalar expresamente que “el actor se limitaba a efectuar los repartos, asumiendo la demandada la responsabilidad frente a problemas de este o inconvenientes con los clientes”⁴⁴. Ello es así, toda vez que en caso de inconvenientes que puedan involucrar al repartidor, ya sea con clientes o de otra índole, no son los propios *riders* quienes pueden determinar libremente la solución, sino que ello es realizado por el área de

“soporte” de la empresa⁴⁵, lo que, en simple, no es más que la constatación de que los riesgos recaen en la empresa.

Corresponde ahora observar cómo se verifica en la sentencia el hecho de que la persona que realiza los servicios de reparto no es titular de la organización, esto es, en definitiva, que el repartidor realiza labores para una empresa cuyo dueño es un tercero. En este punto, el fallo, luego de establecer la procedencia de la subordinación y dependencia para el caso en estudio, indica que el servicio que realizaba el demandante era absolutamente ajeno a su gestión y que este era ofrecido y coordinado por la empresa Rappi⁴⁶, con lo que se infiere que el trabajador le presta servicios a una organización que le es ajena.

El último factor de determinación de ajenidad, a la luz de la sentencia en estudio, es aquel que busca definir la titularidad de los bienes sobre los cuales versa el trabajo o servicio, el que, para estos efectos, está constituido por los productos que son recogidos por los repartidores y llevados al cliente. En este punto, si bien el fallo no se refiere directamente a la titularidad de los bienes, como concepto, sí indica que la prestación de servicios consiste en el “reparto a domicilio de los productos que el usuario adquiría a través de la aplicación PedidosYa”⁴⁷, con lo que no puede más que desprenderse que la tarea del repartidor se limitaba a trasladar productos de propiedad de un tercero.

De esta forma, la sentencia logra configurar todos los componentes doctrinarios del concepto de ajenidad, y concluye, en definitiva, la determinación de existencia de relación laboral. En este sentido, se logra, a nuestro

⁴⁰ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando décimo cuarto.

⁴¹ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020.

⁴² Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando décimo cuarto.

⁴³ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando noveno. De él se lee que: “El actor no tenía libertad para fijar el valor de su reparto, de lo señalado por el testigo de la demandante Felipe Candía y el testigo de la demanda, se les paga un monto por retirar el pedido”.

⁴⁴ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando noveno.

⁴⁵ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando noveno.

⁴⁶ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando undécimo.

⁴⁷ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando noveno.

juicio, mediante el ejercicio descrito y contenido en el fallo comentado, dar claras muestras de cómo los márgenes de la laboralidad pueden, con los elementos que nos entrega el trabajo vía plataformas, adaptarse de una forma tal que posibilitan el ajuste de todos sus requisitos clásicos al formato de servicios desplegado por las aplicaciones.

3.2.6. El elemento del proceso de selección e inducciones o capacitaciones, por parte del empleador

Este indicio, consistente principalmente en la evaluación que el empleador realiza sobre la persona del trabajador, debe ser entendido como parte integrante de todo contrato de trabajo, el que se caracteriza por establecerse como una relación *intuitio personae*, donde las características, habilidades y destrezas propias de determinada persona para el cargo serán lo que haga que el empleador opte por un determinado trabajador. La superación de este proceso de selección que realiza la empresa de plataforma constituye un claro indicio de sujeción de los *riders* al control de la empresa, típico de la prestación personalísima de servicios que realiza un trabajador asalariado, figura en la que se configura sin duda la subordinación (Vallecillo, 2017, p. 10).

Con base en lo anterior, podemos afirmar que las sentencias en estudio no se han hecho cargo de analizar la procedencia de este elemento, a pesar de que en gran parte de las demandas estudiadas, a raíz de los casi 50 procesos judiciales sobre la materia, es posible encontrar reclamos y referencias expresas a la existencia de procesos de selección y de capacitaciones, como indiciarios de laboralidad. En este contexto, todas las sentencias que rechazan la existencia de relación laboral⁴⁸ omiten pronunciarse sobre este aspecto. Por su parte, solo la sentencia que declara la laboralidad se refiere al punto estableciendo “que para llegar a prestar servicios para la demandada, el actor debió pasar por

un proceso de selección, en el que debió acompañar una serie de antecedentes requeridos por la demandada tales como certificado de antecedentes, hoja de vida del conductor, entre otros”. Acto seguido, el fallo detalla que la intervención de la demandada a efectos de preparar al trabajador no se agotaba ahí, ya que luego de la selección citarían a los repartidores a capacitaciones en las que se les entregarían instrucciones sobre la aplicación, sobre los lugares de reparto y las posibles sanciones en caso de atrasos⁴⁹.

En definitiva sobre este punto, y atendido el escaso, por no decir inexistente, tratamiento jurisprudencial, somos de la opinión de que en caso de probarse en un caso concreto la existencia de tales elementos en los procesos en que se debate la laboralidad, los fallos no pueden hacer caso omiso del establecimiento de esta circunstancia a la hora de fundar la aceptación o el rechazo de la acción de reconocimiento de relación laboral. Esto se afirma, principalmente, porque este elemento viene a reafirmar la existencia de un contrato donde las características personales son determinantes al tiempo de la celebración y ejecución de este, como también, en consideración a representar este un claro elemento de control por parte de la empresa de plataforma digital.

3.2.7. El elemento del uso de distintivos representativos de la empresa

Si bien no es claro que este elemento se encuentre dentro de aquellos que clásicamente consideramos para determinar la subordinación o dependencia, somos de la idea que al revisar esta especial forma de trabajo, el uso de distintivos con los que se caracteriza una determinada empresa de reparto no puede ser dejado de lado. En efecto, por las especiales características del reparto de bienes que realizan los *riders*, el uso de elementos distintivos, tales como mochilas, chaquetas, poleras y gorros, son del todo necesarios para otorgar certezas al

⁴⁸ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 14 de julio de 2015, RIT O-1388-2015; Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-980-2020, 17 de mayo de 2021 y Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-5008-2020, 2 de octubre de 2021.

⁴⁹ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando noveno.

usuario de plataformas digitales en torno a la identidad de determinada empresa. Además, basta salir a la calle, en aquellas ciudades donde el reparto de bienes mediante aplicaciones se ha instaurado, para poder constatar que el uso de uniformes por parte de los repartidores es una realidad.

No obstante ello, hasta ahora, el desarrollo jurisprudencial sobre este punto no ha sido fructífero y las sentencias en estudio se han limitado a constatar si el uso de distintivos es o no una exigencia impuesta por las empresas de plataformas digitales, sin vincularla mayormente con el rechazo o declaración de existencia de laboralidad.

El fallo de instancia del Juzgado de Concepción arriba al convencimiento no solo de la presencia del uso de distintivos y uniforme por parte del repartidor, sino que, además, de que aquello era exigido por la demandada, so riesgo de ser dado de baja de la aplicación, y quedar impedido de seguir trabajando⁵⁰. Distinto resulta ser el caso de los transportistas que desarrollan funciones en Uber, Cabify o Beat, ya que estas no establecen condición de uso de distintivos representativos de la empresa para poder prestar el servicio (Lizama, 2020, p. 70).

En suma, resulta claro que este factor no podría llegar a constituir por sí solo la existencia de relación laboral, pero ello no excluye la utilidad que puede reportar en esta tarea, donde en conjunto con los demás elementos que hemos analizado puede convertirse en un importante indicio de subordinación o dependencia por vincular al repartidor de manera directa con una determinada empresa y por ser expresión de un elemento de control ejercido sobre el repartidor⁵¹.

3.2.8. El elemento del lugar de trabajo o zona asignada

En concordancia con lo analizado en los puntos

anteriores, debe señalarse que este indicio ha perdido fuerza como elemento determinante de la relación laboral y sus límites se han vuelto difusos a raíz de las nuevas formas de trabajo que han surgido en el último tiempo. Por lo mismo, en la actualidad resulta complejo precisar con certeza si la presencia de este elemento es realmente una señal de laboralidad. Debido a ello, y atendido el objeto de esta investigación, el debate sobre él se centrará en establecer, de acuerdo con el contenido de los fallos, si los repartidores contaban con libertad para determinar su zona de reparto, o si, por el contrario, esta era establecida por el empleador. El enfoque propuesto se funda desde la premisa de que al recaer el objeto del desarrollo del servicio en la entrega de bienes o mensajería, necesariamente, deberá existir un lugar de trabajo o zona asignada por ser de la esencia de este.

La única sentencia de instancia que determina la laboralidad, luego de observar la prueba del juicio, especialmente la testimonial, concluye que los repartidores no tienen libertad para elegir sus rutas, así como tampoco para variar o modificar la zona de reparto. En esa misma línea, el pronunciamiento agrega que el sistema de asignación de repartos se realiza solo a través de la aplicación, lo que, además, permite a la empresa controlar la ubicación del actor⁵². Esto resulta relevante, toda vez que el fallo vincula este indicio al control ejercido por la empresa de plataforma digital para con ello llegar a sentenciar la existencia de laboralidad para el caso que conoce.

En sentido contrario a lo señalado en el párrafo anterior, dentro de las sentencias que optan por desestimar la acción de declaración de relación laboral, encontramos una que hace directa alusión al indicio en comentario⁵³. Dicho pronunciamiento indica que los actores no pudieron determinar la imposición de una zona de trabajo por parte de la empresa y que muy por el contrario son

⁵⁰ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando noveno.

⁵¹ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando duodécimo.

⁵² Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT M-724-2020, de 5 de octubre de 2020. Considerando noveno.

⁵³ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-980-2020, 17 de mayo de 2021.

los propios trabajadores quienes definen el lugar donde desarrollarán sus funciones⁵⁴.

En definitiva, no existe consenso ni desarrollo suficiente en la jurisprudencia que sirvan para guiar la definición acerca de cuáles son los requisitos que hacen procedente o no este elemento a la hora de calificar la laboralidad del trabajo vía aplicaciones. Lo

anterior redundaría en la configuración de una situación de incerteza jurídica propiciada por la labor observada por parte de los tribunales de justicia en torno a la calificación de la naturaleza de la relación de los trabajadores con las empresas de plataforma (Vallecillo, 2017, p. 5); lo que presenta como lógica consecuencia que el derecho del trabajo deba ceder en sus fronteras, negando protección y tutela a un importante grupo de trabajadores.

4. Conclusión

Analizado latamente el comportamiento judicial de las acciones que persiguen la determinación de la existencia de relación laboral en Chile, ha quedado establecido que el debate sobre la laboralidad en el trabajo a través de plataformas tecnológicas, al menos desde la labor desplegada por los tribunales de justicia competentes, es un capítulo abierto.

A lo largo de este estudio, hemos planteado que el desafío de la judicatura y la finalidad de este análisis jurisprudencial era, justamente, el poder determinar si el concepto de subordinación o dependencia ha sido capaz de flexibilizar sus márgenes en sede judicial, y si, a raíz de ello, se ha permitido entregar protección a las nuevas formas de prestación de servicios, especialmente a aquellas derivadas del trabajo a través de empresas de plataformas digitales.

Para enfrentar el objeto de estudio, en primer lugar, se examinó el total de las demandas presentadas en los tribunales con competencia laboral a lo largo del país en contra de alguna de las empresas de plataforma existentes en el mercado nacional, en que lo debatido era eminentemente la declaración de existencia de

relación laboral. En el universo de procesos detectados, solo se verificaron cuatro de ellos con sentencias de instancia que contenían un desarrollo del tema y que, por ende, entregaban aportes y consideraciones al debate planteado.

Este primer dato relativo a la escasez de pronunciamientos resultó ser indiciario de que la judicatura no ha sido capaz de entregar soluciones que permitan otorgar una adecuada protección laboral y de seguridad social a quienes desarrollan funciones para plataformas tecnológicas. Ello se afirma porque no permitió establecer una tendencia judicial a partir de la cual efectuar afirmaciones sistemáticas y con alguna pretensión de estabilidad respecto a los aspectos tratados. En efecto, no es posible argüir la existencia de una tendencia judicial por dos consideraciones principales: el primero de ellos, es el ya mencionado acotado número de fallos existentes en la materia y, el segundo, se configura al apreciar que aun en el limitado universo de fallos encontramos pronunciamientos que resultan ser contradictorios entre ellos. Así, de la conjunción de estos elementos obtuvimos como resultado la actual imposibilidad, de proyectar criterios generales que puedan dar luces de la regulación

⁵⁴ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-980-2020, 17 de mayo de 2021. Considerando décimo.

de la subordinación en el trabajo vía aplicaciones digitales, desde una mirada centrada en la actividad jurisdiccional.

Despejado lo anterior, no se puede dejar de lado que a pesar de que la judicatura no entrega solución al problema, sí se vislumbra en el análisis de los textos de los fallos, sumado a los argumentos vertidos por actores y empresas demandadas, como también, a partir de la forma de término de los casi 50 procesos judiciales en que se ha debatido la laboralidad, la efectiva posibilidad de flexibilizar el concepto de subordinación y dependencia ya existente para proveer de protección a los trabajadores de plataformas.

Queda pendiente, así, la existencia de un texto legal que regule especialmente la materia, o bien, la tarea de precisar y aplicar el que pueda existir en un futuro se aprecia como un claro desafío que deben asumir los tribunales de justicia, en el sentido de ser capaces, a partir de la posibilidad que les otorga la flexibilidad del concepto de subordinación y dependencia, en esencia variable, el establecer un nuevo listado de indicios que, a la luz del trabajo a que han dado lugar las nuevas tecnologías, deban observarse para dar por establecida una relación amparada por la protección de la legislación laboral. Este necesario complemento de los indicios tradicionales de laboralidad no solo permitiría ampliar el rango de protección de quienes quedarían amparados por el ordenamiento jurídico laboral, sino que también posibilitaría a las empresas dueñas de las tecnologías conocer con mayor nitidez los márgenes de la laboralidad, y, conforme a ello, poder definir y estructurar las funciones que son necesarias en la empresa.

Lo anterior no quiere decir que los conceptos clásicos deban ser del todo abandonados desde que se ha

demostrado que la subordinación no se agota en el desarrollo de los elementos clásicos, o, si se quiere, que estos elementos pueden adaptarse para responder a las nuevas realidades de trabajo. Por el contrario, han sido los operadores de la norma los que han dejado de lado la modernización del concepto evitando una mayor extensión de este, y se han conformado con el análisis clásico de la materia e impedido con ello el resguardo de estas nuevas formas de trabajo bajo la esfera del derecho del trabajo.

Lo anterior, entendemos, se hace del todo apremiante atendida la fuerza de las cosas. Ella para esta situación mandata que una vez que se dan por configurados los elementos de una relación de trabajo, esta debe quedar bajo la esfera de protección del ordenamiento jurídico, más allá de consideraciones formales o nominales que puedan distraer la vista de la situación efectivamente concurrente, haciendo del todo necesario y suficiente para el pleno reconocimiento de las nuevas formas de trabajo que los agentes que intervienen en su determinación puedan adaptar el concepto clásico de subordinación y dependencia a lo que está ocurriendo en los hechos con estas nuevas formas de trabajo. Así, en definitiva, el concepto de subordinación debería ser capaz de adaptarse a las nuevas formas y realidades de trabajo. Es decir, se trata de pedirle, nuevamente, al derecho del trabajo y a sus operadores la reivindicación de un principio que lo inviste, cual es el de la "primacía de la realidad", en este caso aplicado a los trabajadores de plataformas digitales.

Referencias

- Asenjo, A. y Coddou, A. (2021). *Economía de plataformas y transformaciones en el mundo del trabajo: el caso de los repartidores en Santiago de Chile*. (Informe N. ° 17). OIT Cono Sur – Informes Técnicos, Santiago de Chile. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_798681.pdf
- Caamaño, E. (2007). La descentralización productiva y el surgimiento de nuevas formas de empleo autónomo. *Revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez*, (12), 9-36.
- Delgado, J., Campos, M., Carsalade, J., González, D., Mancini, M.J., Melendez, M., Tapia, M., Troncoso, F. y Vergara, D. (2018). Recurso de nulidad laboral: críticas desde la garantía del derecho al recurso. *Estudios Jurídicos Democracia y Justicia* (6), 12-40.
- Ermida, O. y Hernández, Ó. (2002). Crítica de la subordinación. *Ius Et Veritas* (25), 281-295.
- Gamonal, S. (2011). *Trabajo y derecho*. Santiago, Chile: AbeledoPerrot LegalPublishing.
- Gamonal, S. (2013). El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena. *Estudios Constitucionales*, Año 11, (1), 425-458.
- Irureta, P. (2007). La regulación jurídica del trabajo dependiente. *Ensayos Jurídicos* (3), 1-27.
- Irureta, P. (2014). La noción jurídica de empleador ante el derecho del trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (42), 251-282.
- Leyton, J. y Azócar, R. (2022). Análisis crítico de la regulación del trabajo en plataformas en Chile, introducida al código del trabajo por la ley nro. 21.431. *Revista Jurídica del Trabajo* (7), 161-195.
- Lillo, R. y Vargas, M. (2021). *Acceso a la justicia civil y la pandemia de Covid 19*. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2021 (pp. 177-227). Universidad Diego Portales. <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/12/DDHH2021-Definitivo-177-228.pdf>
- Lizama Portal, L. y Lizama Castro, D. (2020). *El derecho del trabajo en las nuevas tecnologías*. Santiago, Chile: DER Ediciones.
- López, M. (2016). La teoría de los actos propios en el derecho del trabajo chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 43(2), 549 – 573.
- Orellana, P. (2016). *La noción jurídica de la teoría del haz indiciario de laboralidad a la luz de la simulación y de la apariencia en el ámbito de la contratación laboral* [Memoria para el optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/139943>
- Martín, A. (2002). Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001). *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (38), 21-50.
- Muñoz, B. (2018). Uber, la subordinación y las fronteras del Derecho del Trabajo. Algunas ideas para delimitar. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 9(17), 13-40.
- Palomo, R. (2021). Los desafíos del trabajo en la economía de plataformas. En I. Rojas. *El Proyecto del Gobierno sobre Jornada laboral y otras materias* (pp. 75-80). Talca: Cuadernos de Análisis Legislativo (1), Universidad de Talca.
- Plá, A. (2015). *Los principios del derecho del trabajo* (4ª ed.). Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- Raso, J. (2016). El Derecho del Trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 7(13), 13-52.
- Ruay, F. (2022). Trabajadores mediante plataformas en Chile. Comentarios a propósito de su regulación legislativa. *Revista Jurídica del Trabajo* (7), 124-160.

- Sierra, A. y Bernet, M. (2020). Régimen jurídico de los programas computacionales elaborados por trabajadores en Chile. *Revista Ius et Praxis*, Año 26, (2), 254-273.
- Squella, A. (2014). *Introducción al Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Todoí, A. (2016). Los falsos autónomos en el contrato de franquicia: la importancia de la prestación de servicios bajo una marca ajena como indicio de laboralidad en el contrato de trabajo. *Revista de Seguridad Social* (77), 105-124.
- Ugarte, J.L. (2007). *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago, Chile: LexisNexis.
- Ugarte, J.L. (2020). Trabajo en empresas de plataforma: subordinación y más allá. *Revista Chilena de Derecho Privado* (35), 17-49.
- Vallecillo, M.R. (2017). Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad. En Organización Internacional del Trabajo y Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *El futuro del trabajo que queremos* (pp.461-473). Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Jurisprudencia citada

- Corte de Apelaciones de Concepción. ROL 395-2020, Alvaro Felipe Arredondo Montoya/ Pedidos Ya Chile SpA, fecha de ingreso: 23/10/2020.
- Corte de Apelaciones de Santiago. ROL 1864-2021, Escalante/ Pedidos Ya Chile SpA, fecha de ingreso: 07/06/2021.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta Causa O-1436-2020, Vanegas/Touch Retail, fecha ingreso: 30/11/2020.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta Causa O-778-2021, Peñaranda/Pedidos Ya Chile SpA, fecha ingreso: 11/08/2021.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta Causa T-337-2019, Valenzuela/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 03/09/2019.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta Causa T-452-2020, Rivera/Touch Retail SpA, fecha ingreso: 04/11/2020.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta Causa T-458-2020, Codoceo/Touch Retail SpA, fecha ingreso: 09/11/2020.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta Causa T-459-2020, Brontis/Touch Retail SpA, fecha ingreso: 10/11/2020.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta Causa T-472-2020, Vega/Rappi Chile SpA, fecha ingreso: 17/11/2020.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta Causa T-479-2020, Bustamante/Touch Retail SpA, fecha ingreso: 23/11/2020.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta Causa T-483-2020, Parra/Touch Retail SpA, fecha ingreso: 26/11/2020.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta. Causa M-581-2019, Alvarado/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 04/11/2019.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta. Causa M-646-2019, Aliaga/Pedidos Ya Chile SpA, fecha de ingreso: 23/12/2019.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta. Causa O-1239-2020, Martinez/Pedidos Ya Chile, fecha de ingreso: 27/09/2020.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción. Causa M-1053-2020, Anabalón/Rappi Chile SpA, fecha ingreso: 28/09/2020.

- Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción. Causa M-1155-2021, Candia/Rappi Chile SpA, fecha ingreso: 16/11/2020.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción. Causa M-54-2021, Escobar/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 31/01/2021.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción. Causa M-724-2020, Arredondo/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 21/06/2020.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción. Causa O-1215-2020, Candia/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 31/07/2020.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción. Causa O-1899-2019, Pinilla/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 19/11/2019.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción. Causa O-684-2019, Ulloa/GlovoApp Chile SpA, fecha ingreso: 24/04/2019.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción. Causa T-540-2019, Gallardo/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 16/11/2019.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán. Causa I-48-2020, Pedidos Ya Chile/Inspección Provincial del Trabajo Ñuble, fecha ingreso: 21/10/2020.
- Juzgado de letras del trabajo de Puerto Montt. Causa I-14-2021, Pedidos Ya Chile Spa/Inspección Provincial del Trabajo, fecha ingreso: 23/04/2021.
- Juzgado de letras del trabajo de Puerto Montt. Causa O-247-2021, Parra/Pedidos Ya Chile SpA, fecha ingreso: 23/06/2021.
- Juzgado de letras del trabajo de Puerto Montt. Causa O-264-2021, Chávez/Pedidos Ya Chile SpA, fecha ingreso: 01/07/2021.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Talca. Causa M-450-2019, Vallejos/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 23/08/2019.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. Causa M-1027-2020, Del Rosario/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 29/11/2020.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. Causa M-1083-2019, Romero/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 16/08/2019.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. Causa M-29-2020, Poveda/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 10/01/2020.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. Causa M-419-2021, Páez/Uber Chile SpA, fecha ingreso: 25/05/2021.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. Causa M-595-2021, Caicedo/Pedidos Ya Chile S.P.A., fecha ingreso: 12/08/2021.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. Causa M-700-2021, Peraza/Pedidos Ya Chile SpA, fecha ingreso: 21/09/2021.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. Causa O-1571-2020, Chavez/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 17/12/2020.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. Causa O-389-2021, Zarate/Pedidos Ya Chile SpA, fecha ingreso: 04/04/2021.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. Causa O-602-2021, Olmos/Hinter Chile SpA, Uber Chile SpA y Otros, fecha ingreso: 26/05/2021.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso. Causa O-760-2021, Caballero/Pedidos Ya Chile SpA, fecha ingreso: 13/07/2021.
- Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Causa T-980-2020, Escalante/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 29/05/2020.
- Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Causa M-2983-2019, Concha/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 26/09/2019.
- Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Causa O-3903-2021, Valdés/Delivery Technologies SpA, fecha ingreso: 15/07/2021.
- Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Causa O-4002-2021, Cid/Uber International Holding B.V., fecha ingreso: 21/07/2021.
- Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Causa O-5008-2020, Morillo/Rappi Chile SpA, fecha ingreso: 06/08/2020.
- Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Causa O-8007-2020, Vega/Delivery Technologies, fecha ingreso: 31/12/2020.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Causa T-980-2020, Mendoza/Pedidos Ya Chile, fecha ingreso: 29/05/2020.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Causa M-1724-2021, Rodríguez/Delivery Technologies SpA, fecha de ingreso: 22/07/2021.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Causa M-1891-2021, Jiménez/Delivery Technologies SpA, fecha ingreso: 12/08/2021.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Causa M-553-2021, Artiaga/Touch Producciones y Eventos Ltda, fecha ingreso: 03/03/2021.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Causa O-1388-2015, Thomson/Uber Chile SpA, fecha de ingreso.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Causa O-4232-2021, Díaz/Uber International Holding B.V., fecha de ingreso: 03/08/2021.

**Cristián
Adolfo Rozas
Dockendorff ****

crozas@dpp.cl
Recibido: 02.03.22
Aceptado: 07.09.22

El plazo judicial para formalizar. Una adecuada revisión a la luz de las normas del proceso penal

The judicial term to formalize. An adequate review in light of the rules of the criminal process

Resumen: Este artículo presenta un análisis de la norma contenida en el artículo 186 del Código Procesal Penal de Chile y de los efectos del incumplimiento del fiscal en formalizar una investigación en el plazo judicial fijado por el juez de garantía al aforo de ella. Para ello se refiere a la finalidad de la norma, para posteriormente abordar las posturas que ha tenido la doctrina y la jurisprudencia sobre el punto, y, finalmente, entregar una interpretación jurídica que otorgue un curso procesal, concordante con la garantía del plazo razonable y con la necesidad de que los procesos penales arriben a resoluciones de término con efecto de cosa juzgada.

Palabras clave: Control jurisdiccional previo a la formalización; plazo razonable; sobreseimiento; rebeldía.

Abstract: This article presents an analysis of the rule contained in article 186 of the Code of Criminal Procedure and the effects of a non-compliance by the prosecutor in formalizing an investigation within the judicial period set by the Guarantee Judge on conform that rule, for this purpose it refers to the purpose of the rule under review, in order to subsequently address the positions that the doctrine and jurisprudence on the point has had on the point, in order to finally deliver a legal interpretation granting a procedural course, consistent with the guarantee of reasonable time, and with the need for criminal proceedings to reach decisions of a term with the effect of res judicata.

Keywords: Prior judicial review formalization; reasonable term; dismissal; rebellion.

** A mi profesor, a mi amigo y maestro Germán Echeverría Ramírez. Para mis hijos, Amparo y Agustín, por más historias épicas.

Desde la entrada en vigencia del sistema procesal penal chileno, se ha discutido el sentido y alcance de la norma establecida en el artículo 186 del Código Procesal Penal (CPP). En casi 20 años de vigencia de este sistema de atribución punitiva, las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, que han variado desde su inaplicabilidad hasta la posibilidad de que se decrete el sobreseimiento definitivo en los casos en que se incumplido el plazo para formalizar la investigación, la han desprovisto de un efecto jurídico claro y de una aplicación práctica como garantía de los justiciables.

En tiempos donde las atribuciones del persecutor penal parecieran no tener contrapeso y en que diversas modificaciones legales amplían funcional y orgánicamente sus atribuciones, una necesaria mirada al artículo 186 del Código Procesal Penal, en perspectiva de garantías procesales, permite incluir esta norma al arsenal de herramientas funcionales al debido proceso a través de una interpretación sistemática de las normas legales actualmente vigentes, y que a través de las normas

generales permita otorgarle efecto jurídico en los casos en que el Ministerio Público no formalice investigación en el plazo fijado por el juez de garantía a la luz del ya citado artículo.

Este artículo reza:

Control judicial anterior a la formalización de la investigación. Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación (CPP, Art. 186).

Inicialmente revisaremos la historia de la norma señalada, su fundamento como garantía y los distintos efectos que se le han atribuido por la doctrina, para finalmente efectuar una propuesta para su operatividad.

1. Historia del artículo 186 del Código Procesal Penal de Chile

El actual artículo 186 aparece en el primer trámite en la Cámara por la Comisión de Constitución bajo la numeración 226 del proyecto de Código Procesal Penal con la siguiente redacción:

Control judicial anterior a la formalización de la instrucción. Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación de un fiscal del Ministerio Público que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de control de la instrucción que le ordene informar acerca de los hechos objeto de la investigación. También podrá el

juez fijarle un plazo para que formalice la acusación o cierre la investigación.

Concordamos con Piedrabuena en que al momento de inclusión de esta indicación no se expresan las motivaciones y razones de ella, ni quien la ideó o las discusiones que pudieron surgir y que concluyeron en su adición al proyecto de Código Procesal Penal (Piedrabuena, 2010, p. 13).

Sin embargo, a propósito de la discusión en sala surgen luces sobre su historia, en principio oscura¹. La

¹ Piedrabuena refiere a pie de página que fueron los parlamentarios, quienes preocupados de que ellos o personajes políticos fueran aludidos por la prensa de la existencia de una investigación que los afectara, vieron en la intervención del juez de garantía un adecuado remedio, en vistas a aclarar su posición procesal (Piedrabuena, 2020, p. 13).

intervención del senador Marcos Aburto Ochoa analiza su utilidad como una garantía en contra de eventuales abusos de los fiscales del Ministerio Público. Ya llamaba la atención del exministro de la Corte Suprema que la legitimidad de una investigación fiscal solo se produce por la intervención del juez de garantía². Manifestaba especialmente su preocupación por ser el Ministerio Público quien iniciara la investigación, y que su actuación sea “silenciosa en contra de cualquier persona, aunque ésta ni siquiera tenga conocimiento de ello”, conocimiento que se produciría solo cuando el fiscal lo estimare oportuno con la formalización de la investigación. El senador Aburto consideraba que el desconocimiento que tenía el imputado de una investigación, previamente a la intervención del juez de garantía, constituía una *zona gris* que

puede prestarse, naturalmente, a evidentes abusos, en especial en aquellos lugares donde el control de los fiscales locales resulta difícil, por su lejanía y aislamiento, para las autoridades superiores, como los fiscales regionales y, en último término, el Fiscal Nacional (Historia de la ley 19.696, pp. 1624-1625).

Claramente podemos apreciar, en definitiva, que la posibilidad de control judicial anterior a la formalización es

un dispositivo que posibilita la supervisión de la actividad del Ministerio Público conforme con los principios de juridicidad y a las garantías procesales, especialmente el plazo razonable de un proceso penal. Permitiendo que, en razón de la naturaleza administrativa de los actos del Ministerio Público, cumpla con el principio de universalidad del control, que implica la inexistencia de un órgano o acto administrativo que sea inmune a la revisión de la judicatura independientemente cualquiera sea su jerarquía o función (Soto Kloss, 2012, p. 608).

Así las cosas, la facultad del artículo 186 CPP, desde el punto de vista del justiciable es una herramienta para ejercer el derecho a ser oído, que se define como:

el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal y otro cualquiera (Nash y Núñez, 2015, pp. 204-205)³.

Esto vinculado a los principios de juridicidad y control permiten el ejercicio del debido proceso ante una investigación desformalizada.

2. La garantía de plazo razonable en la investigación desformalizada

El debido proceso se ha entendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para una adecuada defensa ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos” (Nash y Núñez, 2015, pp. 197-198)⁴.

Siguiendo lo anterior, la Corte Suprema ha señalado que el debido proceso

se satisface con los siguientes principios: (1) derecho a juez natural, (2) juez independiente e imparcial, (3) derecho a un juicio previo y público, (4) derecho a

² Recordemos la naturaleza contramayoritaria de los organismos con autonomía constitucional, cuya legitimidad de acción debe necesariamente asilarse en el principio de juridicidad y de control que reside en él.

³ Nash y Núñez citan numerosa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴ Dicha garantía se encuentra a la vez recogida en el art. 19 N.º3 Constitución Política de la República (CPR).

presentar pruebas de descargo y a examinar la prueba de cargo, (5) derecho a ser juzgado en proceso tramitado conforme a la ley; y, (6) derecho a una defensa técnica (Cs, rol N° 4001-2010, 24 de agosto de 2010).

Si bien es cierto, en la formulación normativa admitida en el sistema chileno no se menciona explícitamente la garantía de plazo razonable como componente del debido proceso, no es menos cierto que la doctrina la ha vinculado con ella, sobre todo, después de la reforma al artículo 5.º de la Constitución (Riego, 1993, p. 531)⁵. Así, Daniel Pastor refiere que:

un proceso cuya prolongación supera el plazo razonable, esto es, un proceso penal de duración excesiva, no lesiona únicamente el derecho a ser juzgado rápidamente, sino que afecta a todos y cada uno de los derechos fundamentales del imputado y sus garantías judiciales (Pastor, 2002, p. 52).

Entre las garantías se encuentra el derecho a defensa y la presunción de inocencia. Tanto el ejercicio de la primera como la segunda se ven afectados como garantías, ya que un proceso extendido temporalmente en demasía, incluso en su etapa investigativa desformalizada, somete al imputado a un castigo silencioso por la sola imposición de un manto de duda sobre su inocencia, y porque la excesiva duración de una etapa investigativa daña la intermediación entre la adquisición de las pruebas, su valoración y la sentencia que se pronuncia sobre ellas (Pastor, 2002, p. 53).

En específico, a partir de la lectura del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, podríamos concordar con Pastor en que el plazo razonable es reclamado como integrante, tanto del debido proceso como de la presunción de inocencia. Entender los componentes del debido proceso como

compartimentos estancos solo puede conllevar el encierro de estas garantías que, como bien apunta el derecho internacional, deben transitar por espacios comunes e impregnarse unas a la otras en su contenido y significado normativo. Así, una extensión desmesurada del proceso erosiona la totalidad de las garantías procesales, por lo que la amputación o atrofia de una de ellas produce una merma funcional de las demás.

Incluso, se puede analizar la expectativa y situación anímica del sujeto que se encuentra sometido a investigación penal, que enfrenta dudas sobre su futura libertad personal y existencia por la sombra de un eventual juicio de reproche, por su sentencia definitiva o la imposición de medidas cautelares cuya procedencia el legislador ha procurado que sean cada vez más frecuentes. Este sujeto, considerando su escaso contacto con el sistema de juzgamiento penal, experimenta incertidumbres que pueden derivar en afecciones psicológicas que la mayoría de las personas no están preparadas para sobrellevar. Una investigación desformalizada que puede extenderse por 15 años o toda una vida en los casos de delitos imprescriptibles parece contribuir a una vida no agradable, más bien llena de tortuosas tribulaciones derivadas de una acusación que no tiene una resolución definida en el tiempo, padecimientos que se agravan en la sociedad de riesgos que vivimos actualmente.

Entendemos que la imprescriptibilidad para los delitos de lesa humanidad y los delitos establecidos en el art. 94 bis del Código Penal resulta un avance en el resguardo del acceso a la justicia por parte de las víctimas de estos delitos, pero no puede no existir contrapeso alguno en los términos temporales que venimos señalando⁶. Un proceso investigativo sin limitación temporal alguna no es compatible con la naturaleza humana y su existencia, ya que para todos el tiempo posee un peso inexorable y una valoración relativa, donde los periodos extensos

⁵ El autor señala que la garantía de plazo razonable constituye parte del debido proceso en general, aplicable a materias civiles, penales y también en materias administrativas.

⁶ Gandulfo (2008), p. 779, en un sentido similar.

de incertidumbre y ansiedad pueden llegar a generar condiciones no compatibles con la dignidad humana que nuestro constituyente se ha comprometido a resguardar. La certeza sobre la duración y la existencia de una pena muchas veces puede resultar más digna que la duda que se aviene sobre su eventual imposición y duración (CS, rol N° 1883-2005, 26 de julio de 2005)⁷.

2.1. El debido proceso previo a la intervención judicial

No es discutible que en la etapa previa a la formalización de la investigación le corresponde al Ministerio Público la realización de la investigación, y, por su calidad de órgano autónomo del Estado, se relaciona con los particulares bajo normas jurídicas de carácter administrativo (Duce y Riego, 2007, p 121).

Con todo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las garantías del debido proceso

no se aplican solamente a tribunales o procesos judiciales, sino también a los procedimientos que, aun cuando no sean estrictamente jurisdiccionales, constituyen el presupuesto de un proceso judicial, tales como las tareas de investigación de cuyo resultado depende el inicio y avance del mismo (Nash y Núñez, 2015, p. 201).

En forma similar se ha pronunciado la Corte Suprema en los fallos rol N.° 516-2006 y rol N.° 771-2007.

Es relevante señalar que la garantía del debido proceso posee una protección reforzada a propósito de las actuaciones del Ministerio Público, desde que la Ley N.° 19.519 que creó el órgano persecutor, incluyó en el artículo 19 N.°3 de la Constitución la exigencia de que el legislador deba establecer las garantías, no solo de un procedimiento racional y justo, sino también de una investigación con esas características.

Según los autores de la indicación parlamentaria que finalizó en la modificación del inciso 5.° del artículo 19 N.°3 de la Constitución y que implicó la incorporación de la expresión “investigación” en ella:

apunta a exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso se deberá ceñir también a los requisitos de justicia y racionalidad. Si se tiene en cuenta que el proyecto en informe deja claramente sentado que la pesquisa que realice el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento. Desde otro punto de vista, la indicación también se justifica, en opinión de su autor, porque, dado que la Constitución no fija más la justicia y la racionalidad, vale la pena hacer el mismo encargo al legislador en el caso de la investigación de delitos que dirigirá el Ministerio Público. Tal explicitación es necesaria puesto que esa investigación, como no es jurisdiccional, no estaría constreñida por los principios mencionados (Historia de la Ley N° 19.519, pp. 166-167).

De esta forma, en la Constitución de Chile, la garantía del debido proceso en la etapa desformalizada de la investigación, estadio eminentemente administrativo —a menos que exista la intervención de un juez de garantía autorizando algunas diligencias, como interceptaciones telefónicas— posee un particular refuerzo, ya que no solo se contempla la garantía del debido proceso para procedimientos administrativos generales, sino para el resguardo de los imputados en el proceso penal. Afortunadamente, el constituyente tuvo en vista que el proceso penal es el baremo más reconocido de un Estado de derecho e incluyó en la carta magna la garantía de investigación racional y justa.

2.2. El plazo razonable en la etapa de investigación desformalizada

⁷ En el considerando 5.° señala precisamente que una investigación desformalizada extensa quebranta los derechos del imputado.

Desde que entendemos que existe un proceso penal, dirigido en contra de un imputado, en los términos del artículo 7.º del Código Procesal Penal, debemos necesariamente comprender que esa relación con el justiciable debe satisfacer las exigencias del debido proceso y, por tanto, estar sujeta a la garantía del plazo razonable, más aún porque el justiciable que se presume inocente de acuerdo al artículo 4.º del mismo Código adjetivo debe soportar que exista una cuota de duda sobre él, ya que parte del Estado, específicamente el Ministerio Público, posee tal duda basada en la investigación que dirige. Lo anterior no es menor considerando todo el poder que posee el sistema de persecución penal. Por ello, buscando garantizar el mandato constitucional, el legislador estableció el artículo 186 del Código Procesal Penal como una de las pocas herramientas que tiene un imputado, previo a la formalización de investigación, para lograr la intervención de un juez de garantía, que cautele que su causa sea conocida dentro de un plazo razonable.

En términos generales, el mismo legislador, incluso antes de la dictación del Código Procesal Penal, estableció un cierto tipo de límite de razonabilidad temporal a la investigación penal al momento de establecer plazos de prescripción de acción penal. Si bien es cierto, la fundamentación de la existencia de la prescripción de la acción penal es discutida entre la doctrina, y sus fundamentos resultan diversos, nos parece que en relación al tópico que tratamos poseen relevancia las siguientes razones para la limitación de la investigación temporal del hecho punible.

Para un grupo de autores, el fundamento de la prescripción de la acción penal reside en la pérdida del interés estatal en la represión, por lo que esta institución posee un carácter de orden público, en el que la disposición penal al castigo desaparece por el transcurso del tiempo,

lo que hace, según Bustos Ramírez, “innecesaria la pena, no sólo por razones de tipo preventivo general o especial, sino también en virtud del concepto mismo de necesidad de pena” (Yussef, 2018, p. 50).

Una segunda postura fundamenta la prescripción penal en la necesidad de estabilizar las situaciones jurídicas. De esta forma, Eduardo Novoa, citado por Yussef, explica:

existe una necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de la elusión prolongada de la responsabilidad penal que a algunos quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidades de su parte (Yussef, 2018, p. 51).

Yussef, señala que este razonamiento es una renuncia legislativa y preventiva por parte del Estado a la potestad represiva, pero no debe entenderse como una prescripción adquisitiva de un estado de impunidad.

Un grupo de autores justifica la prescripción en un fundamento netamente procesal, ya que el transcurso del tiempo tiene efectos en la conservación de los testimonios y evidencias de un delito que tendría como consecuencia, para Binding, una pérdida de certeza en el juzgamiento. Para el mismo autor no tendría, por tanto, un idéntico fundamento la prescripción de la pena y la de la acción penal, lo que explicaría de cierta forma las diferencias cuantitativas que existen en su cómputo, a partir de las distintas expresiones utilizadas por los artículos 94 y 97 del Código Penal, relativas a la valoración de penas asignadas por ley en abstracto y aquellas impuestas por sentencia judicial en concreto⁸.

⁸ Con relación a este fundamento de orden procesal podemos señalar que, si bien el legislador no refiere el fundamento procesal directamente, es evidente que la prescripción posee incidencia en la investigación penal. Por ello, se entiende que la facultad de no iniciar investigación, reglada en el art.167 del Código Procesal Penal, permite rápidamente poner término a una investigación penal en casos de hechos prescritos y donde no haya existido intervención judicial previa.

Nos parece que estos tres fundamentos tienen relación directa con la garantía de plazo razonable, ya que el Estado posee una obligación de acotar temporalmente los procesos penales una vez realizada la denuncia, para que no exista una duda extendida en el tiempo sobre la culpabilidad de un sujeto, así como de eliminar las incertezas que se pueden producir en juicio penal, cuya realización aparezca distanciada temporalmente en exceso del hecho punible al cual se refiere. Esto disminuye al máximo los riesgos de condenas sujetas a dudas.

En todo caso, los límites temporales de la investigación desformalizada parecen bastante laxos en nuestro sistema penal, ya que como reseñábamos, la legislación hace una distinción importante entre la forma de computar las prescripciones de la acción penal y de la pena, ya que, respecto a la primera, el cómputo se establece atendiendo a la pena abstracta asignada al delito. Con tal escenario, el Ministerio Público podría mantener investigaciones desformalizadas incluso 15 años, respecto a ciertos crímenes.

Esto sucede con los delitos mencionados en el artículo 94 bis del Código Penal, cometidos con posterioridad a la publicación de la Ley 21.160 de fecha 18 de julio de 2019. La Fiscalía podría investigar, sin intervención de un juez de garantía, durante toda la vida del imputado, lo que pareciera ser un efecto querido por la Ley 21.160, ya que, como veremos, la imprescriptibilidad no significa una derogación de la garantía del plazo razonable que le asiste a todo imputado.

2.3. El ejercicio del artículo 186 del Código Procesal Penal en los delitos imprescriptibles

La ley N.º 21.160, que “declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad” estableció que todos estos delitos, incluidos en el Código Penal, no prescribirán cuando la víctima fuera menor de edad al momento de la perpetración del hecho.

Los delitos son: de secuestro, sustracción de menores, en relación al delito de violación; los delitos de

tortura y apremios ilegítimos, en relación a los ilícitos de los artículos 361, 362 y 365 bis, así como los delitos de los artículos 361, 362, 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter; el artículo 411 quáter en relación con la explotación sexual; y el artículo 433, N.º 1, en relación con la violación.

Durante la tramitación de esta modificación legal se discutió su constitucionalidad en relación con la garantía procesal del plazo razonable, ya que de acuerdo con distintos informes acompañados en su gestación, hubo opiniones que señalaron que la imprescriptibilidad de estos delitos infringirían dicha garantía. Señalaban que la institución de la prescripción no solo responde a la seguridad jurídica, sino a una forma de protección de la garantía de la razonabilidad temporal del proceso (Historia de la Ley N.º 21.610, p. 36). Sin embargo, la opinión mayoritaria de los autores que comparecieron en las distintas comisiones manifestaba que la imprescriptibilidad de estos delitos no se correspondía con una garantía fundamental, sino con una elección de política criminal en favor de la protección de los derechos de las víctimas. Por ello, es que aún persiste la institución de la prescripción de las penas dictadas en procesos penales por estos delitos.

En definitiva, la imprescriptibilidad de la acción que establece el artículo 94 bis del Código Penal busca otorgar protección a las víctimas, otorgándole espacio temporal, en razón de su proceso evolutivo y de significación del daño sufrido, para efectuar la denuncia del ilícito, y no busca en forma alguna alterar los términos y garantías propias del proceso penal, que siguen asistiendo a todo tipo de imputado del que se investiga su participación culpable en este tipo de delitos.

En definitiva, aun en este tipo de delitos, no hay ninguna duda de que el artículo 186 del Código Procesal Penal resulta aplicable, ya que la imprescriptibilidad es una protección dispuesta por razones de política criminal en favor de la víctima, *para dar inicio al proceso penal, actuando, previa denuncia*; pero una vez realizada esta, y habiendo sido puesto el hecho punible en conocimiento

de las agencias de persecución penal, no se afecta de manera alguna la duración razonable del proceso, ya sea en su etapa formalizada o desformalizada. En consecuencia, sus dilaciones siguen pugnando con

la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos (Historia de la Ley N.º 21.160, pp. 36, 55, 65, 67, 79, 111, 115, 156, 184, 230, 269-270)⁹.

3. La formalización de la investigación como acto procesal

La formalización de la investigación es una actuación autónoma del Ministerio Público, por la cual se comunica al imputado, ante un juez de garantía, que se desarrolla una investigación penal en su contra, respecto de uno o más delitos, a fin de que este pueda conocer en propiedad la investigación fiscal y desplegar su actividad de defensa¹⁰. Concuera la doctrina nacional en que su finalidad es de garantía y no causa efectos automáticos sobre la libertad del imputado (Duce y Riego, 2007, p. 220).

Ahora bien, si bien concordamos en que es una facultad autónoma del Ministerio Público, aquella lo es en su contenido comunicativo, mas no en su oportunidad estratégica, ya que aparece, en ese ámbito, limitada en los supuestos del artículo 233 del Código Procesal Penal (Duce y Riego, 2007. P. 226)¹¹, en los casos en que los plazos de prescripción de la acción penal derivada del hecho punible estén cercanos en su vencimiento y, por supuesto, ante la limitación temporal que puede imponer el juez de garantía en virtud del aludido artículo 186 del código adjetivo.

Para una mejor comprensión de estos planteamientos, debemos señalar que la formalización de la investigación, además de ser una actuación autónoma del Ministerio Público, es también un acto procesal de los que Carnelutti denomina “actos de gobierno”, ya que alude a “una actividad dirigida a poner el proceso en situación de operar” (Carnelutti, 1946, p. 454). En el proceso penal chileno, dichos actos únicamente pueden tener origen en el persecutor oficial, o en el acusador privado en el caso del proceso reglado en los artículos 401 y siguientes del Código Procesal Penal (delitos de acción penal privada). Siguiendo la propuesta de clasificación de Carnelutti, claramente la formalización no solo es un acto de garantía como lo define gran parte de nuestra doctrina, sino que también es un acto iniciador del proceso penal, que busca satisfacer a una parte interesada en obtener la condena penal de los imputados (Ried, 2017, pp. 99-101).

Entendiendo la formalización como un acto procesal, ante su realización, necesariamente nace una resolución que corresponde a una sentencia interlocutoria y que

⁹ Aparecen las intervenciones de diversos interesados, autores y legisladores

¹⁰ Varios autores (López y Horwitz (2003), tomo I, pp. 540 y 541; (Duce y Riego (2007), p. 220; (Maturana y Montero (2010), tomo II, p. 582.

¹¹ También Maturana y Montero (2010), tomo II, p. 587 refieren que la oportunidad para formalizar no es facultativa para el Ministerio Público en los casos que desee, sino que él se encuentra obligado a proceder a la formalización en los casos establecidos en el artículo 233 del Código Procesal, lo que constituye, en este caso, la formalización en un requisito de dichos actos procesales. A saber: la recepción anticipada de prueba, el debate de medidas cautelares y al requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación. De esta forma, puede darse el supuesto, que constituye la regla general práctica, en la que el fiscal nunca solicite dichas medidas. En definitiva, creemos que la expresión “obligado” del artículo 230 del Código Procesal Penal debe interpretarse restrictivamente, en el sentido de que dichos actos presuponen obligatoriamente la comunicación previa de los hechos de la investigación para permitir en dichos actos el debido derecho a defensa y cumplir, por el juez, en su oportunidad, el deber de fundamentación de la resolución judicial que nazca de ellas.

resuelve sobre un trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria de acuerdo al artículo 158 del Código de Procedimiento Civil. Dicha resolución “de tener por formalizada la investigación” es la que abre una gama de posibilidades para los intervinientes, lo que permite la solicitud de medidas cautelares, la rendición de prueba anticipada, la aprobación de salidas alternativas y, sobre todo, la imposición de un plazo de investigación. Esta última cuestión se abordará más adelante como un

elemento central a la hora de dotar, vía interpretación sistemática, de efectos jurídicos en caso de que el Ministerio Público no formalice investigación en el plazo judicial decretado por el juez de garantía al alero del artículo 186. Solamente, a través de una resolución que tiene por formalizada la investigación se entra de lleno en el proceso penal cuya finalidad principal es la dictación de una sentencia definitiva, con efecto de cosa juzgada, que ponga término a la incerteza propia del estado de inocencia del imputado, previo al juzgamiento.

4. El alcance normativo del artículo 186 del Código Procesal Penal

En este apartado se analizará la finalidad de esta norma, las dudas que existen sobre quién es su legitimado activo, las posibilidades que tiene el juez de garantía ante la solicitud de que se fije un plazo de investigación, y finalmente, los efectos de la negativa del fiscal de formalizar la investigación dentro del plazo otorgado por el juez conforme con el artículo 186 del Código Procesal Penal.

4.1. Finalidad y garantía protegida por el artículo 186 del Código Procesal Penal

Del análisis de las garantías judiciales reconocidas en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocidos por Chile, podemos entender que la norma contenida en el artículo 186 CPP es una norma que garantiza el debido proceso en dos aspectos fundamentales siguiendo los principios que lo componen como lo ha resuelto la Corte Suprema. A saber, el derecho a ser informado sin demora y en forma detallada de la imputación que se existe contra un imputado y, eventualmente, ejercer su derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Es evidente que la resolución que fije los plazos para una formalización debe necesariamente tener presente algunos aspectos distintos de aquellos que fijan los plazos

de una investigación formalizada conforme al artículo 247 CPP, pero también otros adicionales atendidas las diferencias proyectivas que posee una etapa previa a la formalización versus aquella donde se han comunicado cargos ante el juez de garantía, en donde los avances de la investigación y los riesgos de restricción o privación de libertad son mayores. Al respecto, podemos ver los siguientes tópicos que impliquen diferencias:

- La imprecisión o inexistencia de imputación fáctica
- Deducción de querrela en el proceso investigativo
- Distancia temporal entre denuncia o notitia criminis y resolución que fija plazo de investigación.
- Tipo de delito o infracción investigada, y su complejidad
- Imputación de los delitos mencionados en el artículo 94 bis del Código Penal y tiempo en que la investigación ha permanecido desformalizada
- Actitud del imputado en la investigación
- Privaciones temporales de derechos del imputado, por ejemplo, si ha sufrido incautaciones o medidas investigativas que afecten sus derechos fundamentales

- Exposición periodística de la investigación penal, por ejemplo, casos de filtración de los antecedentes de investigación

- Afectación de las labores habituales de un imputado sujeto a una investigación penal, por ejemplo, si se encontrara suspendido de sus funciones en el contexto de un sumario administrativo.

Los factores enunciados necesariamente son precisiones de aquellos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido a propósito de procesos judiciales en curso. Estos son: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso¹². Nos parece que alguno de estos factores puede verse especialmente afectado aún en una etapa desformalizada o prejudicial, a diferencia de lo que menciona Marta Herrera, quien tomando como base la construcción de la garantía de juicio rápido del derecho anglosajón estima que la garantía de ser juzgado en un plazo razonable adquiere plena vigencia solo desde la formalización de la investigación (Herrera, 2005, p. 392). Dicha interpretación no es sostenible por el tenor literal de la parte final del artículo 186, que expresamente establece la posibilidad de fijar un plazo para formalizar, y es contraria a la garantía del debido proceso, que por mandato constitucional es aplicable a la investigación dirigida por el Ministerio Público. Esta investigación, aunque de naturaleza administrativa, debe reunir caracteres de racionalidad y justicia propios de la garantía, como el plazo razonable.

Desde el punto de vista de investigación penal estratégica, la herramienta del artículo 186 del Código Procesal Penal también aparece como un adecuado contrapeso al secretismo con que se lleva la investigación penal desformalizada, sobre todo cuando el fiscal normalmente está interesado en prolongar por

el máximo tiempo posible este periodo de investigación, ya que es más cómodo para el persecutor desarrollar una investigación en reserva, sin la intervención del juez o el defensor, con las facultades de control que ambos sujetos procesales poseen (Duce y Riego, 2007, p. 368), y formalizar cuando se hubieren “acopiado suficientes antecedentes relevantes, tanto sobre la existencia del hecho punible como de la participación criminal” (Oficio FN, N° 060-2014, p. 25).

4.2. Legitimado activo

En general, existen dos corrientes sobre si la expresión “afectado” que utiliza el artículo 186 del Código Procesal Penal es comprensiva o no respecto a la víctima. La mayoría de la doctrina (Piedrabuena, Herrera y otros) se manifiesta negativamente, y se funda en que la norma en análisis regula una situación excepcional que debe ser interpretada restrictivamente, por su carácter garantista, basada en el derecho a ser juzgado en plazo razonable, sin dilaciones indebidas y en el adecuado ejercicio del derecho a defensa (Herrera, 2005, p. 388). Por otro lado, el Tribunal Constitucional (TC) mantiene una posición contraria, permitiendo que la víctima pueda hacer uso de esta facultad.

Nos parece que la víctima no está habilitada para solicitar la aplicación del artículo 186 del Código Procesal Penal, ya que no debemos perder de vista que ella busca, finalmente, que se formalice la investigación, acto procesal comunicativo que es la materialización del debido proceso en cuanto permite al investigado conocer el cargo por el que se le atribuye penalmente. Nuevamente la doctrina, mayoritariamente, contempla la formalización como un acto garantista. Por ello, estimándose como una garantía del imputado, a nuestro juicio, no puede ser forzado o instado por la víctima en el proceso penal. Incluso si entendemos la formalización como un acto procesal que materializa el interés de iniciar una persecución penal con intención final de obtener una

¹² Nash y Núñez (2015), p. 214, señalan como factores: “a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”.

condena penal, como lo hace Santiago Ried, igualmente debe recibir una interpretación restrictiva a la luz del artículo 5.º inciso 2.º del Código Procesal Penal por el riesgo de que se limiten derechos del imputado o su libertad.

La víctima posee otros derechos, distintos de los de imputado, y bien puede ejercerlos y encontrar la forma de reclamar contra el fiscal que no formaliza la investigación, pero carece del derecho de forzar la formalización como lo reconoce la Corte Suprema en su sentencia rol 19.087-2019¹³. Precisamente, fundándose en la norma de interpretación del artículo 5.º del Código Procesal Penal, aboga por una interpretación restrictiva de esta institución por su potencial poder de afectación de las garantías del imputado.

Ahora bien, dicho lo anterior, no debemos soslayar la existencia de fallos del Tribunal Constitucional que han tomado una postura distinta de la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales superiores de justicia, en torno a declarar que la expresión “afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente”, que utiliza el artículo 186 del Código Procesal Penal, interpretada conforme a la Constitución, es aplicable no solo al imputado, sino también a la víctima y al querellante en un proceso penal (TC, rol N° 1484-09, 5 de octubre de 2009, c.16.º y 26.º). Sin embargo, esta postura no impide una interpretación sistemática de las normas, que garantice los derechos de los imputados y franquee el acceso de la víctima a la justicia de la víctima.

Otra cosa distinta es determinar quién es el único habilitado para formalizar la investigación y los efectos procesales penales de su negativa a efectuarla, que para la víctima tendrá incidencia en la responsabilidad administrativa del fiscal y civil del Ministerio Público, especialmente si sus acciones u omisiones son arbitrarias

o injustificadamente erróneas, conforme con el artículo 5.º de la Ley 19.640, Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Lo anterior no debe comprometer los derechos de quien es imputado de un delito de ejercer su derecho constitucional a ser oído por un juez imparcial y que su caso sea juzgado en un plazo razonable¹⁴.

4.3. ¿Puede el juez no imponer plazo alguno?

El artículo 186 en su parte final es claro en que la fijación de plazo para que el fiscal formalice la investigación es facultativa para el tribunal, cuestión que se extrae de la expresión “podrá”. Con todo, la negativa a ello debe necesariamente fundarse en los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han establecido como factores para determinar el plazo razonable que previamente expusimos.

Preliminarmente, hay que aclarar la naturaleza de la resolución que se pronuncia sobre la petición de fijación de plazo para formalizar. En el caso de que se acceda a la fijación de plazo, a nuestro juicio, ella corresponde a una sentencia interlocutoria de segundo grado, ya que resuelve sobre un trámite que sirve de base para la dictación de una sentencia interlocutoria o definitiva. Aquello se explica porque la resolución que tiene por formalizada la investigación es un requisito para que posteriormente se acuse, se dicte un auto de apertura de juicio oral y, finalmente, se dicte sentencia definitiva, en un procedimiento ordinario.

Por su parte, la resolución que niega la fijación de un plazo para formalizar tiene naturaleza de auto, por lo tanto, en el evento de que exista una negativa del tribunal, bien puede el interviniente afectado plantear en el futuro nuevamente la solicitud de que se le fije plazo, con mayores antecedentes o con el mero transcurso del tiempo que puedan incidir en tomar una decisión distinta.

¹³ Corte Suprema, rol N.º 19087-2019, de 10 de julio de 2019, que confirma sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago, rol N.º 1457-2019, de 2 de julio de 2019.

¹⁴ Tribunal Constitucional, rol N.º 2510-13, de 7 de enero de 2014, en su considerando 17.º señala que distintos intervinientes tienen garantías diferenciadas, y que la garantía del debido proceso e investigación racional y justa no está asociada a un estatuto igualitario para todos quienes participan en la persecución y proceso penal.

Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional (TC, rol 1484-09, 5 de octubre de 2009, c. 10.º).

Ahora bien, respecto a la posibilidad de recurrir frente a la resolución que niega fijarle plazo al fiscal para formalizar la investigación, podrían existir dos posturas al respecto. La primera se apoya en que el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal señala que las resoluciones del juez de garantía son apelables cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días. Lo anterior se condice con la naturaleza procesal de auto de la resolución en comento, desde que permite que se reditúe la discusión con nuevos antecedentes, cuestión que incluso podría darse en un plazo inferior a aquel establecido en el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal.

Una segunda posición sostendría la posibilidad de apelar de dicha resolución, lo que se aviene de mejor forma con el derecho al recurso y asegura la posibilidad de revisión de la resolución que niega fijarle al fiscal un plazo de investigación. Lo anterior se funda también en las características del recurso de apelación y su procedencia ordinaria. Siguiendo esta línea, la resolución que niega fijarle un plazo para formalizar la investigación al fiscal haría imposible la prosecución del procedimiento.

4.4. Efectos ante la ausencia de la formalización en el plazo judicial otorgado por el juez de garantía

El universo de autores y jurisprudencia da cuenta de que no existe claridad respecto a los efectos de no formalizar una investigación en el plazo judicial determinado por el juez de garantía a la luz del artículo 186 CPP. En general, la doctrina ha analizado los siguientes efectos:

4.4.1. No existe efecto alguno si el fiscal no formaliza en el plazo otorgado conforme al artículo 186 del Código Procesal Penal

Esta ha sido la postura de los autores Guillermo Piedrabuena Richards y Marta Herrera Seguel, quienes plantean que la inobservancia del Ministerio Público del plazo para formalizar no posee ningún efecto procesal

penal, ni la preclusión de esta facultad (Herrera (2005), p. 404; Piedrabuena (2010), p. 16). Es más, Piedrabuena señala que ante el evento de que se fije un plazo para formalizar, el respectivo fiscal del caso debería recurrir de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la citada norma, ya que se estaría invadiendo una potestad constitucional del Ministerio Público de dirigir la investigación y sus términos (Piedrabuena, 2010, p. 16). Fundan su opinión en la autonomía constitucional del Ministerio Público en cuanto a dirigir exclusivamente la investigación.

Nos parece que esta postura no posee mayor sustento normativo, ya que como lo analizamos precedentemente, la investigación de delitos, más allá de ser autónoma, posee límites en los derechos garantizados por la Constitución, entre los que se encuentra el debido proceso y el derecho a un juzgamiento en un plazo razonable, que el legislador, en cautela de la inclusión de la garantía a la investigación racional y justa, procuró protección con el tantas veces mencionado artículo 186. Adicionalmente, atendido que el Ministerio Público de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema carece de la titularidad de derechos constitucionales, podría sostenerse que no es legitimado activo para promover la inaplicabilidad del precepto legal del artículo 186 del Código Procesal Penal. Ahora bien, también podría promover una contienda de competencia de acuerdo al artículo 93 N.º12 de la Constitución Política de la República.

Sobre la posibilidad de que se suscitara un conflicto de competencias entre un juez de garantía que fijó un plazo al Ministerio Público para formalizar la investigación y el órgano persecutor, creemos que no surgiría, puesto que la doctrina señala

que este tipo de contiendas de competencias no se verifica si un órgano realiza con su actuar u omisión un errado ejercicio de sus competencias, sino sólo cuando ello lesiona la titularidad de las competencias de otro. Existe así una contienda de competencia o funciones cuando un órgano con su actuar u omisión, afecta las competencias de otros siempre y cuando tal situación importe una real y actual lesión o menoscabo (TC, rol 1531-09, 10 de diciembre de 2009, c. 5.º).

Ahora bien, si pensamos sobre la fijación de un plazo judicial para formalizar la investigación, no creemos que exista una real lesión o menoscabo de la competencia del Ministerio Público, ya que este podrá continuar investigando y solicitar la ampliación del término judicial para formalizar investigación o bien tomar decisiones definitivas acerca de la indagatoria. Por ello, su decisión sobre formalizar o no una investigación permanece en el ámbito de sus competencias, como también otras decisiones administrativas sobre ella.

4.4.2. Control sobre incidencia en ciertas resoluciones judiciales discrecionales

Jaime Salas Astrain postula que, no existiendo una consecuencia taxativa en la ley ante el evento de que se fije un plazo para la formalización y aquel no sea observado por el fiscal, el juez de garantía, a fin de velar por la igualdad de armas, dependiendo de la intensidad de afectación de los derechos del imputado, debe efectuar un control discrecional sobre ciertas incidencias que se pueden producir durante la tramitación del proceso en la etapa previa a la formalización, las que puede negar o limitar. El citado autor menciona como ejemplo de estas incidencias la detención solicitada conforme al artículo 127 inciso 1.º, la negación de diligencias solicitadas sin conocimiento del afectado (artículos 9.º y 236 del Código Procesal Penal), la interceptación de comunicaciones telefónicas, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes, o la limitación de reservas de la investigación establecidas en el artículo 182 (Salas, 2019, pp. 62-63).

A nuestro juicio, otorgar estos efectos a la no formalización en el plazo establecido judicialmente, como lo describe Salas Astrain, no tiene efectos relacionados con la garantía judicial que el legislador buscó garantizar con la inclusión de la norma del artículo 186. Por ejemplo, que se niegue una orden de detención conforme con el artículo 127 inciso 1.º del Código Procesal Penal no posee una mayor incidencia, ya que en el caso concreto, un imputado que ha provocado la intervención del juez de garantía conforme a la norma en análisis, está al tanto del proceso y se ha apersonado en él, por lo que la necesidad de decretar una medida cautelar como la señalada no

es requerida, ya que la presencia del imputado ante el órgano jurisdiccional se encuentra resguardada.

En relación con las diligencias solicitadas por el fiscal, conforme con el artículo 236 del Código Procesal Penal, podemos apreciar que las facultades del juez de garantía para negar dichas diligencias no tienen relación con la actitud del imputado que haya requerido la intervención del juez de garantía, sino que la negativa jurisdiccional se vincula con la eficacia de dichas diligencias para la investigación y no con la garantía del plazo razonable.

Respecto a la limitación de la facultad del persecutor de decretar la reserva de los antecedentes, conforme con el artículo 182, lo primero que debemos destacar es su excepcionalidad y que su mantención se relaciona más bien con el derecho a conocer los antecedentes recabados por el fiscal y la posibilidad de pedir diligencias investigativas sobre aquellos, y no está necesariamente vinculada con la garantía de plazo razonable. Es más, la reforma de la Ley 20.931 estuvo por limitar fuertemente la posibilidad de que la investigación secreta no sea conocida por el imputado, así, las ampliaciones de la reserva de ella no son oponibles al investigado.

4.4.3. Imputación de desacato respecto del fiscal que no formalice investigación en el plazo del artículo 186

Teniendo en cuenta que no existe sanción procesal para la inobservancia del plazo para formalizar la investigación, también se ha planteado, minoritariamente, que la inactividad en comunicar formalmente cargos constituirá un delito de desacato.

Dicha solución no nos parece la adecuada, ya que la amenaza de una sanción penal o una privación de libertad constituye un estímulo perverso, por el cual se impulsa a formalizar cargos en investigaciones cuyo mérito de antecedentes es escaso, y que, en definitiva, se realice una formalización arbitraria que comprometa la responsabilidad del órgano persecutor y, ulteriormente, la del funcionario. Tampoco esta solución sería un adecuado remedio frente a una inactividad del fiscal que coarta los derechos procesales. Por más desacatos en que incurriere el fiscal, el manto de dudas respecto a la

inocencia del imputado, a lo menos por parte del órgano persecutor, continúa perpetuándose como lo podría ser el hecho de no ser formalizado.

Por lo demás, el desacato aparece como un tipo penal que sanciona el incumplimiento de resoluciones judiciales y no se contempla como sanción por no realización de actos procesales. Una revisión somera de las normas del Código Procesal Penal nos permite concluir que la no realización de un acto procesal acarrea consecuencias procesales, pero nunca sanciones penales.

Desde el punto de vista de la acción típica que eventualmente se puede imputar, también se puede extraer de suyo que, ante la negativa a formalizar, el fiscal del Ministerio Público incurra en el delito de desacato, ya que la resolución que le fija un plazo para formalizar investigación no le ordena proceder con aquella, ni menos inhibirse en su acción. Por lo demás, la ley prescribe sanciones procesales específicas para el caso que desplazan el delito de desacato como veremos más adelante (Matus y Ramírez, 2021, p. 374).

4.4.4. Ilegalidad de antecedentes probatorios o imposibilidad de utilizarlos para medidas cautelares

Este efecto, presentado por Duce y Riego, es visto como una solución intermedia entre las posiciones que sostienen que no existe efecto alguno de la inobservancia del plazo para formalizar investigación y quienes sostienen que la no formalización, expirado el plazo judicial para ello, acarrea el sobreseimiento definitivo de la causa. Esta postura refiere que, a partir de la negativa de formalizar del Ministerio Público y hasta que ella se mantenga, toda la información recabada de diligencias realizadas en este periodo es obtenida con infracción del derecho a defensa material y no podrá ser utilizada en contra del imputado en el debate de medidas cautelares (Duce y Riego, 2007, p. 227).

Esta postura posee inconvenientes de procedimiento en cuanto a la perdurabilidad de sus efectos y en relación con el artículo 276 inciso 3.º del Código Procesal Penal. Los autores plantean la inutilización de los antecedentes, lo que aparece intrínsecamente vinculado

con la posibilidad de que ellos sean valorados para el debate de cautelares (Horwitz y López, 2004, tomo II, p. 205), cuya naturaleza es necesariamente transitoria. Desde ese punto de vista, nos parece que la intención del legislador al establecer el artículo 186 del Código Procesal es una real protección de la garantía de plazo razonable de carácter trascendente y no transitoria, ya que el Ministerio Público podría formalizar igualmente vencido el término judicialmente decretado, soslayando los derechos judicialmente reconocidos al imputado, y en definitiva arribar a un juicio oral donde esos antecedentes, inutilizables para la discusión de cautelares de acuerdo a esta postura, sean válidos como prueba de una eventual sentencia condenatoria.

La postura posee, también, dificultades de procedimiento, ya que no existe una forma de obtener la declaración judicial de inutilización de los antecedentes. Ello solo surgiría ante la solicitud de medidas cautelares por parte del órgano persecutor, cuestión que es eventual, y, por lo demás, al no existir una declaración judicial que establezca ese efecto, este puede ser fácilmente desconocido en el debate de cautelares.

Como corolario, el artículo 276 inciso 3.º del Código Procesal Penal erige una nueva dificultad para esta postura, ya que la citada norma señala que se excluirán las actuaciones o diligencias que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Es decir, para la no utilización de la evidencia es necesario que aquella tenga un origen espurio, cuestión que puede no darse en la especie. Por ejemplo, una declaración de un testigo, recibida una vez expirado el plazo judicial para formalizar, y registrada en forma legal por parte del Ministerio Público, no parece ser en su origen ilícita, desde que no se afecta norma legal alguna en su obtención.

Incluso si se reclamara la ilegalidad de la diligencia como fundamento de un recurso de nulidad, no nos parece que la supuesta garantía infringida, que de acuerdo con estos autores corresponde a la defensa material, sea suficientemente sustancial a la luz del art.375 del Código Procesal Penal, como para fundar exitosamente un recurso de nulidad. Así, si se considera el mismo

caso anterior, en que el fiscal recibe una declaración de un testigo una vez vencido el plazo que le fijó el juez de garantía para formalizar la investigación, igualmente la defensa podrá conocer su contenido y preparar su estrategia procesal con suficiente anticipación, por lo que mal podríamos sostener que este tipo de diligencia infringiría el debido proceso (CS, rol N° 5081-2010, 5 de octubre de 2010).

4.4.5. Sobreseimiento temporal

Un posible efecto que se ha analizado en el caso concreto es la posibilidad de que se decrete el sobreseimiento temporal en caso de que el fiscal no formalice la investigación en el plazo judicial.

Desde ya debemos admitir que el mensaje del Código Procesal Penal nos adelanta que esta posible consecuencia jurídica no es la más adecuada, ya que el espíritu del legislador es “limitar con fuerza su aplicación por cuanto se trata de una salida bastante insatisfactoria” (Mensaje del CPP, párrafo 92). Lo anterior se refuerza con la lectura del artículo 252 que establece solo tres supuestos para declararlo: la existencia de una cuestión civil previa conforme al artículo 171, cuando se ha declarado rebelde al imputado conforme con el artículo 99, y cuando, una vez cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental.

Un cuarto supuesto en que se puede declarar el sobreseimiento temporal se encuentra reglado en el artículo 10 del Código Procesal Penal, que establece la posibilidad de que el juez de garantía que estime que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales —como la garantía del plazo razonable— pueda decretar medidas necesarias para resguardar su ejercicio. Continúa la norma habilitando al juez para el caso en que esas medidas fueran insuficientes para evitar una afectación de los derechos del imputado, decretar la suspensión del procedimiento por el menor tiempo posible para que, en audiencia posterior, resuelva la continuación del procedimiento o su sobreseimiento temporal. Este, sin

embargo, no podría ser decretado pues, como señala Salas Astrain, es dudoso que un imputado no formalizado sufra de una afectación sustancial a sus derechos en los términos que exige el artículo 10.º para que se proceda de tal forma, ya que, por ejemplo, a su favor continúan corriendo los plazos de prescripción de la acción penal (Salas, 2019, p. 60) y su libertad no corre peligro, ya que no se le han formalizado cargos, como presupuesto de medidas cautelares que pudiesen afectarla.

No parece correcto que un juez de garantía opte por resolver la inobservancia del plazo para formalizar a través de un sobreseimiento temporal dictado conforme al artículo 10 del Código Procesal Penal, ya que, como señalamos, la intención del legislador es evitar la aplicación de esta salida judicial y porque este efecto parece más bien un premio al fiscal rebelde en formalizar más que una protección a la garantía del plazo razonable, ya que le permitiría, una vez que decida comunicar cargos, cesar la causal de sobreseimiento y reactivar el proceso discrecionalmente.

En efecto, una adecuada protección jurídica de esta garantía implica cargar al titular de la persecución penal con el deber de dar trámite expedito y eficiente a la investigación, y poder exigir la terminación definitiva de las investigaciones injustificadamente extensas.

Así las cosas, el sobreseimiento temporal posee como desventajas en sí mismas que no es eficiente porque perpetúa las dudas sobre la inocencia que han nacido del proceso penal y porque es una paralización del procedimiento que cesará cuando la causa que la motive desaparezca, por lo que el juez deberá reabrirlo cuando el fiscal formalice la investigación, lo que le permitirá un rango de acción discrecional que pareciera que el artículo 186 del Código Procesal Penal busca evitar.

Por lo tanto, el único efecto sería la eventual continuidad de los plazos de prescripción de la acción penal, en situación de que la paralización supere los tres años conforme al artículo 99 del Código Penal; y

es más, no habrá efecto alguno respecto a los delitos imprescriptibles¹⁵.

4.4.6. Imposibilidad de cautelares

Un quinto efecto al no formalizarse dentro de plazo de investigación puede darse a propósito de la dictación de medidas cautelares. Es evidente que el establecimiento del plazo razonable como garantía del proceso penal busca que las limitaciones a la libertad, sea total o parcial, y al goce de otros derechos fundamentales, adoptadas como medidas cautelares, posean una duración temporal acotada y tolerable.

Por ello, las medidas cautelares deben decretarse cuando fueran indispensables y solo cuando subsistan en su necesidad de acuerdo con el artículo 122. En relación con la necesidad de decretarse, el legislador señala que ellas deben tener por fundamento el riesgo para la investigación, riesgo de fuga, riesgo para la seguridad de la sociedad y peligro para la seguridad de la víctima.

Es indudable que la proactividad de un imputado para que se le juzgue en un plazo razonable y que provoque su formalización constituye una actitud defensiva poco frecuente, afecta la necesidad de medidas cautelares previamente señaladas, aminora los riesgos de fuga y de peligro para la investigación. Sin embargo, hay finalidades en que esta posición defensiva, de instar a la formalización pronta de cargos, no posee mayor incidencia, como lo son los supuestos de peligro para la seguridad de la sociedad y riesgo de la seguridad de la víctima.

Respecto al primero de ellos, la definición normativa que posee en la legislación no hace referencia alguna a la

actitud procesal del encartado. Es más, su fundamento de acuerdo con el legislador de la Ley N° 20.503, corresponde a casos donde el imputado comete con frecuencia delitos o la imputación posee caracteres de gravedad importantes. Por ello, la institución del artículo 186 posee escasa incidencia respecto a medidas cautelares dictadas con esta finalidad.

Adicionalmente, el legislador, a través del mismo artículo 122, ha procurado acotar la duración de las medidas cautelares. Así, que un fiscal no formalice investigación a la luz del artículo 186 no posee efecto alguno, así la primera es presupuesto de las segundas. Así las cosas, dotar a la norma en estudio con un efecto limitativo es reiterar el mandato del legislador establecido en el mencionado artículo 122, y en definitiva, restarle efecto jurídico a la inobservancia del plazo de formalización, cuestión que debe desecharse desde la hermenéutica legal¹⁶.

4.4.7. Sobreseimiento definitivo

Efecto que surge de la naturaleza garantista de la facultad del artículo 186 del Código Procesal Penal, y que constituye la respuesta, a lo menos inicial, de los Tribunales de Justicia a un supuesto vacío legal ante el incumplimiento del fiscal en formalizar en el plazo judicial.

Su gran sostén jurisprudencial y doctrinario viene dado por la sentencia de la Corte Suprema con fecha 26 de julio de 2005, dictada en el rol 1883-2005 que, en votación dividida, rechaza recurso de queja deducido respecto a la sentencia de la Corte de Temuco que acogió sobreseimiento definitivo por haber expirado el plazo para formalizar una investigación por el delito de incendio.

¹⁵ Relevante en casos, como ha resuelto cierta jurisprudencia, que más allá del efecto propio de la formalización de acuerdo al artículo 233 del Código Procesal Penal, sean actos procesales anteriores los que suspendan el procedimiento conforme al artículo 96 del Código Penal.

¹⁶ Idéntica razón puede esgrimirse respecto a las medidas cautelares prejudiciales del artículo 92 N.º 1 de la Ley de Tribunales de Familia, donde el mismo legislador le ha establecido una duración a ellas y cuya finalidad es el resguardo de la víctima. Caso distinto es la medida del Art. 372 ter del Código Penal. En dicho caso, podría existir algún grado de incidencia, pero precisamente, en la práctica, su imposición es la forma por el cual el imputado se entera de la existencia de una investigación desformalizada, pudiendo instar a una formalización. En virtud de la existencia de dicha cautelar, y la afectación que le produzca a los derechos del imputado, puede bien el juez de garantía imponer un plazo para formalizar en los términos de la norma analizada.

La sentencia de 26 de julio de 2005 fundamenta su decisión en

el rescate del equilibrio de los derechos del imputado, quebrantado por una investigación desformalizada muy larga (más de tres años), sin que el Ministerio Público muestre voluntad clara de encauzar por las vías procesales normales que garantice los derechos de los intervinientes, como es su obligación legal y natural (CS, rol N° 1883-2005, 26 de julio de 2005, c. 5.º).

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, que es confirmada por la Corte Suprema, a su vez, señala que la distinción entre investigación desformalizada y formalizada no se recoge por el Código Procesal Penal y que ella propicia, por la falta de control jurisdiccional, algo no deseado por el legislador: que las investigaciones sean extensas como el caso particular en que se dictó fallo.

La decisión dividida que tuvo en su oportunidad la Corte Suprema ha sido recogida también por la Corte de Apelaciones de Concepción que, en decisión con fecha 4 de abril de 2014 en el rol 182-2014, decretó el sobreseimiento definitivo de una investigación desformalizada, por no haberse comunicado cargos en el plazo otorgado al alero del artículo 186 por aplicación analógica de la regla del inciso penúltimo del artículo 247 del Código Procesal Penal, vigente en ese momento, que ordena el sobreseimiento definitivo de la causa cuando no se ha deducido acusación transcurridos diez días desde el cierre de la investigación, señalando que dicha analogía *in bonam partem* es admitida a partir del inciso 2.º del artículo 5.º del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, gran parte de la doctrina se pronuncia en contra de esta solución normativa por la falta de formalización en el plazo judicial, ya que las causales de sobreseimiento definitivo establecidas en la ley *son numerus clausus* que, por ser de derecho estricto, no son aplicables por analogía (Salas, 2019, pp. 52-53).

En razón de ello, también existe variada jurisprudencia que ha negado la posibilidad de sobreseer definitivamente ante la inactividad del Ministerio Público en formalizar. Así lo ha resuelto, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de San Miguel (rol 1980-2014 de fecha 5 de diciembre de 2014), la Corte de Apelaciones de Concepción en su fallo rol 163-2008 (de fecha 9 de mayo de 2008) y la Corte de Apelaciones de Arica en su sentencia de fecha 14 de abril de 2008 en el rol N° 25-2008. Todos estos fallos se basan esencialmente en que no formalizar dentro del plazo del artículo 186 no es una causal de sobreseimiento establecida en la ley.

Nosotros creemos que la posibilidad de sobreseer la investigación es una finalidad deseable para resolver el nudo normativo que plantea el artículo 186. Sin embargo, sostenemos que existen ciertas normas procesales que deben respetarse previamente y que aseguren el derecho al acceso a la justicia de todos los intervinientes. Veremos posteriormente cómo resolver, normativamente, la supuesta inexistencia de consecuencias jurídicas.

4.4.8. Preclusión de respecto de la facultad de formalizar la investigación.

Por último, parte de la doctrina ha sostenido que la no formalización de la investigación en el plazo otorgado conforme al artículo 186 del Código Procesal Penal produce la preclusión de dicha facultad. Esta postura es la que adelantamos desde ya para compartir. Sin embargo, en sus formulaciones previas ha carecido de la debida atención y sus efectos jurídicos no han sido expuestos claramente.

Ella surge de la naturaleza jurídica del plazo fijado por el juez de garantía para formalizar la investigación, que corresponde, a todas luces, a un plazo judicial (Herrera (2005), p. 393; Gandulfo (2008), p. 779), al cual le resultan aplicables las normas comunes a todo procedimiento establecidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, por directo mandato del artículo 52 del Código Procesal Penal.

De lo anterior se colige que es posible su ampliación

de acuerdo a los artículos 67 y 68 del Código de Procedimiento Civil, siempre que se pida antes del vencimiento del término y que se alegue justa causa, la que será apreciada por el tribunal prudencialmente. A propósito de esto último, el tribunal nuevamente deberá valorar los aspectos que se han fijado para determinar la duración razonable de un proceso penal como el delito investigado, la actitud del imputado, etc.

Continuando con lo anterior, es plenamente aplicable también, en razón del mismo artículo 52 ya citado, lo dispuesto en el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, que establece que vencido un plazo judicial para la realización de un acto procesal, sin que este se haya practicado por la parte respectiva, el tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará evacuado dicho trámite en su rebeldía y proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, cuestión que veremos en su oportunidad. Así las cosas, declarada la rebeldía del fiscal al no formalizar investigación, se pierde la posibilidad de ejercer dicha facultad o llevar a cabo tal actuación con posterioridad (Herrera, 2005, p. 392).

Esta posibilidad deriva de la naturaleza misma del proceso, recordemos que más allá de que previo a la formalización, no haya aún intervención judicial y que, por tanto, no podamos hablar de la existencia de un proceso penal desarrollado ante un juez que garantice el debido proceso, no es menos cierto que el Ministerio Público cuya investigación es de naturaleza administrativa de acuerdo al artículo 83 de la Constitución también se encuentra obligado a respetar el debido proceso. De esta forma, la investigación que éste conduce es un procedimiento administrativo que debe respetar el debido proceso, en su caso reforzado, a través de la garantía de la investigación racional y justa de la cual es titular el imputado desde que el procedimiento se dirige en su contra, incluso administrativamente, en consonancia del

artículo 7.º del Código Procesal Penal.

La doctrina define los procedimientos administrativos como “secuencias organizadas de obtención y tratamiento de la información, bajo la responsabilidad de un ente administrativo” (Bermúdez, 2011, p. 155), y por finalidad, en el ámbito procesal, buscan que la fiscalía tome la decisión de si se debe promover la acción penal pública. Por una parte, tiene el propósito de evitar un juicio oral en caso de que exista una sospecha infundada, por la otra, la de reunir y examinar los elementos probatorios en vistas de ser presentados ante los órganos jurisdiccionales (Roxin, 2003, p. 326)¹⁷.

En el sistema chileno, el procedimiento administrativo de la investigación racional y justa que debe realizar el Ministerio Público necesariamente debe finalizar en alguno de los siguientes actos administrativos: archivo provisional, ejercicio del principio de oportunidad, cierre de investigación, presentación de facultad de no inicio de investigación, facultad de no perseverar, requerimiento simplificado o monitorio o la formalización de investigación.

Cada uno de estos actos administrativos —a excepción de la decisión de archivo provisional— es también un acto procesal cuyos efectos florecen con mayor propiedad en el proceso penal.

La investigación como proceso administrativo, por tanto, implica actos administrativos que también corresponden a actos procesales vertidos en la secuencia de un proceso penal. Todos ellos se entrelazan como una cuerda que forma un nudo gordiano, que por más que parezca imbricado, sigue fibras distintas. Así, cada acto administrativo del Ministerio Público, como la facultad del artículo 170 (principio de oportunidad), la formalización de investigación o la acusación, poseen naturaleza

¹⁷ Ferrajoli (2006, p. 570) refiere en sentido similar: “obligatoriedad de la acción penal no debe entenderse, como se ha dicho a propósito de la inderogabilidad del juicio, un irrealizable deber de proceder por el más leve u oculto delito, sino sólo la obligación de los órganos de la acusación pública de promover el juicio sobre toda noticia criminis que llegue a su conocimiento, aunque sea para pedir después el archivo o la absolución cuando consideren que el hecho es penalmente irrelevante o que no existen indicios de culpabilidad”.

de acto procesal, entendidos los actos procesales como “aquel acto o acaecimiento caracterizado por la intervención de la voluntad humana por el cual se crea, modifica o extingue alguna de las relaciones jurídicas que componen la institución procesal”, explica Colombo, citando a Jaime Guasp (Colombo, 1997, p. 57).

Tanto proceso penal como administrativo responden a una naturaleza secuencial, en que las decisiones que se tomen poseen efectos determinados. Por ello, los conceptos de cargas, posibilidades y expectativas, que son propios de relaciones procesales, lo son también de procesos administrativos y procesales. Por ello, podemos entender que la no realización de un acto procesal determinado tiene consecuencias jurídicas.

Contraria a esta posición, Marta Herrera señala que seguir con esta postura implica reconocer que el plazo para formalizar la investigación otorgado al fiscal por el juez de garantía constituiría una carga procesal, lo que para ella significa un imperativo jurídico de actuación, cuya inobservancia solo ocasionaría perjuicios a la misma parte. Estima, la misma autora, que un razonamiento así “implica trastocar la estructuración misma del sistema” (Herrera, 2005, 394), ya que la existencia de tal carga procesal considera restarle la autonomía al Ministerio Público de dirigir la investigación.

Nos parece que esta opinión está errada, ya que valora el concepto de carga procesal negativamente y desconoce la naturaleza de acto procesal de la formalización. Además, se funda en la dirección exclusiva de la investigación penal por parte del Ministerio Público, pero no hace referencia alguna a la forma en que se ejerce la acción penal, la que debe sujetarse a la ley de acuerdo con el artículo 83 inciso 1.º de la Constitución, siendo, precisamente, el artículo 186 del Código Procesal Penal de esas limitaciones a que alude la norma constitucional. Esta postura tampoco analiza otras formas de ejercer la acción penal distintas del procedimiento ordinario, las que quedan a resguardo pese a que el fiscal no formalice la investigación. Además, señalar que el Ministerio Público no se encuentra —prácticamente— sometido a

carga procesal alguna por su autonomía constitucional tampoco satisface la igualdad de armas que debe imperar en el proceso. Así las cosas, los restantes intervinientes se encontrarían en una evidente desventaja, cuestión no deseada por el sistema.

a) Carga procesal como concepto negativo

La crítica que efectúa Marta Herrera a la utilización de la rebeldía y la preclusión como consecuencia jurídica a la no formalización del fiscal se basa en un concepto de carga procesal construido desde lo imperativo del propio interés. Esto no refleja con exactitud el fenómeno procesal pues se centra desde la coacción cuando, en realidad, en la carga procesal existe una esfera de libertad donde la parte tiene la iniciativa guiada quizás por su propio interés (Calvinho, 2017, p. 137), es decir, lo relevante no es lo imperativo, sino la posibilidad de tomar la facultad en uno u otro sentido. Así, nos parece que la definición de carga procesal de Devis Echandía se condice más con la libertad de ejercicio de las facultades pues

ya no se considera la carga como un acto necesario ni como un imperativo, pues no es deber hacer, sino una simple posibilidad de obrar libremente, sin coacción ni sanción. Por ende, el resultado desfavorable de la inobservancia -término que prefiere al incumplimiento, pues éste se ciñe más a las obligaciones- no es considerado como una sanción ni siquiera económica, sino como el efecto natural de la aplicación de la norma positiva que establece la carga (Calvinho, 2017, p. 138).

Considerando lo anterior, solo nos vale cotejar si la preclusión de la facultad de formalizar se encuentra establecida en la ley con determinados efectos jurídicos. Nuestra respuesta positiva se funda en la aplicación de las normas de los artículos 186 y 52, ambos del Código de Procesal Penal, y en los artículos 67 y 78 del Código de Procedimiento Civil, como ya lo anunciamos previamente.

b) Desconoce la naturaleza de acto procesal de la formalización

No cabe duda de que, por la especial función del Ministerio Público, muchos de sus actos responden a una doble naturaleza, una intrínseca y otra extrínseca.

Intrínsecamente claramente la formalización posee la naturaleza de acto administrativo. Sin embargo, creer que solo posee esa faz es desconocer los efectos procesales penales con los que cuenta y que inicialmente se establecen en el artículo 233 del Código Procesal Penal, por ello, aparece también revestida de la calidad de acto procesal. Así, más allá de ser una actuación privativa del Ministerio Público, debe someterse a los efectos del proceso, entre los cuales está la naturaleza consecutiva que posee el proceso en sí, y la existencia de cargas procesales que regulan las expectativas de las partes en él.

c) Se funda en la dirección exclusiva de la investigación no en el ejercicio de la acción penal, que debe efectuarse conforme a ley.

De acuerdo a su definición constitucional establecida en el artículo 83, el Ministerio Público tiene por finalidad dirigir 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.

Conforme con lo reseñado por Marta Herrera, establecer como carga procesal la formalización de la investigación en el plazo del artículo 186 implicaría una intromisión de otros sujetos en la labor exclusiva de investigación de hechos punibles que le fue concedida exclusivamente al órgano persecutor (Herrera, 2005, p. 394). No obstante, no analiza la influencia del artículo 186 en la segunda de las funciones, esto es, el ejercicio de la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Es precisamente en esta función donde incide la formalización como acto procesal de gobierno que da

inicio al proceso penal, pero no de cualquier forma, sino precisamente como la ley lo prescribe, y es una limitación legal aquella establecida en el artículo 186 del código adjetivo. A veces, solemos olvidar que el constituyente quiso limitar en forma precisa el ejercicio de la acción penal de la Fiscalía, más no la exclusiva dirección de la investigación.

d) Otros procedimientos que dejan a salvo el ejercicio de la acción penal

La inobservancia del plazo para formalizar no atrofia el ejercicio de la acción penal, sino solo obstruye alguna de las formas de su ejercicio, por lo que la preclusión no afecta la exclusividad e independencia en el ejercicio de la acción penal, y queda a salvo la posibilidad de requerir en procedimiento monitorio o simplificado¹⁸, como lo veremos más adelante al momento de explicar los efectos de una rebeldía decretada, conforme al artículo 78.

e) Igualdad de armas en cuanto al inicio del proceso.

Los acusadores, tanto fiscales como particulares, sean ante un procedimiento de acción pública o privada, pueden dar inicio al proceso penal por actos procesales de gobierno, siguiendo el término utilizado por Carnelutti (1946, pp. 454-455). Así, por ejemplo, el fiscal puede dar puntapié inicial al proceso penal a través de la formalización, del requerimiento simplificado, monitorio, e incluso, en procedimiento de acción privada, la víctima puede provocar la intervención judicial a través de querrela.

La única norma que otorga un acto de gobierno similar para el imputado es el artículo 186 del Código Procesal Penal. Y si pensamos en las facultades de los intervinientes distintos del fiscal, como el querellante, puede instar a un pronunciamiento judicial, por ejemplo, querellándose y eventualmente forzando la acusación. Creemos que la defensa, perfectamente, puede instar la

¹⁸ Por eso hablamos de obstáculo, ya que en el caso en que no se formalice dentro del plazo judicialmente decretado limita la posibilidad de ejercicio de la acción penal en que se pretenda punitivamente penas superiores a presidio o reclusión menor en su grado mínimo.

intervención judicial y, sin las ataduras del artículo 250 del Código Procesal Penal, abrir un proceso penal que finalice dictando una sentencia, con efecto de cosa juzgada,

que declare la inocencia del imputado. Precisamente, creemos que el imputado tiene derecho y legitimación activa para obtener tal declaratoria.

5. La continuidad del proceso del proceso penal ante el incumplimiento de la carga de formalizar la investigación

Resuelto que es procedente entender la resolución que fija un plazo al fiscal para formalizar como la que establece una carga procesal, debemos analizar los efectos procesales del incumplimiento de ella desde el punto de vista de continuidad del proceso. Hay que recordar que el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil señala que una vez declarada la rebeldía en formalizar la investigación, en este caso por parte del fiscal, “se declarará evacuado dicho trámite en su rebeldía y se proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio”.

Como consecuencia del mandato legal de la norma transcrita, el juez de garantía debe tener por evacuado el trámite, es decir, por realizado, lo que a nuestro juicio implica dictar un decreto que tenga por formalizada la investigación. Lo anterior nace de la tramitación normal de una audiencia de formalización, en la que una vez comunicados cargos por parte del persecutor, se dicta resolución que tiene por formalizada la investigación, tras lo cual la defensa, precisamente continuando con su

finalidad de cautelar la extensión temporal razonable del proceso, bien puede solicitar un plazo judicial para el cierre de investigación, o bien acogerse al plazo de investigación legal de dos años, dotando de sustento y materialidad a la garantía del juzgamiento en plazo razonable.

Si bien es cierto que tener por formalizada la investigación en rebeldía, como lo propone el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, habilitaría al fiscal para pedir medidas cautelares, aquello no podría prosperar, ya que nunca existiría un delito formalizado —en los términos del artículo 140 letra a) del Código Procesal Penal— sobre el cual una resolución que las decrete pudiera sostenerse, por lo que esta solución no produce riesgo alguno respecto a los derechos de quien se encuentra investigado y ha solicitado que el persecutor se pronuncie sobre la investigación sin obtener resultado alguno¹⁹. No obstante, en este estadio procesal aún existe una imputación penal que pone en entredicho el estado de inocencia del imputado, por lo menos para el Ministerio Público, lo que no es menor.

6. El apercibimiento de cierre y las decisiones del fiscal

Bajo el modelo normativo propuesto, vencido el plazo judicial solicitado conforme al artículo 234 del Código Procesal Penal o el plazo legal investigación, se podrá solicitar el apercibimiento del fiscal para que declare

cerrada la investigación. Respecto de las posibles actitudes que tome el fiscal en la audiencia de cierre de investigación, perfectamente es aplicable lo dispuesto en el artículo 247 y, por regla general, el fiscal deberá

¹⁹ Obviamente, este razonamiento no es aplicable al catálogo de medidas cautelares que los jueces de garantía pueden decretar sin formalización de la investigación como las del artículo 372 ter del Código Penal o del artículo 92 N.º 1 de la Ley de Tribunales de Familia.

declarar cerrada la investigación.

En el plazo de diez días con posterioridad al cierre, el Ministerio Público podrá solicitar el sobreseimiento definitivo, formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien ella se hubiere formalizado, o comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

Que un fiscal requiera el sobreseimiento definitivo no es problemático para quien solicitó la rebeldía del persecutor en formalizar la investigación, es más, es deseable considerando su negativa a comunicar cargos. Sin embargo, la posibilidad de comunicar la facultad de no perseverar o de formular acusación, merecen un mayor análisis.

6.1. Facultad de no perseverar en la investigación

Podría darse la situación de que una vez cerrada la investigación, el fiscal no persevera en la investigación, lo que eventualmente provocaría que el Ministerio Público pudiese con nuevos antecedentes abrir una nueva investigación y formalizarla —a pesar de haber ejercido la facultad del artículo 248, letra c)—, evadiendo con ello la consecuencia procesal de no haber observado el plazo judicial del artículo 186 que haya decretado en su oportunidad el juez de garantía²⁰. En este caso, como dice Gandulfo, la protección del control judicial previo a la formalización se transformaría en un paraguas lleno de agujeros (Gandulfo, 2008, p. 794).

Ahora bien, si con posterioridad al cierre de la investigación se ha ejercido la facultad de no perseverar, ello no obsta a que la defensa solicite el sobreseimiento definitivo por no presentarse la acusación en el plazo

establecido en el artículo 248 del Código Procesal Penal. Si analizamos los efectos de la comunicación de no perseverar, esto implica dejar sin efecto la formalización, las medidas cautelares y la suspensión del plazo de prescripción por la formalización de la investigación. Sin embargo, no se menciona efecto alguno sobre el cierre de investigación, el que se practicó y se mantiene incólume como acto administrativo porque la investigación se agotó en sus diligencias necesarias. Así las cosas, la comunicación de la facultad de no perseverar deja sin efecto alguno las resoluciones judiciales dictadas por la formalización, pero el ejercicio de la facultad de no perseverar no puede “hacer desaparecer” el acto administrativo del cierre de investigación. Tanto es así, que se ha sostenido que la declaración de cierre de investigación es privativa del Ministerio Público, y puede darse incluso en una investigación desformalizada, donde no se ha siquiera suspendido la prescripción por una formalización (Oficio FN N° 060-2014, p. 74), lo que demuestra la independencia entre cierre de investigación y la comunicación de cargos.

Por lo tanto, comunicado el cierre y expirado el plazo legal de diez días sin presentar acusación, perfectamente puede solicitarse el sobreseimiento definitivo, incluso si se ha comunicado la facultad del artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal. En ese sentido, nos parece que la facultad de no perseverar tiene como finalidad principal resguardar la responsabilidad funcionaria del fiscal del caso y evitar la responsabilidad del Ministerio Público contenida en el artículo 5.º de su ley orgánica. De hecho, si revisamos los requisitos de mérito de las decisiones de cierre de investigación y de la facultad de no perseverar la investigación, corresponden a distintos estándares investigativos respecto a los antecedentes recabados en la investigación²¹, por ello, limitan la discrecionalidad del persecutor para dictar esos actos, no teniendo las resoluciones que de estas comunicaciones emiten los tribunales consecuencias procesales penales, como lo

²⁰ Excede a esta investigación las eventuales acciones del Ministerio Público a posteriori de comunicar la facultad de no perseverar, y las estrategias que la defensa puede desplegar en caso de que la investigación se intente reanudar por parte del Ministerio Público.

²¹ Que se hayan realizado las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y la determinación de sus partícipes, y tener antecedentes suficientes para fundar acusación, en su caso.

ha señalado la doctrina y jurisprudencia, ya que no ponen término al proceso penal (Orellana, 2009, p.74)²². Por ello, la posibilidad de decretar el sobreseimiento definitivo por falta de acusación, nos parece la vía idónea para poner término al proceso en este caso²³.

6.2. Acusación

Por último, queda por resolver el caso en que el fiscal, ante el cierre de la investigación que se tuvo por formalizada, por considerar que existen antecedentes serios, decide acusar por un hecho respecto al cual se le ha declarado rebelde de formalizar en el pasado. Si bien este supuesto *in extremis* es altamente improbable, la práctica ha demostrado que la autonomía del Ministerio Público y la carencia de controles sobre sus actuaciones autónomas de investigación y ejercicio de la acción penal, nos llevan necesariamente a plantearnos este escenario.

En este caso, creemos que la acusación será válida y admisible, no siendo aplicable la excepción del artículo 264 respecto a la falta de autorización para proceder criminalmente cuando la Constitución o la ley lo exigieren, ya que nos parece que aquella excepción se encuentra establecida a propósito de los acusadores particulares y al control de su eventual legitimación activa, y no al Ministerio Público²⁴.

Sostenemos que es en la audiencia de preparación de juicio oral donde los efectos de la falta de formalización deben plasmarse. A mayor abundamiento, la acusación presentada por el fiscal perfectamente puede contener la relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y la calificación jurídica de acuerdo al artículo 259 letra b) del Código Procesal Penal. Así las cosas, la defensa deberá

solicitar que dicha acusación se corrija en los términos del artículo 263 letra a) del mismo cuerpo legal, para que se elimine su capítulo de hechos acusados, por infringirse lo dispuesto al inciso final del artículo 259, ya que ellos solo pueden referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, de la cual el Ministerio Público fue declarado rebelde.

Acogido lo anterior, el persecutor no podrá corregir los vicios, en cuyo caso se expone a infracción de deberes funcionarios y al sobreseimiento de la causa, o arriesgarse a un juicio oral, donde no existirá imputación fáctica alguna (al no haberse formalizado la investigación), y consecuentemente, a un juicio oral sin imputación que genere una absolución segura al no existir un hecho acusado. Lo anterior también sería aplicable en el caso de que una víctima querellante obtuviera la posibilidad de forzar acusación conforme al artículo 248 del Código Procesal Penal, sin que el Ministerio Público hubiera efectuado formalización, en el caso de que se le considerare como legitimado activo de la facultad del artículo 186. Por esta razón señalábamos previamente que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que reconocía como legitimado activo de esta norma a la víctima no produciría mayor efecto, ya que igualmente al corregirse formalmente la acusación forzada de este tampoco contemplaría el capítulo hechos.

Solamente bajo este razonamiento secuencial y basado en la aplicación de las normas legales, podrá dotarse de efecto a la inobservancia del fiscal en formalizar investigación, resguardando especialmente los principios de acceso a la justicia e inexcusabilidad para, finalmente, obtener una resolución de sobreseimiento definitivo o sentencia definitiva que posea efectos de cosa juzgada.

²² Al no ser apelables, por no poner término al procedimiento conforme al artículo 370 del Código Procesal Penal.

²³ No parecen ser idóneos los sobreseimientos definitivos de las letras a) y b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, ya que en el primero no hay un hecho investigado que haya sido formalizado (solo una formalización en rebeldía que tiene por fin dar curso al procedimiento), mientras que en el segundo la exigencia legal de “que aparezca claramente establecida la inocencia” aparece sustancialmente más exigente que la fórmula del artículo 248 c).

²⁴ En general, la doctrina no ha sido pródiga con las referencias a esta excepción. Su ejercicio correspondía habitualmente en el caso de que se acusara a menores de edad declarados sin que se hubiera satisfecho el trámite de discernimiento previo a la vigencia de la Ley 20.084, o a los casos en que no se cumplía con requisitos de procesabilidad de ciertos delitos, v.gr el maltrato habitual, antes de la promulgación de la Ley 21.389 (ICA Concepción rol penal 1.115-2018 de 11 de mayo de 2018).

7. Excurso: el procedimiento simplificado

Anteriormente señalamos que el requerimiento en procedimiento simplificado se relaciona en forma distinta con el artículo 186 del Código Procesal Penal, por algo evidente, ya que la facultad del artículo 186 debe su regulación a propósito del procedimiento ordinario y, si bien es cierto, podría tener aplicación supletoria, este procedimiento aparece caracterizado por su brevedad y simpleza en razón del artículo 389. Atendido lo anterior, su aplicación supletoria no sería posible. No debemos perder de vista que el artículo 186 garantiza, fundamentalmente, el derecho a un proceso tramitado en un plazo razonable, derecho que no aparece mayormente afectado en caso de que el fiscal adopte una tramitación simplificada a su imputación penal.

Previamente, a propósito de fundamentar la legalidad de tener plazo para formalizar investigación, señalábamos que aquello no impedía el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ya que no inhabilita la opción fiscal de requerir en procedimiento simplificado. De esta forma, nos enfrentamos al supuesto de que el fiscal es declarado rebelde por no haber formalizado investigación y el tribunal tiene por evacuado dicho trámite en los términos del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil.

¿Es posible que el Ministerio Público, a pesar de aquella resolución que tuvo por evacuada la formalización, requiera en procedimiento simplificado? A nuestro juicio, aquello es perfectamente admisible.

Recordemos que la rebeldía del fiscal en formalizar investigación da paso a que ella se tenga por formalizada,

ya que debe procurarse la prosecución del proceso. Por lo tanto, el Ministerio Público, cerrada la investigación, no solo podrá ejercer las facultades contenidas en el artículo 248, sino que también, hasta la deducción de la acusación, podrá dejar sin efecto la formalización de la investigación que ya hubiere realizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 230 y requerir en procedimiento simplificado (artículo 390 inciso 1.º, parte final del Código Procesal Penal).

Si bien la formalización propiamente tal no se ha realizado conforme al artículo 230 del mismo cuerpo legal, no es menos cierto que ella se ha tenido por efectuada en rebeldía, por lo tanto, perfectamente puede ser dejada sin efecto. Aquello no afectaría en forma alguna las garantías del imputado, ya que la posibilidad de dejar sin efecto la formalización también permite modificar los hechos que, en regla general, inicialmente haya comunicado en la formalización, o incluir otros distintos que no se hayan incluidos en una formalización preliminar que quedó sin efecto.

En virtud del mismo artículo 390, al dejarse sin efecto la formalización de la investigación, el acusador fiscal perfectamente podría requerir sobre un hecho distinto de aquel formalizado y, por ello, también podría requerir sobre un hecho que, en su oportunidad, se negó a formalizar, quedando siempre a salvo el ejercicio exclusivo de la acción penal pública que, en respeto del ejercicio del artículo 186 del Código Procesal Penal, debe sujetarse a un plazo razonable, lo que se condice con la elección del persecutor de requerir simplificada.

8. Conclusiones

Una interpretación teleológica del artículo 186 del Código Procesal Penal, destinado al resguardo de la garantía del plazo razonable, necesariamente implica visualizar esta norma como una limitación del Ministerio Público en la utilización de investigaciones administrativas temporalmente extensas que deriven en formalizaciones alejadas temporalmente de los hechos investigados, que podrían mermar la calidad de los antecedentes recopilados en una investigación y la calidad de la prueba a rendirse en juicio oral, pero, sobre todo, alterar los derechos de un imputado, quien se encuentra sometido a un cuestionamiento sobre su inocencia que no puede eternizarse, por ser ello incompatible con la dignidad humana y los tratados internacionales ratificados por Chile que recogen la garantía del plazo razonable.

Podemos señalar que la interpretación que esta norma ha recibido de la doctrina muchas veces le resta efectos prácticos como un adecuado método de control de la actividad investigativa del Ministerio Público, el que sin lugar a dudas fue el objetivo inicial del legislador al momento de incluirla en el Código Procesal Penal. Interpretaciones que le resten todo efecto es mermar en

demasia las garantías de los ciudadanos, tan dañadas con las últimas reformas procesales penales.

Nos parece que nuestra propuesta de que vencido el plazo para que el fiscal formalice, la declaración de rebeldía de aquel acto procesal y, consecuentemente, la modificación del acápite de los hechos de la acusación eventualmente presentada, que los elimina, dota adecuadamente de sentido a la norma en análisis y permite que las decisiones tomadas durante el curso de una investigación penal tengan efecto y sentido en el proceso judicial, que no puede estar desprovisto de cargas para ningún interviniente, independientemente de su jerarquía constitucional.

Finalmente, nos parece que también responde al legítimo interés de los justiciables de que los asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales penales finalicen con resoluciones judiciales que posean el efecto de cosa juzgada, desde que es un derecho obtener un pronunciamiento judicial de carácter definitivo, que es concordante con la dignidad humana.

Referencias

- Bermudez Soto, J. (2011). *Derecho administrativo general* (2.º ed.) Santiago: Legal Publishing Chile.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 19.696. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6631/>.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 19.856. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6695/>.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: Historia de la Ley N° 21.160. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7677/>.
- Carnelutti, F. (1946). *El proceso penal*. Bogotá: Leyer.
- Calvinho, G.A. (2017). La carga procesal y el dinamismo de la norma procedimental. *VOX JURIS*, 34 (2), 133-143, <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1079/861>

- Colombo Campbell, J. (1997). *Los actos procesales. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Duce, M. y Riego, C. (2007). *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (8.º ed) (trads. P.A. Ibáñez, A. Ruiz, J.C. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero). Madrid: Editorial Trotta.
- Gandulfo, E. (2008). El plazo judicial para formalizar y el mecanismo normativo de la sobreprotección. En L. Rodríguez, (Coord.). *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta* (pp. 771-802). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Herrera Seguel, M. (2005). Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (26), 385-405.
- Horwitz Lennon, M.I. y López Masle, J. (2004). *Derecho procesal penal chileno. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Maturana Miquel, C. y Montero López, R. (2010). *Derecho procesal penal*. Santiago: Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile.
- Nash, C. y Núñez, C. (2015). Derechos humanos y juicio penal en Chile. *Estudios y Capacitación. Defensoría Penal Pública*, (9).
- Oficio Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile N° 060/2014. Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal. http://www.fiscaliadechile.cl/comisionjuridica/docu/inst/of_60.pdf.
- Orellana Solari, N. (2009). Comentarios sobre la procedencia de comunicar decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del Código Procesal Penal Chileno. *ARS BONI ET AEQUI*, (5), 59-81 <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/171/154>.
- Pastor, D.R. (2002). El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Una investigación acerca de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Piedrabuena Richard, G. (2010). Control judicial anterior a la formalización de la investigación (Artículo 186 del Código Procesal Penal [C.P.P.]). *Revista de Derecho* (23), 9-38.
- Ried Undurraga, I. (2017). La formalización de la investigación como ejercicio de una carga procesal estratégica del Ministerio Público en el Proceso Penal. *Revista de Justicia Penal* (7), 87-114.
- Riego, C. (2011). El proceso penal y los derechos humanos. En M. Verdugo (Dir.) y D. Hernández (Subdir.). *Doctrinas Esenciales Gaceta Jurídica. Tomo II* (pp. 513-535). Santiago: Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile.
- Roxin, C. (2003). *Derecho Procesal Penal* (Trad. G. Córdoba y D.R. Pastor). Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- Salas Astrain, J. (2019). *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales* (3.ª Ed.). Santiago, Chile: Editorial Librotecnia.
- Soto Kloss, E. (2012). *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (3.ª Ed.). Santiago: Legal Publishing Chile).
- Yussef Sotomayor, G. (2018). *La prescripción penal* (3.º ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Referencias

- Corte Suprema, rol: 1883-2005, 26 julio 2005.
Corte de Apelaciones de Arica, rol 25-2008, 14 abril 2008.
Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 163-2008, 9 mayo 2008.
Tribunal Constitucional, rol 1489-09, 5 octubre 2009.
Corte Suprema, rol: 4001-2010, 24 agosto 2010.
Corte Suprema, rol: 5081-2010, 5 de octubre 2010.
Tribunal Constitucional, rol 2510-13, 7 enero 2014.
Corte de Apelaciones de Concepción, rol 182-2014, 4 abril 2014.
Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1980-2014, 5 diciembre 2014.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1457-2019, 2 julio 2019.
Corte Suprema, rol: 19087-2019, 10 julio 2019.

**Francisco
Plass
Montalva**

fplass@gnpcanales.cl

**María Dolores
Ugarte Pérez**

loliugarte@gmail.com

Sobre la procedencia de requerir la vacunación en el ámbito laboral: facultades de empleador y derechos de los trabajadores. Análisis de la jurisprudencia relevante en Reino Unido, España y Canadá

En el contexto de la pandemia de Covid-19 que ha afectado al mundo desde principios del año 2020, transcurrido más de un año desde que se creó y comenzó a distribuirse la vacuna contra el Covid-19 en distintos países y habiéndose debatido en mayor o menor medida sobre la legitimidad de imponer obligatoriamente la vacunación, consideramos interesante revisar qué ha ocurrido en el ámbito laboral. Específicamente, ¿qué pasó a nivel judicial en los casos en que el empleador obligó a sus trabajadores a vacunarse contra el Covid-19?

Como es sabido, en Chile al igual que en la mayoría de los países¹ no se impuso a los ciudadanos la obligación de vacunarse contra el Covid-19, sino que incentivó fuertemente la vacunación a través de campañas de información y de la implementación del “pase de movilidad”, instrumento que implica la obligación de vacunarse para poder realizar ciertas actividades de tipo social o recreativo. La libertad de vacunación se fundamenta en los derechos humanos de integridad física y psíquica, vida privada y libertad de conciencia, reconocidos por nuestra Constitución Política de la República (art. 19 núms. 1, 4 y 6 respectivamente).

No obstante lo anterior, a nivel de empleadores se planteó y se debatió si éstos podían, en general, o en ciertos casos, obligar a sus trabajadores a vacunarse para prestar sus servicios, lo que resulta muy delicado porque el trabajo remunerado no es una actividad optativa sino una herramienta de subsistencia y la libertad de trabajo es igualmente un derecho humano reconocido por la Constitución Política de la República (art. 19 núm. 16). Si bien podría parecer inconcebible la idea de que el empleador pudiera imponer una obligación de este tipo a sus empleados en un país en que la vacuna no es obligatoria, lo cierto es que también existen otros derechos humanos en juego, también reconocidos por la Constitución Política de la República, como el derecho a la vida y a la salud (art. 19 núms. 1 y 9 respectivamente). Además, pesa sobre el empleador una exigente obligación de protección a los trabajadores: el art. 184 del Código del Trabajo, que establece que el empleador está obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores. Y pesa sobre la empresa principal una obligación de protección también muy exigente establecida en el art. 183-E del Código del Trabajo, con

¹ En algunos países —los menos— la vacunación contra el Covid-19 se ha hecho obligatoria para ciertos grupos de trabajadores, o bien para ciertos grupos etarios. Así pues, en Austria es obligatoria para toda la población adulta, mientras que en Ecuador para toda la población mayor de 5 años y en Indonesia para todos los adultos. El Vaticano impuso la obligación de vacunarse a todos sus trabajadores; Italia la impuso a los profesionales sanitarios, a los profesores y al personal administrativo de las escuelas, a los militares, a la policía y a los socorristas. Francia exige la vacunación a los profesionales sanitarios y asistenciales, los bomberos y las personas que trabajen como conductores; Reino Unido impone la vacunación obligatoria para los sanitarios y los trabajadores sociales. Grecia impuso la vacunación a las personas mayores de 60 y a los sanitarios que trabajen tanto en centros públicos como en privados. En Hungría, la vacunación es obligatoria para el personal sanitario, los profesores de las escuelas públicas y las personas que trabajan en instituciones estatales. En Nueva Zelanda es obligatoria para los trabajadores sanitarios, de las residencias de ancianos, centros penitenciarios y del control de fronteras.

relación a todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia. Así pues, tanto a nivel general como a nivel de los empleadores, se da por cierto una compleja colisión de derechos.

En los hechos y siguiendo la línea del gobierno, hasta donde sabemos los empleadores en Chile no han obligado —al menos formalmente— a sus trabajadores a vacunarse contra el Covid-19, aunque sí han aplicado también medidas de incentivo más o menos potentes, como la obligación de someterse periódicamente a test PCR para los trabajadores no vacunados como condición para poder trabajar. En la época más álgida de la pandemia, resultó un desafío no menor para los empleadores mantener la continuidad de las operaciones con personas no vacunadas entre sus trabajadores, ya sea porque en muchos casos los compañeros de trabajo y/o clientes reclamaban que, por su propia seguridad, los empleadores debían exigir la vacuna, o porque los trabajadores no vacunados eran una mayor fuente de contagio y significaban mayores casos de Covid-19 al interior de las faenas o servicios, con las consecuentes dificultades logísticas. El grado de dificultad ha sido variable según el tipo de bienes o servicios que provee la empresa y si el trabajo se puede realizar remotamente o no, entre otros factores. Por ejemplo, la dificultad fue mayor en los rubros relacionados con actividades esenciales como abas-

tecimiento de agua potable, recolección y transporte de basura, tratamiento de riles, extracción de aguas servidas, por mencionar algunos casos. De hecho, conocemos casos en que trabajadores de estos rubros se sintieron presionados por sus empleadores a vacunarse —por instrucciones informales recibidas de mandos medios— y llegaron a demandarlos, llegando a acuerdos indemnizatorios en favor de dichos trabajadores antes de seguir adelante con el juicio. Así pues, no encontramos en Chile casos judiciales referidos a esta materia que hubieran terminado en sentencia.

No obstante lo observado en Chile, quisimos revisar lo que había ocurrido a nivel judicial laboral en otros países y hallamos cinco sentencias referidas, más o menos directamente, a la obligación de vacunarse contra el Covid-19 impuesta por el empleador a sus trabajadores o a políticas de vacunación que incentivan fuertemente dicha vacunación. Cuatro de ellas fueron dictadas por tribunales anglosajones (Reino Unido y Canadá) y la otra fue dictada por un tribunal español. No encontramos fallos latinoamericanos que se pronunciaran sobre este asunto. Resulta muy interesante darse cuenta de que en todos estos casos se aplicaron criterios que de una manera u otra nuestro están contemplados en el ordenamiento jurídico chileno. En el presente artículo profundizaremos en estos cinco casos y en dichos criterios.

1. Las sentencias: Reino Unido, España y Canadá

De las cinco sentencias, dos se refieren al despido de trabajadoras por haberse negado a recibir la vacuna contra el Covid-19, ambas cuidadoras de personas vulnerables en residencias. Solo uno de estos fallos (Allette versus Scarsdale Grange Nursing Home Ltd., Reino Unido, en adelante “Allette vs. Scarsdale”), que se pronuncia sobre un caso ocurrido en circunstancias francamente extremas, declara justo el despido. El otro (Amelia contra FOGASA, Ministerio Fiscal, Fundación

Aliados por la Integración y Grupo Norte, España; en adelante: “Amelia contra FOGASA”) anula un despido realizado formalmente por una supuesta mala conducta de la trabajadora, concluyendo que la causal real fue la negativa a vacunarse, lo que resulta vulneratorio del derecho de la trabajadora a su integridad física. Las otras tres sentencias —dictadas por tres árbitros en Canadá— se refieren a políticas de vacunación de empresas.

2. Los criterios: derechos fundamentales, creencias religiosas, circunstancias particulares, vida y salud de las personas y cláusula contractual relativa a vacunas

A continuación nos detenemos en los principales los criterios y conceptos contenidos en las sentencias revisadas en relación con la posibilidad que tiene el empleador de exigir legítimamente la vacunación contra el Covid-19 a sus trabajadores

2.1. La obligación de vacunarse contra el Covid-19 impuesta por el empleador, aun en circunstancias excepcionales, interfiere con los derechos fundamentales de los trabajadores

En *Allette vs. Scarsdale* (sentencia del 10 de enero de 2022), un juez laboral de Bright (Reino Unido) se pronunció sobre el despido de una trabajadora de un hogar de atención residencial para ancianos con demencia (en adelante, “el Hogar”) efectuado sumariamente en febrero de 2021 por falta grave de conducta, fundado en el hecho de no haber seguido la trabajadora la instrucción gerencial razonable de vacunarse contra el Covid-19. El juez desestimó la demanda de despido injustificado por motivos que comentaremos más adelante, pero resulta sumamente significativo que lo hizo sin perjuicio de expresar que la instrucción de vacunación obligatoria del empleador sí comprometió el derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos

Humanos y de las Libertades Fundamentales², al interferir, efectivamente, con la integridad física de sus empleados y que el despido de la empleada constituyó una injerencia en sus derechos del artículo 8, pero esa injerencia fue necesaria y proporcionada³, por lo siguiente:

a) La instrucción en este caso respondió a una necesidad social apremiante, dado que el empleador tenía el objetivo legítimo clave de proteger la salud y la seguridad de los residentes —personas que se encontraban entre las más vulnerables a enfermedades graves y muerte por Covid-19—, el personal y los visitantes del Hogar (consideración transversal del fallo, sobre la que volveremos en el § 2.4).

b) En este caso el empleador tenía un segundo objetivo legítimo relacionado con la cobertura de su seguro de responsabilidad civil. El empleador se había enterado de que su aseguradora no ofrecería un seguro de responsabilidad civil que cubriera los riesgos relacionados con esa enfermedad después de marzo de 2021. Temiendo una eventual demanda de responsabilidad si se determinaba que el personal no vacunado había transmitido el virus a los residentes o visitantes, en enero de 2021 el empleador exigió a todos sus empleados vacunarse. Nos parece interesante que el

² Más conocido como la “Convención Europea de Derechos Humanos”, adoptado por el Consejo de Europa (organización de la que el Reino Unido es parte) en 1950, que entró en vigor en 1953.

³ Se debe precisar que el juez se pronunció sobre esta norma dado que se le requirió especialmente que hiciera efectiva la legislación de manera que fuera, en lo posible, compatible con los derechos de la Convención, no obstante estimar, en primer término, que no es una norma aplicable al caso porque se refiere a la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho al respeto a la vida privada y familiar y el empleador no tenía esta calidad. La norma señala, entre otros, que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, y que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

juez haya validado este interés del empleador.

c) Un miembro del personal no vacunado supondría una interferencia significativa e injustificada de los derechos del artículo 8 de los residentes, otros miembros del personal y visitantes.

d) El riesgo que se intentaba mitigar con la instrucción de vacunación, no se podía mitigar de otra forma: no todos los residentes podían ser vacunados; la vacuna no era 100% efectiva; podían acudir al Hogar visitantes no vacunados; y no era una opción dar a la trabajadora un permiso para no trabajar, dado que en ese momento había en el Hogar escasez de trabajadores porque varios estaban aislados por haberse infectado con Covid-19.

e) En ese momento, a un año de haber comenzado la pandemia en el Reino Unido, acababa de comenzar un tercer confinamiento nacional, hubo informes de enfermedades y muertes generalizadas y un brote extenso y fatal en el Hogar, la situación nacional se movía rápidamente y había que tomar decisiones difíciles (circunstancias del momento y del empleador sobre las que volveremos en el punto § 2.3).

En *Amelia contra FOGASA* (sentencia del 8 de octubre de 2021), un juez laboral de Bilbao (España) se pronunció sobre el despido de una trabajadora que prestaba servicios como cuidadora en una residencia de atención a personas dependientes (en adelante, “el Centro”), efectuado en junio de 2021, siendo la causal invocada en la carta de despido el supuesto hecho de haber insultado a una residente joven y gran dependiente, llamándola “gilipollas” mientras la preparaba para dormir. Como hemos adelantado, el juez en este caso concluyó que la causal real del despido fue la negativa de la trabajadora a vacunarse contra el Covid-19, lo que consideró vulneratorio del derecho de la trabajadora a su integridad física.

En este caso, el juez consideró que se configuraba un panorama indiciario de lesión de derechos fundamentales (“doctrina de la prueba de indicios”), considerando los siguientes hechos probados en el juicio:

a) En enero de 2021 la responsable sanitaria del Centro manifestó por correo electrónico a todo el personal que “sería muy importante que nos vacunáremos todas y desde prevención de riesgos, Osakidetza y Diputación así nos lo han hecho saber. Estamos cuidando un grupo de personas muy vulnerables”. La trabajadora respondió inmediatamente que no tenía intención de vacunarse, manifestó que le daba miedo y “tengo 20 años y una vida muy sana por delante”. La responsable sanitaria del Centro insistió en que “trabajando con dependientes, es lo que toca por responsabilidad”.

b) De las cuarenta y tres personas que prestaban servicios en el Centro, tres se negaron a recibir la vacuna y solo una de éstas abandonó el trabajo por decisión propia, acabando cesadas las otras dos. Una de éstas vio no renovado su contrato de trabajo temporal un mes después de su negativa a vacunarse —en circunstancias que llevaba prestando servicios por casi 2 años en virtud de tres contrataciones temporales continuas—, y la otra es la demandante.

c) Desde febrero de 2021 se hicieron seis contrataciones para sustituir a trabajadores de baja y a todos se les preguntó en la entrevista sobre su disposición a recibir la vacuna. Cinco de ellas aceptaron ser vacunadas y siguieron prestando servicios, mientras que la única que se negó prestó servicios por 3 meses, rechazando después la continuidad del contrato por motivos personales.

Por otra parte, el juez consideró en este caso que el Centro presentó hechos insuficientes como fundamento del despido, que no cumplían con la gravedad exigida por la ley. El relato presentado por las testigos del hecho coincide en descartar haberle oído a la trabajadora proferir el insulto a la residente dependiente y en describir que la trabajadora le estaba poniendo la ropa en forma brusca. Así pues, el juez expresó en el fallo que este evento no tuvo la entidad suficiente como para neutralizar el panorama indiciario presentado por la trabajadora, ya que no suscitó una reacción inmediata por parte de las compañeras de trabajo que estaban presentes, más allá de un llamado de atención verbal; ellas no evitaron que la

trabajadora siguiera atendiendo a la persona dependiente. El juez señaló asimismo que este evento podría haber suscitado una reacción por parte de la empresa, pero en ningún caso de la severidad del despido disciplinario, resultando el exceso suficientemente relevante como para considerar que la decisión extintiva realmente no tuvo como fundamento dicho evento. Excluida la causa incorporada en la carta de despido, el juez estimó que era obligado concluir que la verdadera causa del despido fue un factor que individualizó y separó a la trabajadora del resto de sus compañeros: la negativa a vacunarse. Siendo así, el juez concluyó que el despido debía considerarse lesivo del derecho de la trabajadora a su integridad física, lo que conduce a su nulidad.

Si bien se trata de una declaración que por cierto es contundente, en *Amelia contra FOGASA* el fallo no ahonda en otros elementos del despido por la negativa a vacunarse, ya que no fue éste exactamente el asunto debatido en el juicio.

En fin, el considerar la imposición de vacunación por parte del empleador como una medida invasiva de los derechos fundamentales de los trabajadores, incluso en el caso en que se declaró una medida razonable, es un criterio que nos parece del todo afín a los derechos fundamentales y principios de nuestro ordenamiento jurídico chileno. Los principales derechos y principios señalados en este punto, puestos en la balanza en ambos casos a la hora de juzgarlos, están en contemplados en dicho ordenamiento: derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad física y principio de proporcionalidad.

2.2. Las creencias religiosas se consideran motivo válido para negarse a recibir la vacuna contra el Covid-19, aun en circunstancias excepcionales. Sin embargo, las preferencias personales o creencias singulares no equivalen a creencias religiosas

En *Allette vs. Scarsdale*, la trabajadora manifestó su resistencia a recibir la vacuna en una extensa conversación con su empleador, expresando que no confiaba en que la vacuna fuera segura, ya que se había entregado

rápidamente sin haberla probado adecuadamente; que ella y su hijo habían leído en Internet historias sobre que la vacuna no era segura y que el gobierno mentía sobre su seguridad; que la vacuna era una conspiración y que nadie podía garantizarle su seguridad, entre otras cosas similares. En esta conversación, la trabajadora no mencionó motivos religiosos para negarse a recibir la vacuna. Dos semanas más tarde, en una audiencia disciplinaria con el empleador, afirmó que era rastafari practicante y que sus creencias religiosas le impedían tomar medicamentos “no naturales”. En la sentencia, el juez consideró que las creencias religiosas de la trabajadora no fueron parte de su razón para rechazar la vacuna, pues si lo hubieran sido las habría mencionado en la primera y extensa conversación en que explicó los motivos de su resistencia. Por otra parte, la trabajadora en el transcurso del juicio afirmó repetidamente que había mencionado su religión durante aquella conversación, antes de finalmente admitir que no lo había hecho, lo que dejó de manifiesto una mala fe al aludir a esta motivación. El juez concluyó que la razón principal para rechazar la vacuna fue que no creía que fuera segura, pero no presentó ninguna información autorizada que justificara su creencia, y en el contexto descrito, la negativa por esa razón no fue razonable.

Por otra parte, el juez en este caso determinó que el empleador no creyó que la negativa de la trabajadora se debiera realmente a motivos religiosos, que genuinamente creyó que la trabajadora estaba siendo deshonesto cuando planteó la religión como un motivo y que consideró que su negativa representaba un riesgo irrazonable para la salud y la seguridad de los residentes, el personal y los visitantes del Hogar. El juez en la sentencia afirmó que en las circunstancias del momento, fue razonable que el empleador considerara que sentirse simplemente escéptica respecto de la vacuna contra el Covid-19 no era excusa suficiente para negarse a recibirla.

En el caso *United Food and Commercial Workers Union, Canadá Local 333 versus Paragon Protection Ltd.* (en adelante, “*UFCW vs. Paragon Security*”), el árbitro F. R. Von Veh de la Provincia de Ontario (Canadá) rechazó un recurso de queja interpuesto por la *United Food*

and Commercial Workers Union (“la UFCW”) en contra de la política de vacunación contra el Covid-19 dictada por Paragon Protection Ltd. (“Paragon” y “la Política de Vacunación de Paragon” o “la Política”), declarando que dicha política era razonable y desestimando, en consecuencia, la petición de rescindirla inmediatamente. Fue clave la existencia de una Política de Exención de Vacunación COVID-19 dentro de la Política, la cual el árbitro consideró razonable, exigible y que cumple con el Código de Derechos Humanos de Ontario.

La Política de Vacunación de Paragon —empresa de seguridad cuyos empleados realizan todo su trabajo en instalaciones de terceros— establecía que todo el personal debía estar completamente vacunado antes del 31 de octubre de 2021. En la comunicación en que la Compañía informó sobre dicha política, señaló que esperaba que los trabajadores se tomaran esta obligación muy en serio, que se les enviaría un formulario para que declararan su estado de vacunación y que harían un seguimiento con cualquiera que no lo completara y, por último, que aunque se esperaba que no fuera necesario, habría graves consecuencias para cualquiera que no hubiera cumplido con los requisitos de la política. La Política incluía un capítulo titulado “Exenciones” que señalaba que la Compañía considerará caso por caso las solicitudes de exenciones del personal y que contemplaba, entre otras, las solicitudes de exención por credo o religión, señalando que la Compañía se reserva el derecho de realizar las consultas apropiadas para verificar la autenticidad de una exención de este tipo. La Política advertía que para continuar protegiendo la salud y la seguridad de la comunidad a la vez que cumplir con los requisitos de derechos humanos, los trabajadores con una exención aprobada —de cualquier tipo— podrían ser recolocados en un lugar y puesto de trabajo diferente (a la tasa de pago vigente para ese lugar y puesto), podrían ser objeto de mayores exigencias de pruebas de Covid-19 e incluso se les podría solicitar que tomaran un permiso sin goce de sueldo, todo lo anterior a entera discreción de la Compañía y según las circunstancias.

El árbitro consideró en su decisión, que la Comisión

de Derechos Humanos de Ontario había declarado que si bien recibir la vacuna contra el COVID-19 seguía siendo voluntario, exigir la vacunación para proteger a todas las personas en el trabajo y a quienes recibían los servicios prestados, generalmente está permitido según el Código de Derechos Humanos de Ontario (Código que la UFCW alegó que era violado por la Política de Vacunación de Paragon), siempre que se establezcan protecciones para asegurarse de que tengan una acogida razonable las personas que no puedan vacunarse por razones relacionadas con el Código.

En este caso, al igual que en *Allette vs. Scarsdale*, el árbitro se refirió a creencias no propiamente religiosas. Señaló que la cuestión de los empleados que eligen no vacunarse sobre la base de “preferencias personales” debe ser considerada cuidadosamente, que existe una gran cantidad de información científica disponible sobre la pandemia y el COVID-19 y que las percepciones subjetivas personales de los empleados para estar exentos de las vacunas no pueden anular y desplazar las consideraciones científicas disponibles. A este respecto, el árbitro también consideró la posición de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, que declaró que una persona que elige no vacunarse por sus preferencias personales no tiene cabida en virtud del Código de Derechos Humanos de Ontario y que, si bien éste prohíbe la discriminación basada en el credo, las preferencias personales o las creencias singulares no equivalen a un credo para los efectos de dicho Código.

Nos parece notable el respeto que se da en ambas sentencias a las creencias religiosas, al considerarlas motivo válido para negarse a recibir la vacuna; incluso en las circunstancias excepcionalísimas del caso *Allette vs. Scarsdale*, y en general en el caso *UFCW vs. Paragon Security*. Como hemos señalado al principio, en Chile la Constitución Política de la República reconoce como derecho fundamental la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

2.3. Las circunstancias del momento particular de la pandemia —que evolucionan continuamente— son críticas a la hora de juzgar un despido o una política de vacunación. Lo que puede haber sido irrazonable en un momento dado, ya no lo es en un momento posterior y viceversa

En todos los casos revisados, fueron tenidas en cuenta las condiciones excepcionales y urgentes de la fase de la pandemia en que se impuso la exigencia, y cómo dichas circunstancias habían afectado al empleador.

En *Allette vs. Scarsdale*, el caso más extremo de los que revisamos, las circunstancias eran, como ya adelantamos, extremas también y así fueron evaluadas por el juez, quien consideró que la decisión del empleador de hacer que la vacunación fuera obligatoria para los trabajadores que atendían personalmente a los residentes vulnerables, fue una instrucción de gestión razonable dadas las circunstancias de ese momento, particularmente:

a) El estado de la pandemia a nivel nacional en el Reino Unido. En esas fechas se registraban cien mil casos de Covid-19 y mil quinientas muertes diarias por Covid-19, ocurriendo un gran porcentaje de estas muertes en hogares de ancianos.

b) A finales de diciembre de 2020, el Hogar se vio afectado por un brote de Covid-19 que dio como resultado que 22 residentes (el Hogar tenía capacidad para 58 camas) y 33 miembros del personal contrajeran la enfermedad en el transcurso de 10 días. Hubo varias muertes entre los residentes y alrededor de la mitad de los trabajadores se tuvo que aislar y suspender por ello sus servicios.

c) La recomendación del *Public Health England*⁴ y del *Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency*⁵.

Ya en ese momento, había un volumen significativo de información pública disponible en los medios, que contenía información de estos dos organismos públicos sobre la seguridad de la vacuna y cómo se comprimió el proceso de prueba.

En *UFCW vs. Paragon Security*, el árbitro tuvo en cuenta que la Compañía se vio enfrentada al hecho de que la mayoría de sus clientes había implementado sus propias políticas de vacunación para empleados y contratistas —entre ellos, sus guardias de seguridad—, exigiendo que estuvieran completamente vacunados para poder trabajar, y los clientes que aún no las habían implementado, habían indicado que próximamente lo harían, todo lo cual no dejaba a la Compañía otra opción que introducir una política de vacunación obligatoria.

Por otro lado, se tuvo en consideración que el gobierno de Ontario estaba en ese momento en proceso de implementar medidas para prohibir que los ciudadanos no vacunados participaran en muchas actividades cívicas, siguiendo el ejemplo de muchas otras jurisdicciones canadienses e internacionales; en pocas palabras, la vacunación completa se había convertido rápidamente en una expectativa social. Por último, a este respecto, se consideró también que el gobierno de Ontario había declarado una situación de emergencia en toda la Provincia de Ontario a partir del 7 de septiembre de 2021.

En el caso *Electrical Safety Authority versus Power Workers Union* (sentencia del 11 de noviembre de 2021, en adelante el caso “ESA vs. PWU”), el árbitro John Stout de la Provincia de Ontario (Canadá) acogió un recurso de queja interpuesto por la Power Workers Union (“la PWU”) en contra del Procedimiento de Divulgación de Vacunación Covid-19 dictado por Electrical Safety Authority (en adelante, “ESA” o “la Empresa” y “la Política” o “la Política de Vacunación de ESA”). La PWU señaló

⁴ Organismo público que en esa época estaba a cargo de proteger y mejorar la salud y el bienestar del país y reducir las desigualdades en salud. Posteriormente fue reemplazado por *UK Health Security Agency* y *Office for Health Improvement and Disparities*.

⁵ Organismo público del Reino Unido que, entre otros, regula los medicamentos.

que se trataba de una política de vacunación obligatoria contra el Covid-19, irrazonable, que implicaba un ejercicio de alcance excesivo de los derechos de gestión de la Empresa, que vulneraba el convenio colectivo vigente y los derechos a la intimidad y a la integridad corporal de los trabajadores. La Política en cuestión establecía que se requerirá que todo el personal de ESA esté completamente vacunado, a menos que esté exento por un motivo validado del Código de Derechos Humanos de Ontario. El árbitro concluyó que ciertos aspectos de la Política de Vacunas no eran razonables y ordenó a ESA modificarla, en el sentido de dejar claro que los empleados no serían sancionados ni despedidos por no vacunarse y en el sentido de dar una alternativa de testeo de Covid-19 para los trabajadores no vacunados.

Las siguientes circunstancias particulares fueron consideradas en este caso por el árbitro para acoger la queja:

a) La gran mayoría del trabajo realizado por los empleados de ESA lo ha sido en forma remota y muchos empleados tienen derecho a seguir trabajando a distancia en virtud del convenio colectivo. En lugares de trabajo donde los riesgos son altos y hay poblaciones vulnerables involucradas (personas enfermas o ancianos o niños que no pueden ser vacunados), las políticas de vacunación obligatoria pueden no sólo ser razonables sino también necesarias para protegerlas. Sin embargo, en otros lugares de trabajo donde los empleados pueden trabajar de manera remota y no hay ningún problema específico o riesgo significativo relacionado con un brote, infecciones o interferencia significativa con las operaciones del empleador, puede ser adecuada para abordar los riesgos una alternativa menos intrusiva, como el procedimiento voluntario de divulgación del estado de vacunación y pruebas que la misma ESA empleaba antes de dictar la Política en cuestión.

b) Dicho procedimiento permitía hacerse pruebas a los empleados que no divulgaran voluntariamente su estado de vacunación. Si bien las pruebas son fallibles y una intervención menos efectiva que la vacunación,

son una herramienta razonable para la protección de un lugar de trabajo y ESA no ha demostrado ninguna dificultad para proteger su lugar de trabajo utilizando dicho procedimiento. En efecto, en ESA solo siete de sus más de cuatrocientos empleados han contraído COVID-19 desde el comienzo de la pandemia, y de ellos solo dos podrían haberse contagiado en el trabajo; y la gran mayoría de los empleados de ESA se ha vacunado voluntariamente (88,4 %) y reveló su estado de vacunación al empleador. Además, procedimientos similares han sido adoptados por otros empleadores del sector y no hay evidencia de que no hayan sido efectivos.

c) No se tiene conocimiento de ninguna interferencia sustancial con el negocio de ESA como resultado de que algunos empleados (una minoría significativa) no fueron vacunados. Muchos terceros han promulgado políticas de vacunación que limitan el acceso a sus instalaciones, pero muchas de estas políticas también dan la alternativa de testeo de Covid-19, de modo que no han interferido significativamente con el negocio de ESA.

d) Por otra parte, los empleados de ESA que requieren acceder a lugares o instalaciones de terceros o necesitan viajar, en los casos en que no hayan sido vacunados, pueden ser cubiertos según el sistema general de cobertura para las ausencias (licencia por enfermedad, vacaciones, etc.).

e) No parece haber cambios significativos en la situación desde que se implementó el procedimiento voluntario de divulgación y pruebas hasta que se dictó la Política de Vacunación de ESA, aparte de un temor de que las normas de vacunación obligatoria de terceros puedan interferir con su negocio. Si bien las preocupaciones de ESA son legítimas, no justifican la imposición de un régimen obligatorio de vacunación.

Con relación a lo cambiante de las circunstancias, el árbitro Stout expresó en el fallo que si algo hemos aprendido durante esta pandemia, es que la situación evoluciona continuamente, y lo que puede haber sido irrazonable en un momento dado, ya no lo es en un

momento posterior y viceversa. Indicó que si surgiera un problema de salud y seguridad en el lugar de trabajo, o si el número de empleados no vacunados creara problemas reales para el negocio de ESA que no pudieran abordarse de ninguna otra manera razonable, podría considerarse que ESA tomara otras medidas -como poner en licencia administrativa sin goce de sueldo a los empleados que no estén completamente vacunados, dando un aviso previo razonable-. Si en este caso la PWU se opusiera a tales medidas, entonces este asunto podría ser presentado ante él de manera expeditiva.

En el caso Ontario Power Generation versus The Power Workers Union (Sentencia de 12 de noviembre de 2021; en adelante el caso “OPG vs. PWU”), el árbitro John C. Murray de la Provincia de Ontario, Canadá, dio tal relevancia a las circunstancias excepcionales de la pandemia, que rechazó una impugnación que la Power Workers Union (“la PWU”) había presentado respecto de la política de vacunación y pruebas de Ontario Power Generation (“OPG” o “la Compañía”), fundada en que dicha política infringía el artículo 2A.3 del convenio colectivo vigente, determinando que “en el contexto específico de esta situación sin precedentes, considero que el artículo 2A.3 no se aplica”.

La política de vacunación y pruebas de OPG, llamada “Instrucción de respuesta OPG Covid-19” (en adelante, “la Instrucción”), establecía que las personas identificadas como no vacunadas y las que deciden no revelar su estado de vacunación, deben practicarse pruebas rápidas de antígenos una vez por semana durante un período inicial de orientación, y luego dos veces por semana; agregando que un empleado que se niegue a participar en el programa de pruebas será objeto de un permiso sin goce de sueldo, y que si no cambia de opinión dentro de un período de seis semanas, será despedido. Por su parte, el artículo 2A.3 del convenio colectivo vigente entre las partes, establecía expresamente que no se impondrán sanciones disciplinarias que den lugar a un permiso sin goce de sueldo, sin acuerdo entre el Sindicato y la Gerencia, o sin la sentencia de un árbitro.

El árbitro Murray señaló en su fallo que en este

situación, en que la que la mayoría de los empleados han sido vacunados y prácticamente todos los demás se están practicando voluntariamente la prueba rápida periódica de antígenos, que es una alternativa razonable, los empleados que podrían recibir la aplicación de un permiso sin goce de sueldo como medida disciplinaria son los que se nieguen a someterse a una prueba que es mínimamente intrusiva y que tiene por objeto demostrar que no representan un riesgo para sus compañeros de trabajo, durante una pandemia mundial que ha costado veintinueve mil vidas en Canadá y al menos cinco millones a nivel mundial (cifras de ese momento). Agregó que en estas circunstancias, está completamente bajo el control del trabajador decidir cuándo regresar al trabajo. El árbitro consideró la medida como sensata y necesaria dentro de un programa razonable de vacunación voluntaria y pruebas.

El fallo es muy claro al señalar que la conclusión de no ser aplicable el artículo 2A.3 del convenio colectivo en este caso se basa enteramente en el contexto, y que nada en este fallo debe llevar a ninguna de las partes a creer que la interpretación y aplicación tradicional del artículo 2A.3 no deba continuar en todas las demás circunstancias. Por último, el árbitro señaló que es importante que aquellas personas que sean despedidas por continuar negándose a practicarse las pruebas después del período de seis semanas comprendan que es muy probable que el arbitraje confirme la terminación del empleo.

Con excepción del caso OPG vs. PWU, en que nos parece que se considera la gravedad de las circunstancias por sobre normas o principios legales, nuevamente podemos ver puestos en la balanza al momento de juzgar, derechos y principios contemplados en el derecho chileno: los derechos fundamentales a la vida, salud, intimidad e integridad corporal, principio de proporcionalidad y poder de dirección del empleador.

2.4. El derecho a la vida y salud del resto de las personas, así como la obligación del empleador de proteger la vida y salud de sus trabajadores, fueron elementos clave a la hora de juzgar un despido o una política de vacunación

En *Allette vs. Scarsdale*, el juez señaló que la protección de la salud, los derechos y las libertades de los residentes, el personal y los visitantes del Hogar, fueron un factor importante para determinar el rango de respuestas razonables por parte del empleador y concluyó que la decisión de despido estuvo dentro de ese rango.

Por otro lado, la Política Disciplinaria del empleador indicaba que los trabajadores no deben tomar ninguna medida que pueda amenazar, entre otros, la salud o seguridad de otros empleados, residentes o miembros del público. El juez señaló que dado que la trabajadora despedida sabía que al no estar vacunada representaría un riesgo para los demás en el Hogar, su negativa constituyó una infracción grave a dicha regla, a la vez que una “in subordinación grave/negativa a llevar a cabo las instrucciones legítimas” (acción tipificada entre los ejemplos de mala conducta grave en la Política Disciplinaria). Así pues, en las circunstancias específicas de este caso, dicha negativa constituyó una falta grave y un incumplimiento de su contrato de trabajo. El juez puntualiza en su fallo que esto no significa que negarse a ser vacunado equivaldría a una falta grave, o incluso a una falta, en otro caso sobre hechos diferentes.

En *UFCW vs. Paragon*, la Política sometida a revisión del árbitro declaraba que había sido creada con el objetivo de promover y preservar un ambiente de trabajo seguro. En el fallo se señaló que conforme a las disposiciones de la Ley de Seguridad y Salud Ocupacional, la Compañía tenía la obligación y la responsabilidad de proteger la salud y la seguridad de sus empleados, debiendo tomar el empleador todas las precauciones razonables en las circunstancias para la protección de su trabajador (norma de contenido similar al del artículo 184 del Código del Trabajo chileno). El árbitro señaló que al introducir la Política de Vacunación de Paragon, que incluía una política de exenciones, la Compañía había tomado todas las precauciones razonables para cumplir con sus obligaciones y responsabilidad, concluyendo que entre la Política de Vacunación de Paragon y la política de exenciones, se lograba un equilibrio entre el derecho a un lugar de trabajo seguro para los trabajadores, los clientes y los miembros del público con quienes interactuaban los

guardias de seguridad, y los derechos de los empleados que no se habían vacunado o no querían vacunarse.

En *ESA vs. PWU*, el árbitro señaló que el contexto es fundamental al momento evaluar la razonabilidad de una regla o política que pueda infringir los derechos individuales de un empleado. Hay consenso de las autoridades sobre que en ciertas situaciones, en que el riesgo para la salud y la seguridad es mayor, un empleador puede invadir los derechos individuales de los empleados; si bien el derecho de un empleado individual a la privacidad y la integridad física es fundamental, también lo es el derecho de todos los empleados a tener un lugar de trabajo seguro y saludable. Añadió que en los casos en que la regla o política involucre salud y seguridad, se deben considerar las obligaciones que se derivan de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, incluida la ya aludida obligación del empleador de tomar todas las precauciones razonables en las circunstancias para la protección del trabajador.

Podemos ver patente en este criterio los ya aludidos derechos fundamentales a la vida y salud, así como la estricta obligación del empleador de proteger a sus trabajadores, recogidos en la ley chilena.

2.5. Es válida una cláusula contractual por la cual el trabajador se ha obligado a vacunarse; mientras que en ausencia de una cláusula de este tipo, no puede el empleador establecer una política de vacunación obligatoria

Resulta muy interesante que en *UFCW vs. Paragon Security* —solo en este caso— el convenio colectivo vigente entre las partes contenía un artículo llamado “Salud y seguridad” que establece que si se asigna a un empleado a un lugar donde la vacunación y/o inoculación específicas son requeridas “por ley” o “donde las condiciones para los contratistas” estipulan requisitos específicos de vacunación o inoculación para aquéllos que tienen acceso, el empleado debe aceptar recibir dicha vacunación o inoculación. La norma, que notablemente databa del año 2015, agrega que cuando un empleado rechace dicha vacunación o inoculación por cualquier

motivo, la empresa debe reasignarlo de acuerdo con las disposiciones pertinentes del mismo convenio colectivo. La UFCW alegó que la Política de Vacunación de Paragon infringía este artículo, lo que fue descartado por el árbitro, quien señaló que los principios sustantivos y obligatorios del artículo en cuestión habían sido correctamente incorporado a la Política de Vacunación de Paragon.

En *ESA vs. PWU*, el árbitro consideró determinante para acoger la queja el hecho de que no había ninguna norma que abordara específicamente ninguna materia relativa a vacunas en el convenio colectivo vigente entre las partes y que ESA no había requerido previamente que ningún empleado fuera vacunado como condición de empleo. Además, no existía ningún requisito legal, arbitral o judicial que dijera que los empleados de ESA debieran ser vacunados. El árbitro señaló que imponer una medida disciplinaria o despedir a un empleado por no estar vacunado, cuando la vacuna no es un requisito para ser contratado y existe una alternativa razonable, es injusto.

En el fallo, el árbitro se explayó sobre un criterio llamado “Test KVP”⁶, aplicado generalmente por los árbitros para, en ausencia de ley o norma del convenio colectivo que

se refiera al asunto, evaluar las reglas o políticas dictadas unilateralmente por el empleador que afectan los derechos individuales de un trabajador. El “Test KVP” requiere que una política o regla unilateral satisfaga las siguientes condiciones: a) no debe ser incompatible con el convenio colectivo; b) no debe ser irrazonable; c) debe ser clara e inequívoca; d) debe ponerse en conocimiento de los empleados afectados antes de que la empresa pueda actuar en consecuencia; e) el empleado en cuestión debe haber sido notificado de que el incumplimiento de dicha política o regla podría causar su despido; f) dicha política o regla debe ser aplicada consistentemente por la empresa desde que se dicta.

Por último, a este respecto, en el fallo se señaló que si bien un empleador tiene derecho a administrar su negocio, en ausencia de norma legal o disposición específica del convenio colectivo, no puede despedir a un empleado por incumplimiento de una regla a menos que cumpla con el criterio del “Test KVP” y se concluya que ejerció razonablemente sus derechos de gestión.

En este criterio se considera la autonomía de la voluntad y la fuerza vinculante de los contratos, ambos principios contemplados en la ley chilena.

Conclusión

Durante la pandemia el mundo se vio envuelto en una catástrofe y en distintos ámbitos surgieron escenarios muy complejos, sensibles y sin precedentes. Los empleadores y los trabajadores, como todos, debieron seguir adelante y enfrentarlos, conjugando la urgencia de las circunstancias y los distintos derechos y principios en juego, como queda de manifiesto al revisar en detalle los casos que en el presente artículo expusimos.

Basándonos en las sentencias que más ahondaron en el análisis de las circunstancias y derechos en juego, podríamos esbozar como conclusión la siguiente: (i) la medida de imponer a los trabajadores la obligación de vacunarse es por cierto una medida intrusiva y que interfiere con determinados derechos fundamentales de aquéllos; (ii) no obstante lo anterior, es una medida que puede considerarse razonable en circunstancias

⁶ Criterio contenido en la decisión del caso *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, y KVP Co.* (1965), 16 LAC 73 (Robinson).

extremas y urgentes, en que están en juego la salud y la vida de otras personas y no existe otro modo de protegerlas; (iii) en cualquier caso, la negativa de un trabajador o trabajadora a vacunarse por una creencia religiosa debe ser respetada.

Por otro lado, y sin perjuicio de que son preferibles las campañas basadas en información e incentivos, nos

parece interesante revisar, a la luz de las experiencias que se han dado en el ámbito laboral, la posibilidad de acordar entre empleadores y trabajadores, cláusulas relativas a condiciones de vacunación. En este caso sería prudente que se consideraran los criterios recogidos en este artículo.

**Sergio
Guzmán Silva**

serguzsil@gmail.com

Desnaturalización de la función pública por los Tribunales Superiores de Justicia: la salud incompatible con el desempeño del cargo como causal de vacancia. Análisis crítico de la sentencia dictada en causa Rol 58.355-2021 de la Excma. Corte Suprema de Chile

Denaturalization of the public function by the Superior Courts of Justice: incompatible health as grounds for vacancy of the public function. Critical analysis of the sentence handed down in case 58.355-2021 of the Hon. Supreme Court of Chile

Resumen: De un tiempo a esta parte, la Excma. Corte Suprema de Chile ha introducido en sus sentencias relativas a la declaración de vacancia por salud incompatible una interpretación individualista de la función pública, desnaturalizándola y perdiendo de vista el fundamento de las diferencias regulatorias que existen entre el empleo público y el privado. En estas líneas, analizaré el porqué de la diferente regulación, cómo es que ese fundamento ha sido rescatado tanto por el Tribunal Constitucional como por la Contraloría General de la República y el problema que representa, para la vigencia de los principios de servicialidad y regularidad de la Administración del Estado, esta desnaturalización de la función pública, a propósito de reciente jurisprudencia del máximo tribunal respecto de la causal de vacancia denominada “salud incompatible con el desempeño del cargo”.

Palabras clave: Función pública; servicialidad y regularidad de la Administración del Estado; salud incompatible.

Abstract: For some time now, the Hon. Supreme Court has introduced an individualistic interpretation of the public function in its rulings on vacancy due to incompatible health, distorting it and losing sight of the foundation of the regulatory differences that exist between public and private employment. In these lines I will analyze the reason of the different regulation, how that foundation has been rescued both by the Constitutional Court and by the Comptroller General of the Republic, and the problem that it represents, for the validity of the Principles of Serviceability and Regularity of the Public Administration, the denaturalization of the public function, regarding the recent jurisprudence of the highest court concerning the cause of vacancy called “incompatible health with the performance of the position”.

Keywords: Public function; serviceability and regularity of the Public Administration; incompatible health.

La Administración del Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. Para eso, deben atenderse las necesidades públicas en forma continua y permanente¹. Eso es lo que explica la existencia de distintos estatutos jurídicos que regulan el régimen de trabajo de los funcionarios a través de los cuales el Estado satisface esas necesidades colectivas y que, a ellos, por ejemplo, les esté vedado el derecho a huelga. De lo contrario, el constituyente y el legislador habrían aplicado el Código del Trabajo a los funcionarios públicos, cuestión que no hicieron de manera general.

En prácticamente todas las relaciones laborales del Estado de Chile con sus funcionarios² es posible encontrar tanto el requisito de ingreso consistente en poseer “salud compatible con el desempeño del cargo” —en otros ordenamientos, denominado como “capacidad funcional para el desempeño de las tareas” (Parejo, 2018, p. 1.161)³— como la causal de cese de la relación consistente en la declaración de salud incompatible con su desempeño (Valdivia, 2018, pp. 120 y 124). Lo anterior pareciera ser lógico si se considera que es nada menos que el interés general lo que está detrás del empleo público y las necesidades que, con él como vehículo, se satisfacen por el Estado (STC Rol 3006-16-INA). El motivo de esto, nuevamente, es que se trata de prestaciones que no pueden suspenderse ni paralizarse, dado el principio de la servicialidad del Estado y el grave detrimento que se seguiría, de suceder aquello, para la población más menesterosa del país.

De un tiempo a la fecha, esto que aparece tan claro de la legislación estatutaria ha sido, a mi juicio, paulatinamente desnaturalizado por la jurisprudencia

de los tribunales superiores de justicia, los que han aplicado criterios individualistas y privatistas propios de la legislación laboral común en la que el interés satisfecho es uno de carácter particular, para resolver cuestiones contenciosas que se explican solo desde la legislación especial y que tienen su fundamento, como dije, en el interés de la colectividad.

Estudiaré a continuación una de esas materias “desnaturalizadas”: la de la declaración de vacancia por salud incompatible con el desempeño del cargo. Para esos efectos, se revisará críticamente la sentencia Rol 58.355-2021, dictada por la Corte Suprema el pasado 27 de agosto de 2021 en cuanto confirmó —sin declaración— la resolución definitiva dictada por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en autos Rol Protección-932-2021, que a su vez hizo lugar al recurso incoado por una funcionaria a quien se aplicó la causal de vacancia del cargo del artículo 148 de la Ley N° 18.883.

Es mi opinión, lo adelanto, que ambas cortes incurren en yerros que desconocen la naturaleza jurídica propia de la relación estatutaria entre la Administración del Estado y sus funcionarios. Además, los errores se producen en el contexto de la acción constitucional de protección, que ha reemplazado, en ocasiones no adecuadamente, la ausencia de un contencioso administrativo general (Vergara, 2018, pp. 70-71). Lo anterior es aún más relevante si se considera que la ley, en el artículo 156 del Estatuto Municipal, ha creado un procedimiento de impugnación administrativo ante la Contraloría General de la República, lo que debería, en teoría, funcionar como un “foro alternativo a la jurisdicción” (Valdivia, 2017, p. 351).

¹ Es lo que se ha denominado el principio de la “servicialidad del Estado”, consagrado, para la Administración, en los artículos 1 de la Constitución Política de la República y 3 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

² V.gr. artículos 12 letra c) y 151 de la Ley 18.834, Estatuto Administrativo de los Funcionarios Públicos; artículos 9 letra c) y 84 del Estatuto del Personal del Senado; artículos 23 letra b) y 70 del Estatuto del Personal de la Cámara de Diputados; artículos 14 y 32 quinquies N° 4 del DS 412 de 1991 del Ministerio de Defensa, que aprueba el Estatuto del Personal de Carabineros de Chile; artículo 295 letra c) del Código Orgánico de Tribunales; artículo 84 bis de la Ley 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central; y artículos 24 N° 3, 72 letra h) y 72 bis de la Ley 19.070, Estatuto de los Profesionales de la Educación, entre otros.

³ En el mismo sentido, la página 1.163, donde se determina que incluso para la contratación de personas con discapacidad, es necesario acreditar la compatibilidad con el desempeño de las tareas.

1. Descripción del caso

Doña Johana Francis Salas Maldonado ingresó a trabajar en la Municipalidad de Punta Arenas el 1 de julio de 2002 en diferentes calidades y cargos. Desde fines de 2019, comenzó a hacer uso de licencias por afecciones surgidas a raíz del fallecimiento de su marido. Regresó a sus labores el día 7 de junio de 2021, luego de más de 431 días de licencia médica, siéndole notificado cuatro días más tarde el Decreto Alcaldicio N° 1.085, que declaró vacante el cargo de planta grado 13° de la Escala Municipal de Sueldos del que era titular por la causal de “salud incompatible con el desempeño del cargo”, esto es, por haber hecho uso de licencia médica por más de seis meses en los últimos dos años, y haber sido su salud declarada como “recuperable” por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez de Magallanes y la Antártica Chilena.

En contra de ese acto administrativo, la otrora funcionaria municipal dedujo recurso de protección, por

considerar que constituía una acción ilegal y arbitraria que la vulneraba y privaba en el ejercicio de sus derechos de integridad física y psíquica, igualdad ante la ley, de protección de la salud y a la propiedad. El asunto fue resuelto en primera instancia por la Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas mediante sentencia definitiva de fecha 5 de agosto de 2021, dictada en autos Rol Protección-932-2021, haciendo lugar al recurso en todas sus partes, dejando sin efecto la mentada resolución municipal y disponiendo la reincorporación de la servidora a sus funciones, con derecho al pago de las remuneraciones devengadas en el tiempo intermedio.

En contra de esa sentencia dedujo la Municipalidad de Punta Arenas recurso de apelación para ante la Excm. Corte Suprema, la que resultó a la postre confirmada mediante sentencia definitiva de segunda instancia de fecha 27 de agosto de 2021, dictada en autos Rol 58.355-2021⁴.

2. Análisis crítico

2.1. La norma, antes y después de la Ley N° 21.050

El artículo 10 letra c) de la Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, dispone que para ingresar a la municipalidad será necesario cumplir, entre otros, el siguiente requisito: “c) Tener salud compatible con el desempeño del cargo”.

Consecuentemente, el artículo 147 de la misma ley

dispone que la declaración de vacancia en el cargo procede por “a) Salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo”.

Por último, el artículo 148 disponía, hasta diciembre de 2017, lo siguiente:

“Artículo 148.- El alcalde podrá considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, haber

⁴ Pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los ministros Sergio Muñoz G. (P), Ángela Vivanco M., Adelita Ravanales A., Mario Carroza E., y la Abogada Integrante M.^a Angélica Benavides C.

hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable.

No se considerarán para el cómputo de los seis meses señalado en el inciso anterior, las licencias otorgadas en los casos a que se refiere el artículo 114 de este Estatuto y el Título II, del Libro II, del Código del Trabajo”.

El año 2017, el artículo 64 de la Ley N° 21.050 introdujo un nuevo inciso tercero a la norma, del siguiente tenor:

“El alcalde, para ejercer la facultad señalada en el inciso primero, deberá requerir previamente a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la evaluación del funcionario respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo”.

A mi juicio, lo que pretendió el legislador con esta última modificación fue evitar que quedara al arbitrio del alcalde —o del jefe del servicio, en el caso de la Ley N° 18.834— la declaración acerca de la recuperabilidad o irrecuperabilidad de los funcionarios, radicando así en la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) la competencia técnica para hacerlo.

Como fuere, el procedimiento para declarar vacante el cargo de planta de un funcionario por salud incompatible, después de 2017, pasa por pedir informe a la COMPIN para que declare si su salud es recuperable o irrecuperable. Si declara lo primero, el alcalde está facultado para terminar el vínculo estatutario con el funcionario por la causal de “salud incompatible con el desempeño del cargo”, en la medida en que aquel hubiese hecho uso de más de seis meses de licencia médica común en dos años, o que el alcalde lograre probarlo por otros medios, como se verá. Si, por el otro lado, la salud es declarada irrecuperable, el funcionario deberá retirarse de la Municipalidad en el plazo de seis meses. De lo contrario, se le declarará vacante el cargo. Cabe hacer presente que lo dicho a propósito de la facultad del alcalde está regulado en iguales términos respecto del jefe superior del servicio, en el caso de los funcionarios regidos por la Ley N° 18.834,

Estatuto de los Funcionarios Públicos.

2.2. Argumentos de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas confirmados por la Corte Suprema. Jurisprudencia más reciente de la Contraloría General de la República

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas resolvió el asunto en favor de la recurrente teniendo en cuenta los siguientes argumentos, que serían luego confirmados por la Corte Suprema:

1. Si el dictamen de la COMPIN expresa que la salud es “recuperable”, debe concurrir un segundo requisito, cual es que su salud no le permita desempeñar el cargo. Esa última situación ha de encontrarse debidamente fundada, debiendo considerarse, al menos, el tipo de trabajo que desempeña, las necesidades del servicio y las particularidades de la situación de salud que aqueja al funcionario (Considerando quinto);

2. El ordenamiento jurídico no contempla una etapa previa a la dictación del acto terminal en que el afectado pueda ser oído y ejercer su defensa, pues no todas las situaciones son idénticas, de modo que la autoridad debe ser especialmente diligente en la fundamentación del ejercicio de una potestad discrecional (Considerando sexto, citando el considerando décimo de la SCS Rol 39.585-2020);

3. De la sola lectura del Decreto Alcaldicio N° 1.085 se advierte que no se expresan las razones que llevan a estimar que la salud de la recurrente no le permite desempeñar el cargo, limitándose a citar dos dictámenes de la Contraloría General de la República que facultan a la autoridad para declararlo con el solo mérito del tiempo de licencias médicas (Considerando séptimo);

4. Por eso, el acto es ilegal y arbitrario, por cuanto no cumple los requisitos legales para su procedencia ni se encuentra debidamente motivado, toda vez que no considera los antecedentes o elementos que llevan a concluir que su salud no le permite desempeñar el cargo. Además, los documentos acompañados sirven para

llegar a la conclusión de que la servidora se desempeñó en distintas reparticiones y cargos sin haber sido objeto de medidas disciplinarias, y que ascendió cuatro grados de la escala remuneratoria en el tiempo que estuvo en la Municipalidad (Considerando octavo);

5. Por último, la falta de motivación afecta el derecho de igualdad ante la ley y de propiedad, toda vez que de sostenerse lo planteado por la Municipalidad se produciría el absurdo de que, ante una licencia médica de mayor cantidad de días, no se declare vacante el cargo, por tratarse de una facultad del alcalde (Considerando noveno).

Es posible destacar que en la materia, recientemente al menos, las cortes de apelaciones han tenido distintas interpretaciones sobre la aplicación de esta causal, sin que, al menos este último año (2021), pueda predicarse lo mismo de la Corte Suprema, la que ha sido más bien constante en sus resoluciones⁵. La Contraloría General de la República, por su parte —y como es clásico en ella— ha mantenido su línea jurisprudencial a lo largo de los años, resolviendo expresamente luego de la reforma de 2017 que el alcalde está facultado para resolver la vacancia en el cargo por salud incompatible si la COMPIN estima que la salud es recuperable (Dictamen 17.351N18).

En este último sentido, por ejemplo, la Corte Suprema mediante sentencia de fecha 28 de diciembre de 2021 dictada en autos Rol 58.191-2021 revocó lo resuelto previamente por la Il^{ta}m. Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol Protección-623-2021, haciendo lugar al recurso intentado por una funcionaria del Hospital San Juan de Dios —a quien se había declarado vacante el cargo por salud incompatible— señalando específicamente que la declaración de recuperabilidad de la salud por parte de la COMPIN es vinculante para el

servicio respectivo (Considerando octavo). En la misma sentencia de segunda instancia, la Corte resuelve en similares términos a los de la sentencia estudiada de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, manifestando que el ordenamiento jurídico no contempla una etapa de participación del afectado previo a la declaración de vacancia (Considerando décimo primero), y que la ilegalidad de la resolución se debe a que la salud había sido previamente declarada “recuperable” por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, reiterando así el parecer del más alto tribunal de la República en orden a que el jefe de servicio se ve limitado y obligado por la resolución del organismo médico.

Lo que también llama profundamente la atención es la falta de concordancia entre la jurisprudencia judicial y la administrativa, contenida en los dictámenes de la Contraloría General de la República⁶. Muy recientemente, este último ente señaló en su dictamen N° E188441N22, que la modificación legal introducida en los estatutos municipal y de funcionarios públicos por la Ley N° 21.050 —y que dispuso la exigencia de solicitar a la COMPIN un pronunciamiento previo relativo a la “recuperabilidad” de la salud— no suprimió la facultad de la autoridad de disponer la vacancia del cargo por salud incompatible. Los mismos solicitantes de ese dictamen (la Asociación Nacional de Funcionarios de Aduanas de Chile) manifestaron en su presentación que el dictamen N° 17.351 de 2018 se opone a la jurisprudencia más reciente de los tribunales. En suma, la Contraloría interpreta lo que a mi juicio constituye el verdadero sentido y alcance de la norma: que entender lo contrario sería dejar sin aplicación la ley, que esa atribución atiende precisamente a la necesidad de velar por la continuidad en el ejercicio de las funciones públicas de los órganos de la Administración del Estado y que, si el legislador hubiese querido vetar la posibilidad de que se declare

⁵ Pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los ministros Sergio Muñoz G. (P), Ángela Vivanco M., Adelita Ravanales A., Mario Carroza E., y la Abogada Integrante M.^a Angélica Benavides C.

⁶ Cuestión por lo demás de no tan rara ocurrencia, pese a que en el último lustro tanto la Contraloría General de la República como la Excma. Corte Suprema han ido ajustando recíprocamente sus resoluciones (solo por poner algunos ejemplos, sucedió esta “adaptación de la jurisprudencia” a propósito de la situación de los servidores a honorarios y a contrata en la Administración del Estado y en lo relativo a la interpretación del deber de abstención consagrado en el inciso tercero del artículo 6 de la Ley 10.336).

la incompatibilidad de la salud luego del dictamen de la COMPIN, lo habría señalado expresamente en la ley, lo que sabemos no hizo.

Por último, es relevante señalar que, en virtud del artículo 161 Bis del Código del Trabajo —introducido por el artículo único N° 25 de la Ley N° 19.759— la invalidez total o parcial no es justa causa para el término del contrato de trabajo, situación radicalmente distinta de la estudiada.

2.3. Acerca de la constitucionalidad del despido público por enfermedad del funcionario

Luego, atendida la evidente diferencia con el régimen laboral común en la materia, urge revisar la constitucionalidad de la potestad de terminar el nombramiento de planta por salud incompatible con su ejercicio. Hasta esta fecha, existe un solo pronunciamiento del Tribunal Constitucional relativo a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 148 del Estatuto Municipal⁷. En efecto, se resolvió con fecha 15 de septiembre de 2020 en autos Rol 8.261-2020 que, si bien la norma específicamente cuestionada no había sido objeto de pronunciamientos anteriores por esa magistratura, aquella era equivalente a la del artículo 151 de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo (Considerando quinto). Asimismo, se resolvió que no resulta cuestionable la aplicación de la norma pues lo que se autoriza es poner término al ejercicio de un cargo para el cual ya no se es idóneo. Detrás de esta facultad existe una finalidad de protección general de las personas destinatarias de los servicios del organismo público, como parte de la naturaleza inherente a la actividad del Estado, de satisfacción permanente de requerimientos de la población (Considerando sexto). Así, aparece como un elemento central del desempeño funcionario

en una entidad municipal el contar con las condiciones de idoneidad y capacidad necesarias para cumplir las obligaciones que el ordenamiento jurídico contempla (Considerando séptimo).

Por último, el Tribunal Constitucional resolvió —en lo que constituye a 2021 el ciento por ciento de su jurisprudencia sobre esta norma— que en el contexto de una Administración del Estado que tiene el mandato de atender necesidades públicas de manera continua y permanente, la exigencia de idoneidad y capacidad de quienes desarrollan la función pública aparece como un criterio razonable. Por lo mismo, la aplicación de los preceptos legales que permiten la declaración de vacancia por salud incompatible no aparece como atentatoria del principio de la servicialidad del Estado (Considerando decimosegundo). Agrego en este punto, entonces, que no resulta difícil entender por qué el principal criterio de imputación de responsabilidad civil aquiliana del Estado sea precisamente la “falta de servicio”, responsabilidad que emana directa y precisamente de la naturaleza misma de la actividad estatal (Zúñiga, 2013, p. 5).

Así, el fundamento de la existencia de estos requisitos y de la posibilidad de terminar el vínculo funcionario con una persona enferma, se justifica en el interés superior de la colectividad, que requiere que el Estado no cese ni suspenda su actividad de satisfacción de necesidades públicas, con lo que cede el interés particular —y legítimo, por cierto— del funcionario en favor del interés público. Se trata, en suma, de una verdadera carga pública que debe ser soportada por el funcionario y que resulta plenamente constitucional.

La función pública, entendida esta como el ejercicio de las labores que la Constitución chilena y las leyes han puesto sobre los funcionarios del Estado, tiene una lógica

⁷ En lo que toca a otros estatutos públicos, el Tribunal Constitucional ha rechazado diversos recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 151 de la Ley 18.834 (STC Rol N° 2.921-15-INA, de fecha 13 de octubre de 2016, y STC Rol N° 3.028-16-INA, del 15 de noviembre de 2016) y del artículo 72 letra h) del DFL N° 1 de 1994, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 19.070, Estatuto de los Profesionales de la Educación (STC Rol N° 3.006-16-INA, de fecha 6 de abril de 2017). Todas las sentencias, sin embargo, y con excepción de la individualizada en el cuerpo del escrito, son anteriores a la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley 21.050.

propia y de la que carecen los demás empleos privados. Es por eso que considero que los tribunales superiores de justicia desnaturalizan el empleo público, desde el momento en que dejan de tener en cuenta el interés de la colectividad, que es precisamente la justificación de las normas especiales que regulan los estatutos públicos, y se avocan exclusivamente a la relación entre la Administración y la persona natural que era funcionario, como si fuera una relación privada normal y no regida por leyes especiales.

Lo cierto es que la norma busca que el servicio estatal no se paralice por la enfermedad de sus funcionarios, pero reconoce que hay distintos intereses en juego (Valdivia, 2018, p. 106). Además, el legislador considera que es razonable una cierta protección de la salud de ellos, incluso superior a la de los trabajadores particulares. Así, es posible entender que existe una triple protección legal de los funcionarios públicos, algunas de cuyas manifestaciones no poseen los trabajadores del sector privado: i) los funcionarios gozan de la protección de sus remuneraciones: mientras hacen uso de licencia médica, sus remuneraciones son pagadas directa e íntegramente por su empleador y no por las cajas de compensación, las Isapres ni la COMPIN, con independencia del número de días de reposo y del monto que corresponda por subsidio de incapacidad laboral. Es el empleador el que luego recupera parte de ese subsidio, situación diametralmente opuesta a la de los trabajadores particulares. Así, el funcionario público no debe preocuparse de recibir menos dinero que su remuneración íntegra, ni de tramitar sus licencias ni perseguir su pago, lo que lo distraería de sus funciones habituales de interés público; ii) el legislador prohíbe que la causal del artículo 148 de la Ley N° 18.883 (o el 151 de la Ley N° 18.834) se utilice cuando el origen de las licencias médicas sea enfermedad profesional o maternidad. A lo anterior cabe, además, sumar el reciente dictamen de la Contraloría General de

la República (E127453N21)⁸, que por una interpretación extensiva incluye las licencias médicas por enfermedad del cáncer, las que no pueden ser entonces invocadas ni contabilizadas para la declaración de salud incompatible; y iii) el legislador entiende que seis meses de licencia médica común en dos años es un lapso razonable de protección del individuo a partir del cual ese interés particular cede en beneficio del interés general de que no se paralice la actividad de servicio público⁹.

2.4. Discrecionalidad y proporcionalidad tasada por el legislador

¿Puede considerarse arbitrario o desmotivado el ejercicio de una facultad discrecional, cuya proporcionalidad ya ha sido previamente tasada por el propio legislador? Esta pregunta es importante desde el momento en que es la misma ley la que dispone que el alcalde —o el jefe superior del servicio— puede considerar el uso de más de seis meses de licencia médica como manifestación de la salud incompatible con el desempeño del cargo de sus funcionarios. Así, el legislador no exige, como sí lo hacen las cortes, que se demuestre que la salud es incompatible, sino que determina previa, abstracta y generalmente que eso es motivo suficiente para usar la causal. Sobre este punto general, se ha dicho que

“[...] el problema de la discrecionalidad obedece a un asunto de ‘densidad regulatoria’ [...]. En otras palabras, qué tan detallada ha sido la potestad por el legislador. Una densidad baja no la torna en ilegal, pues ‘una ley puede contener diversos niveles de discrecionalidad’ [...] sin que ello importe actuaciones al margen de la ley” (Gómez, 2021, pp. 149-150).

Por eso, el ejercicio de las facultades discrecionales, creo, no puede resultar desproporcionado si se funda

⁸ En resumen, interpreta extensivamente las normas de la Ley Nacional del Cáncer, N° 21.258, y las hace aplicables a los funcionarios públicos en virtud del principio protector de las normas laborales comunes.

⁹ Como se dijo, esta posibilidad está vedada para el empleador en el Código del Trabajo, desde que su artículo 161 bis señala que la invalidez total o parcial no es justa causa para el término del contrato de trabajo.

en las causales determinadas de forma previa por el legislador o, si se quiere, si existe perfecta coincidencia o tipicidad entre la consecuencia y el supuesto de hecho, previstos ambos en la ley. En otras palabras, lo que resulta discrecional para el alcalde en el artículo 148 de la Ley N° 18.883 es, en primer lugar, si ejerce o no su facultad de declarar la salud incompatible de algún funcionario, en el evento de que exista una declaración previa de recuperabilidad por la COMPIN. Ahora bien, si opta por hacerlo, la ley dispone que *puede* considerar por salud incompatible el que se haya hecho uso de más de seis meses de licencia médica en dos años. De esta forma, y con la actual configuración de la ley, incluso es posible entender que esta última circunstancia no es la única que permite declarar la vacancia por salud incompatible, dado que el legislador utiliza la frase “podrá considerar”, y no “podrá declarar”. Así, podrían existir otras formas de salud incompatible, distintas a la extensión de licencias médicas.

En otras palabras, el uso de esta causal de vacancia es de carácter amplio y puede subsumir distintas situaciones que permitan aseverar que un funcionario no dispone ya del estado de salud suficiente para ejercer sus funciones de manera continua, regular y óptima. Ahora bien, si el alcalde decide ejercer su atribución en este supuesto —por motivos distintos al uso de licencias médicas—, tendrá que acreditarlo, debiendo en consecuencia el decreto que lo determine expresar las motivaciones de hecho y de derecho que justifiquen en el caso concreto que la salud no es compatible, pues la proporcionalidad de ese supuesto no estaría previamente tasada por el legislador.

Por otro lado, el mismo raciocinio permite, *a contrario sensu*, afirmar que cuando el alcalde —o, de nuevo, el jefe superior del servicio— declara la vacancia de un funcionario por hacer uso de más de seis meses de licencia médica en dos años, solo debe probar esta última circunstancia. Eso es así, pues el propio legislador es quien lo habilita de forma expresa, de manera tal que no resulta válidamente cuestionable la justicia o proporcionalidad de la ley por un tribunal ordinario de

la República. Solo el Tribunal Constitucional podría cuestionar la justicia o proporcionalidad de la norma, lo que, como vimos, no ha ocurrido hasta 2021. En lo demás, los tribunales están llamados a dar aplicación al derecho e interpretar y fijar su sentido y alcance, pero no a avocarse funciones creadoras, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, pues el juez es juez, mas no legislador.

En otras palabras, no puede un tribunal agregar mayores requisitos para el ejercicio de una atribución que los que ya considera el ordenamiento jurídico, so pretexto de ser injusta la norma, desproporcionada la medida o desmotivado el acto administrativo que la decida.

2.5. Críticas a la sentencia

En mi opinión, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas y luego la Corte Suprema mantienen una visión individualista de la función pública, que pierde de perspectiva el servicio en pos del bien común que satisface la Administración del Estado a través de sus funcionarios. En su Considerando quinto la Corte agrega un requisito que no se lee en el artículo 148 de la Ley para cuando se usa la causal tasada que ella establece: probar que la salud no es compatible. Lo anterior es, además, ilógico, pues la administración pública empleadora no tiene la posibilidad de conocer las enfermedades de sus funcionarios, precisamente pues la ley protege su privacidad. Así, al momento de tramitar las licencias médicas, aquella parte del documento que señala el diagnóstico es cubierta y sellada con un aviso de que solo puede ser revisado por la Contraloría Médica de la COMPIN o de la Isapre. De esa forma, no se advierte qué antecedente podría manejar la Municipalidad en el caso concreto para acreditar que la enfermedad de la funcionaria no era compatible con el desempeño del cargo, desde que no podía suponer ni adivinar el motivo ni la naturaleza de su enfermedad.

Luego, la Corte considera que, dado que la ley no establece una etapa previa de audiencia del interesado, pesa sobre la Administración la exigencia de un grado

de diligencia mayor a la hora de fundamentar y motivar su decisión terminal. Sobre esto, efectivamente la ley no contempla una etapa de audiencia previa al funcionario, y no requiere hacerlo, dado que la declaración de vacancia no es una sanción administrativa, sino la constatación de la pérdida sobreviniente de un requisito de acceso y permanencia en la dotación pública. Por ese motivo, considero que no huelga en su caso la aplicación cabal de las garantías derivadas del debido proceso, sin perjuicio de la posibilidad cierta de recurrir administrativamente ante el mismo alcalde o a posteriori ante los tribunales de justicia para la revisión del acto de término¹⁰.

Asimismo, resulta grave que la Corte afirme que el Decreto Alcaldicio N° 1.085 no es suficientemente motivado y que en él no se reproducen las consideraciones que tuvo la administración, desde que una lectura rápida de su texto permite advertir fácilmente cuál fue el motivo de la declaración de vacancia, sin que puedan quedar dudas al respecto. Así, la resolución cuenta con motivos y motivación suficientes para impedir que pueda ser considerada arbitraria (Huepe *et al.*, 2019, pp. 24-25 y 54-55), máxime si se entiende —como se dijo más arriba— que es el legislador quien tasa la justicia y proporcionalidad de esa forma de constatar la incompatibilidad de la salud. Cosa distinta es que, considerando la Corte que existe un requisito “implícito” (atendido que no está en la ley), su falta de expresión en el acto administrativo lo torne arbitrario. Así, pareciera ser que lo realmente arbitrario es la argumentación de la Corte, que busca mediante un ejercicio de hermenéutica ampliar el texto de la ley, contraviniendo así una regla básica de interpretación, cual es que no toca al intérprete ampliar o restringir su verdadero sentido bajo el pretexto de lo favorable u odiosa que resulte una disposición (Código Civil, Art. 23).

En último turno, la Corte considera que la dictación del acto vulnera la igualdad ante la ley de la recurrente, dado que el alcalde podría eventualmente declarar la salud incompatible de algunos funcionarios en la misma situación, pero no de todos, por ser una facultad discrecional, lo que resultaría absurdo. Nuevamente yerra la Corte pues la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley debe ser medido de forma concreta y con situaciones similares, mas no en abstracto. Si se realiza el ejercicio en abstracto, lo cierto es que lo que se está cuestionando, entonces, es la constitucionalidad de la ley, facultad por cierto de la que carecen los tribunales ordinarios y que está, desde el año 2005, radicada en el Tribunal Constitucional. Así, el mentado decreto alcaldicio atentaría contra la igualdad ante la ley si acaso la recurrente hubiera acreditado que existían otras personas en igual situación a las que se hubiera tratado de forma disímil¹¹. No siendo así, lo cierto es que no es posible afirmar vulneración alguna, dado que una cosa solo puede ser desigual en relación con otra cosa, miradas desde un mismo prisma.

En suma, los tribunales superiores de justicia de Chile interpretan las normas funcionarias de los servidores públicos tomando solo en cuenta el interés privado y legítimo de ellos, sin considerar la naturaleza de esos cargos que explica que tengan un tratamiento constitucional y legal diverso del régimen común. Es lo que podría llamarse la “laboralización” del empleo público, manifestación a mi juicio de lo que algunos han llamado una nueva “vulgarización del derecho” (Peña, 2019), por la que resultan desplazadas las normas jurídicas abstractas y generales por la subjetividad y fervor de quienes se dicen interpretarlas.

¹⁰ Solo siendo lícito al tribunal, en este caso, revisar la verificación de las circunstancias fácticas reguladas por ley para la utilización de la potestad.

¹¹ En este sentido, discurre la discusión del juicio de tutela de derechos fundamentales RIT T-6-2017, caratulado “Patricia Annün Delgado con Municipalidad de Lago Verde”, seguido ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Cisnes.

3. Conclusiones

Como señalé en el desarrollo del comentario existen beneficios que poseen los funcionarios públicos, algunos incluso de rango constitucional (Ojeda, 2001, p. 122), que se explican no tanto en razón del interés particular de la persona del funcionario mismo —lo que convertiría esos beneficios en una desigualdad arbitraria ante la ley—, sino por el interés del constituyente y del legislador en garantizar el principio aquel de la Administración del Estado, en virtud del cual, esta se encuentra al servicio de la persona humana y debe satisfacer las necesidades públicas de forma regular y continua. Es esta la razón de que existan “estatutos” que rigen las relaciones laborales entre los órganos del Estado y sus funcionarios, a través de los cuales aquel opera y sirve. En otras palabras, no se trata de una relación laboral común y corriente, propia del ámbito privado. De lo contrario, como se dijo al principio, el constituyente y el legislador habrían optado por regirla por las normas generales del Código del Trabajo.

Existen normas legales que restringen o limitan los derechos de los funcionarios públicos¹² por ese mismo motivo. Todo, de nuevo, con la intención deliberada de que el servicio público no se detenga, pues es el fin último del bien común, y no el interés particular del servidor público, lo que debe primar.

Los tribunales superiores de justicia de Chile hace ya bastante tiempo vienen desnaturalizando el empleo público, introduciendo a la ecuación criterios privatistas e individualistas del ámbito privado —quizás propios de los tiempos imperantes— que terminan por volver superfluas las diferencias que existen en la legislación y que tienen por causa la ya tantas veces nombrada necesidad de regularidad y continuidad del servicio, desconociendo de paso la verticalidad de la relación público-privada,

que deriva, como señala Arancibia, de que el Estado existe para asegurar el bien común (Arancibia, 2017, p. 8). Una de esas materias desnaturalizadas es la de la declaración de vacancia por salud incompatible, que si bien es siempre nombrada en los textos doctrinarios, no es tratada en extensión (v. gr. Bermúdez, 2014, p. 442 y pp. 471-472).

Uno de los puntos de tensión en la materia, además, lo constituye el hecho de que la Contraloría General de la República y la Corte Suprema mantienen diversos criterios interpretativos, rescatando la existencia y vigencia de la facultad estudiada, la primera, y desconociéndola la segunda. El problema, como en otros asuntos¹³, es que la interpretación del ente contralor resulta obligatoria de forma general para los órganos administrativos sujetos a su jurisprudencia, todo lo cual resulta a la postre en diferencias de solución que se explican únicamente en si el caso se judicializa o no, lo que redundando en diferentes aplicaciones de una misma norma.

En el caso estudiado, las cortes han realizado una interpretación extensiva, agregando requisitos que no se leen en el texto que dicen interpretar. Además, cuestionan la justicia de la ley, lo que no es otra cosa que su constitucionalidad, cuestión que está reservada al Tribunal Constitucional. Con eso, desnaturalizan la función pública por lo que generan variados problemas prácticos, administrativos y económicos. Si bien nadie desconoce que existen desviaciones de poder en la Administración, lo cierto es que malamente puede tratarse de arbitrario el ejercicio de una facultad discrecional cuya proporcionalidad viene ya tasada previamente por el legislador y que es reproducida en sus motivos en el acto administrativo respectivo.

¹² Asociación sindical, huelga, despido por licencias médicas, etc.

¹³ Por ejemplo, la necesidad de evaluación ambiental para el otorgamiento de permisos de edificación y/o la recepción definitiva de las obras.

Lo anterior ha generado en la Administración problemas tales como —solo por ejemplificar— el reemplazo de funcionarios reemplazantes, la existencia de funcionarios de hecho que suplieron cargos cuya vacancia fue luego revertida por los tribunales, el excesivo gasto en materia de personal por costos generados por sentencias judiciales, etc. De todas maneras, el problema no es uno exclusivamente judicial, dado que la Contraloría también ha seguido en la última década esa línea individualista en otras materias, a mi juicio.

Existen asuntos en que es posible distinguir bemoles, pero considero que la aplicación de la causal de vacancia por salud incompatible no es uno de aquellos,

en la medida en que el funcionario exceda el límite legal de licencias médicas. Lo contrario sería incurrir en la inejecución de la ley y el eventual notable abandono de sus deberes por el alcalde.

Al final del día, se trata de una interpretación y solución esperable y ya conocida de los tribunales, lo que hace que quienes tenemos cargos de responsabilidad jurídica en la Administración del Estado debamos ser pragmáticos y anticiparnos y exigir un cumplimiento normativo que vaya más allá de lo que señala la legislación, satisfaciendo —previamente— el eventual criterio judicial, al que casi irremediamente llega todo asunto de esta naturaleza.

Referencias

- Arancibia Mattar, J. (2017). La Relación jurídica público-privada: íter conceptual, atributos y criterios. En E. Soto (ed.). *El Derecho Administrativo y la protección de las personas. Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC*. Santiago: Ediciones UC.
- Bermúdez Soto, J. (2014). *Derecho Administrativo General* (3.º ed.). Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- Gómez González, R. (2021). *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Huepe, F., Morales, B., y Santibáñez, F. (2019). *Vicios del acto administrativo*. Santiago: Ediciones DER Ltda.
- Ojeda, B. (2001). *El régimen municipal chileno*. Santiago: LOM Ediciones.
- Parejo, L. (2018). *Lecciones de Derecho Administrativo* (9.º ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Peña, C. (16 de octubre de 2019). La vulgarización del derecho. *Nuevo poder*. <http://www.nuevopoder.cl/la-vulgarizacion-del-derecho/>
- Valdivia, J.M. (2017). Reflexiones sobre las acciones en Derecho Administrativo. En A. Schopf y J. Marín (Ed). *Lo Público y lo Privado en el Derecho. Estudios en homenaje al Profesor Enrique Barros Bourie*. Santiago: Thomson Reuters.
- Valdivia, J.M. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Vergara, A. (2018). *Derecho Administrativo: Identidad y Transformaciones*. Santiago: Ediciones UC.
- Zúñiga, F. (2013). *Tratado jurisprudencial de Derecho Administrativo. Bases Constitucionales de la Administración del Estado. Tomo I*. Santiago: Thomson Reuters.

Normas citadas

- Decreto N° 412 de 1991 [Ministerio de Defensa]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto del Personal de Carabineros de Chile. 09 de agosto de 1991.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.070, que aprobó el Estatuto de los Profesionales de la Educación, y de las leyes que la complementan y modifican. 10 de septiembre de 1996.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. 16 de mayo de 2000. Do.O. No. 36.676.
- Decreto N° 1-19.653 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 13 de diciembre de 2000. D.O. No. 37.313.
- Decreto N° 29 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo de los Funcionarios Públicos. 16 de junio de 2004. D.O. No. 38.112.
- Decreto N° 100 de 2005 [Ministerio Secretaría General de la Presidencia]. Por el que se fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile [CPR]. 17 de septiembre de 2005. D.O. 38.268.
- Ley N° 7.421. Código Orgánico de Tribunales. 15 de junio de 1943. D.O.
- Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. 04 de octubre de 1989. D.O. No. 33.518
- Ley N° 18.883. Aprueba Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales. 15 de diciembre de 1989. D.O. No. 33.557.
- Ley N° 19.759, Reajusta monto de ingreso mínimo mensual. 14 de mayo de 2001. D.O. No. 36.975.
- Ley N° 21.050, Otorga reajuste de remuneraciones a los trabajadores del sector público, concede aguinaldos que señala, concede otros beneficios que indica, y modifica diversos cuerpos legales. 01 de diciembre de 2017. D.O. No. 41.927
- Ley N° 21.258, Crea la Ley Nacional del Cáncer, que rinde homenaje póstumo al Doctor Claudio Mora. 26 de agosto de 2020. D.O. No. 42.746.
- Reglamento del Personal de la Cámara de Diputados
- Reglamento del Personal del Senado

Jurisprudencia citada

Constitucional

- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 13 de octubre de 2016, pronunciada en los autos Rol 2.921-15-INA [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad]
- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 15 de noviembre de 2016, pronunciada en los autos Rol 3.028-16-INA [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad].
- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 6 de abril de 2017, pronunciada en los autos Rol 3.006-16-INA [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad]

Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 15 de septiembre de 2020, pronunciada en los autos Rol 8.261-2020 [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad].

Judicial

- Corte Suprema de Chile [Tercera Sala]. Sentencia de 9 de septiembre de 2020, dictada en autos Rol 39.585-2020, “Navea con Servicio de Registro Civil e Identificación”.
- Corte Suprema de Chile [Tercera Sala]. Sentencia de 27 de agosto de 2021, dictada en autos Rol 58.355-2021, “Salas con Municipalidad de Punta Arenas”.
- Corte Suprema de Chile [Tercera Sala]. Sentencia de 27 de agosto de 2021, dictada en autos Rol 60.538-2021, “Flores con Municipalidad de Paine”.
- Corte Suprema de Chile [Tercera Sala]. Sentencia de 16 de septiembre de 2021, dictada en autos Rol 66.157-2021, “Salazar con Municipalidad de Recoleta”.
- Corte Suprema de Chile [Tercera Sala]. Sentencia de 28 de diciembre de 2021, dictada en autos Rol 58.191-2021, “Corro con Hospital San Juan de Dios”.
- Corte de Apelaciones de Puerto Montt [Primera Sala]. Sentencia de 12 de noviembre de 2020 dictada en autos Rol Laboral-300-2020, “Santana con Corporación Municipal Dalcahue Educación y Salud”.
- Corte de Apelaciones de Santiago [Novena Sala]. Sentencia de 2 de julio de 2021 dictada en autos Rol Protección-32-2021, “Müller con Municipalidad de Recoleta”.
- Corte de Apelaciones de Santiago [Tercera Sala]. Sentencia de 21 de julio de 2021 dictada en autos Rol Protección-623-2021, “Corro con Hospital San Juan de Dios”.
- Corte de Apelaciones de San Miguel [Quinta Sala]. Sentencia de 2 de agosto de 2021 dictada en autos Rol Protección-2.953-2021, “Flores con Municipalidad de Paine”.
- Corte de Apelaciones de Santiago [Sexta Sala]. Sentencia de 3 de agosto de 2021 dictada en autos Rol Protección-578-2021, “Salazar con Municipalidad de Recoleta”.
- Corte de Apelaciones de Punta Arenas [Primera Sala]. Sentencia de 5 de agosto de 2021, dictada en los autos Rol Protección-932-2021, “Salas con Municipalidad de Punta Arenas”.
- Juzgado de Letras del Trabajo de Cisnes. Sentencia de 22 de marzo de 2018, dictada en los autos RIT T-6-2017, “Annün con Municipalidad de Lago Verde”.

Administrativa

- Contraloría General de la República, Dictamen N° 17.351 de 11 de julio de 2018.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° E127.453 de 6 de agosto de 2021.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° E188.441 de 24 de febrero de 2022.

**Pilar Cisterna
Ferreira**

pilarcisternaf@gmail.com

**Costanza
Tresoldi
Manríquez**

ctresold@uc.cl

Responsabilidad subjetiva del Estado por acciones de sus agentes. Análisis jurisprudencial de Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 306-2020 caratulada “Hernández Céspedes, Marcelo y otros con Fisco de Chile”

State’s Subjective Liability for actions of its Agents. Jurisprudential analysis of Supreme Court Judgment ROL N° 306-2020 “Hernández Céspedes, Marcelo y otros con Fisco de Chile”

Resumen: Corresponde aplicar una noción subjetiva a la responsabilidad del Estado cuando las actuaciones de sus agentes se alejan del funcionamiento correcto del servicio, que finalmente resultan en demandas por indemnización de perjuicios por falta de servicio. Sin perjuicio de lo anterior, previo a determinar la concurrencia de responsabilidad, es necesario tener en consideración el tipo de actividad y el estándar de actuación que le es exigible. Carabineros de Chile está autorizado por nuestro ordenamiento jurídico para hacer uso de la fuerza, siendo responsable cuando ese uso no resulta adecuado a los fines buscados —el restablecimiento del orden público— o cuando de su actuar derivan consecuencias alejadas de dicho fin, que pudieron ser evitadas por la institución.

Palabras clave: responsabilidad subjetiva de Estado; falta de servicio; fuerzas de orden y seguridad del Estado; indemnización de perjuicios; carga de la prueba.

Abstract: The concept of the State’s subjective liability must be applied when the actions of its agents differ from the Service’s proper functioning and regulation, resulting in trials for Damages, due to the lack of service. Notwithstanding the above, before the State’s subjective liability is confirmed by a Court of Law, it is necessary to evaluate the sort of activities and required performance standards that it must abide by. The Chilean police force, Carabineros de Chile, is authorized by our legal system to use force, being liable for their actions when such force is not adequate to its objectives which is the reestablishment of public order, or when their actions result in undesired consequences, that could have been avoided by the institution.

Keywords: Subjective liability; public safety forces; lack of service; damages; burden of proof.

Las Fuerzas de Orden y Seguridad del Estado son por ley las llamadas a garantizar el orden público debiendo dar eficacia el derecho y a utilizar para tal fin a los medios disponibles para ello.

Durante el último tiempo en Chile, el número de manifestaciones sociales, como asimismo la intensidad y participación ciudadana en ellas, han ido en aumento, situación que ha conllevado, entre otras cosas, a incrementar y perfeccionar la labor policial, lo que ha generado como efecto colateral un aumento en el ingreso de demandas por indemnización de perjuicios a causa de lesiones ocasionadas por el actuar de estos agentes del Estado.

Esta tendencia se inició con el regreso de la democracia en la década de los 90, por casos de violaciones a los derechos humanos. Esto evidencia la eventual respuesta

por parte de los órganos jurisdiccionales particularmente en torno a la construcción del concepto de falta de servicio en los actos que lo configuran, por parte de la víctima o demandante como, asimismo, la prueba y valoración de este actuar por parte de los entes jurisdiccionales.

El presente trabajo pretende efectuar un somero análisis de la reciente sentencia de la Corte Suprema Rol N°306-2020, “Hernández y otros con Fisco de Chile”. Ella se sitúa en el contexto de las protestas ocurridas durante el año 2012 en la Región de Aysén. En una de ellas, el manifestante, don Marcelo Hernández Céspedes, recibió un disparo de un perdigón de goma por parte de funcionarios de policiales, el que impactó en su ojo derecho, lo que provocó enucleación y pérdida de la visión, situación que derivó en una demanda por indemnización de perjuicios basada en la responsabilidad extracontractual del Estado.

1. Descripción del caso

1.1. Antecedentes

Marcelo Hernández Céspedes presentó ante el Primer Juzgado de Letras de Coyhaique, en causa Rol N° 260-2016, una demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, solicitando \$500.000.000 (quinientos millones de pesos) por concepto de daño moral, y \$97.200.000 (noventa y siete millones doscientos mil pesos) por lucro cesante, esto último amparado en la pérdida de su capacidad productiva pues la lesión provocada le impediría trabajar, teniendo presente, según expone en su demanda, que su vida útil para continuar laborando era de al menos 27 años más.

Según manifiesta en su libelo, la pérdida de su ojo derecho fue el motivo por el cual perdió su empleo, consistente en manejar maquinaria para faena pesquera, labor que según explica requiere extrema precisión y cuidado en su manipulación. Asimismo, expone que

debió realizarse tratamientos médicos en Santiago, lo que implicó que su cónyuge, Edumilia Cadín, debiera dejar su trabajo, a su vez, para acompañarlo. Su hija, Yuli Hernández, también sufrió angustia y depresión por la situación que vivía su padre, sumadas al estrés post traumático y al temor que, desde ese momento, le provocaba ver a uniformados.

Tanto su hija como su cónyuge solicitaron una indemnización por daño moral de \$100.000.000 (cien millones de pesos) y \$150.000.000 (ciento cincuenta millones de pesos), respectivamente. Por sentencia de fecha 17 de mayo del año 2019, se rechazó la demanda sobre la base de que

atendidas las circunstancias en que ocurrieron los hechos, y sin que exista prueba suficiente que lleve a concluir de manera irrefutable que Carabineros de Chile incurrió en un actuar negligente o culposos que

permita tener por configurada su responsabilidad civil (...) no resultó posible arribar a la convicción que los funcionarios policiales hayan incurrido en una falta de servicio con ocasión de la lesión sufrida (Rol N° 260-2016, 1er Juzgado de Letras, Coyhaique, c. 7°).

La I. Corte de Apelaciones de Coyhaique confirmó la sentencia sin modificaciones, indicando que pesaba sobre la parte demandante la carga procesal de acreditar los hechos en que se funda su pretensión y, en especial, la relación de causalidad que necesariamente debe existir entre el daño y la falta de servicio que se imputó al demandado, situación que en la especie no se produjo.

1.2. Sentencia de la Corte Suprema objeto de análisis

Posteriormente, el demandante interpuso recurso de nulidad sustancial denunciando infracción del artículo 1698 del Código Civil (“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”), en relación con los artículos 38 de la Constitución Política de la

República de Chile (en adelante CPR), artículo 4 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LBGAE) y los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, toda vez que se acreditó la perpetración de un delito de violencia innecesario causado por un daño que provino del disparo de una escopeta institucional de Carabineros de Chile y por tanto encontrándose acreditada la relación de causalidad, corresponde que la carga probatoria sea del Fisco de Chile.

Con fecha 7 de agosto del año 2020, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo, señalando que, si bien en casos justificados y necesarios, Carabineros de Chile está autorizado para hacer uso de la fuerza, la institución resulta responsable cuando ese uso no es el adecuado en relación con los fines buscados, o cuando de su actuar se deriven consecuencias alejadas de dicho fin, que pudieron ser evitadas. En consecuencia, dictó sentencia de reemplazo la cual acogió en parte la indemnización solicitada por el recurrente.

2. Análisis crítico-jurisprudencial

2.1. Responsabilidad Extracontractual del Estado

En nuestro ordenamiento, coexisten dos corrientes doctrinarias en relación con la responsabilidad extracontractual del Estado: la responsabilidad objetiva (o de riesgo, relativa a la responsabilidad patrimonial) y la responsabilidad por falta de servicio (o subjetiva).

La responsabilidad objetiva se configura cuando se está en presencia de una acción u omisión que genera un daño, existiendo una relación causal entre ambos, sin hacer mención del dolo o culpa, por tanto, “ella existe aun cuando no es necesaria una conducta reprochable o imputable a una falta del servicio” (Pierry, 2004, p.13). Respecto a la lesión o daño, es “un perjuicio antijurídico en sí mismo, que el administrado titular de un patrimonio

no tiene el deber jurídico de soportar” (Oelckers, 1998, p. 346). Por tanto, quien sufre daño no requiere probar cuál funcionario ocasionó el perjuicio, ni la existencia del dolo o la culpa. En esta misma línea, el profesor Eduardo Soto Kloss afirma que la responsabilidad del Estado es “constitucional, no civil ni penal, por la primacía normativa de la Constitución, la que es aplicada a gobernantes, gobernados y órganos de Administración del Estado” (Soto Kloss, 1996, p. 309). Estaríamos, pues, frente a un régimen de Derecho Público, aplicable a toda la Administración Pública.

La responsabilidad subjetiva, asimismo, deviene del concepto “falta de servicio”, en atención a lo señalado en el artículo 42 de la LBGAE: “Los órganos de la

Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”.

De acuerdo con la doctrina chilena, específicamente lo establecido por Pedro Pierry, quien impulsó la aplicación del concepto de responsabilidad -subjetiva del Estado (de origen francés) en esta jurisprudencia, se trata de un concepto jurídico indeterminado y es una construcción del ejercicio jurisdiccional, que se caracteriza, según De Laubadère y otros (1999) citado por Olivares como la

mala organización o el funcionamiento defectuoso del servicio, apreciando esas nociones en forma objetiva, por referencia a lo que se está en derecho de exigir de un servicio público moderno, es decir, a aquello que debe ser su comportamiento normal (Olivares, 2019, p. 221)

En definitiva, apunta a que existe un funcionamiento exigido a la Administración del Estado que se está realizando de manera defectuosa, ineficiente, o no se está llevando a cabo (Bermúdez, 2002, p. 257). Este requiere un actuar, la existencia de un daño, y una relación de causalidad entre ambos, pero sobre todo, un reproche del actuar del agente (Bermúdez, 2002, p. 257), es decir, una apreciación moral de la actividad pública que merece amonestación. Sin que se requiera probar qué funcionario causó el daño, o si actuó con dolo o culpa (Letelier, 2002, pp.345-346). Distinto es, y así está reglado, que el Estado pueda repetir en contra del funcionario que ocasionó el daño.

Lo anterior se sustenta en el principio de servicialidad, artículo 1, inciso 4 de la CPR, el respeto a los derechos fundamentales, el principio de juridicidad, legalidad y responsabilidad contenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución, el principio de igualdad ante la ley, del artículo 19 número 2, y de igualdad ante las cargas públicas, consagrado en el artículo 19 N° 20 (Huepe, 2006, pp. 175-176).

Es decir, la falta de servicio recae sobre la persona jurídica estatal y no sobre las personas que la componen. Es, por tanto, una falta ‘anónima’ (Viñuelas, 2006,

p. 181) que evita la ampliación de los supuestos de responsabilidad estatal, por temor a una objetivación absoluta (Viñuelas, 2006, p. 181) de cualquier actuar que pudiese provocar daño.

En esta etapa, el juez debe realizar un “análisis abstracto de la actuación de la actividad de un organismo público (...) este estudio determina la adecuación del acto dañoso a la consideración ‘aceptable funcionamiento del organismo público’” (Enteiche, 2011, p. 123).

2.1.1. El estándar de funcionamiento de Carabineros de Chile

Se determinará que existió falta de servicio comprobable mediante una valoración del funcionamiento normal del servicio, el cual está previamente establecido en la ley, normas reglamentarias e internas, propias de la institución.

Corresponde hacer un somero análisis de las normas aplicables a Carabineros. El artículo 21 de la LBGAE señala que las normas del Título Especial de dicho cuerpo normativo no se aplicarán a las Fuerzas Armadas ni a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública (Bermúdez, 2002, p. 257), no siendo por tanto aplicable en primer término a Carabineros de Chile el artículo 42 LBGAE, que señala: “los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”.

Por tanto, en el ámbito de la responsabilidad, sería posible solo aplicar a dicha institución policial el artículo 38 inciso 2° de la CPR que a la letra reza: “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”. Esta interpretación, si bien armoniza con el sentido literal de la LBGAE, adolece, a nuestro criterio, de reparos, por lo que es posible considerar dicha lógica a lo menos inconstitucional, en atención a que afecta lo preceptuado en los artículos 6, 7 y 38 inciso 2° de la CPR, en virtud del cual se consagra la responsabilidad de los órganos del Estado.

Para indagar sobre el estándar de funcionamiento de Carabineros de Chile, resulta útil destacar que el artículo

101 de la CPR, en su inciso segundo, además de indicar que Carabineros es un órgano dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, señala:

Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integrados 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 determinen sus respectivas leyes orgánicas (CPR, Art. 101, inciso 2).

En el mismo tenor, lo expone el artículo 1 inciso primero de la Ley Orgánica de Carabineros de Chile, N° 18.961.

Bajo estas premisas, se le entrega el monopolio de la fuerza legítima y el uso de armas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 103 de la CPR: “Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada por quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a esta”.

De acuerdo a lo indicado en la sentencia, haciendo referencia al documento acompañado a fojas 225 de autos, singularizado como NCU N°2793918, que imparte instrucciones relacionadas con manifestaciones, “Queda estrictamente prohibido... hacer uso de las escopetas antimotines, salvo que cuente con la instrucción y autorización correspondiente”, y añade el punto 7 de dicho documento:

Se ha podido observar que (...) carecen de una cronología detallada de los incidentes que ocurren y que grafique la realidad de los hechos y el nivel de agresividad de los manifestantes, de manera que exista concordancia de la realidad con los medios logísticos empleados por Carabineros especialmente las circunstancias que se hacen necesario el uso de escopetas antimotines (SCS ROL 306-2020, c°2).

Continúa la sentencia en su considerando tercero:

Que, en este escenario, resulta establecida la

existencia de una falta de servicio por parte de la demandada, por cuanto el actor recibió en su ojo derecho un balín de goma disparado desde una escopeta antidisturbios de aquellas manejadas por sus funcionarios, en circunstancias que su uso no lo hacía necesario, siendo en tal escenario la institución responsable por las consecuencias de dicho disparo, en tanto se trata de efectos posibles y cuyo riesgo de ocurrencia es asumido por la autoridad al momento de autorizar su utilización, (SCS ROL 306-2020, c°3).

El mandato constitucional que recae a Carabineros de Chile es una actividad especialmente compleja, por lo que la doctrina ha señalado que estos “han de ser responsabilizados sólo en el caso que haya de existir una falta grave” (Enteiche, 2011, p. 116). A mayor complejidad de la actividad, mayor es el estándar de diligencia exigido a fin de hacer una abstracción del concepto de falta de servicio aplicable.

El estándar de exigibilidad debe considerar la observancia de los protocolos institucionales de tal forma que un incumplimiento implica indudablemente una “desviación de la Administración del modelo de conducta para ella fijado” (Mir, 2002, p. 39). Por lo mismo, consideramos que no aplica en este caso un régimen de responsabilidad objetiva, ni aun por el riesgo que implica su actividad y el uso de armas, sino subjetiva, por la falta de servicio delineada por los protocolos, instrucciones e incluso órdenes de superiores, que debe ser llevado a cabo correcta y oportunamente. Lo anterior, a pesar de los avances tecnológicos que han permitido la creación de armamento cada vez más letal, puesto que al mismo tiempo son más precisos y reglados. Por tanto, si bien el uso de pertrechos por la fuerza pública aumenta la capacidad y posibilidad de generar daño, conlleva necesariamente una mejor preparación, la cual es responsabilidad del órgano propiamente tal.

Por lo demás, no toda conducta de la Administración conlleva responsabilidad, por tanto, se debe efectuar una estimación del patrón de comportamiento y rendimiento normal exigible a los servicios públicos (Oelckers, 1990, p.

160). Existe cierto consenso en doctrina en el sentido de establecer que el criterio no puede ser fijado en términos absolutos al momento de determinar la excusabilidad o no de la ilegalidad. De tal manera, “juega un rol vital en el juzgador la conciencia jurídica general que impera en ese momento y que puede evolucionar en el tiempo” (Oelckers, 1990, p. 160).

Sin perjuicio de lo anterior, en relación con el estándar de exigibilidad, resulta necesario señalar que, si bien la sentencia consideró la referencia a los protocolos de actuación, no se refirió, por ejemplo, a la existencia o inexistencia de otros medios para controlar el orden público, como tampoco a su acceso y oportunidad de ser efectivamente ejecutados por los funcionarios policiales, situación que estimamos debió ser considerada al momento de determinar la responsabilidad.

2.1.2. Régimen general de falta de servicio de Carabineros de Chile

La doctrina ha señalado que para determinar la responsabilidad de agentes del Estado que han causado daño, aplicarían las normas del derecho común, contenidas en el Código Civil, específicamente, el artículo 2314: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”, siendo en este caso, el Estado el sujeto de la oración (“El que ha...”). Así se determinó en la causa Rol N° 1494-2016, en su considerando 7°: “la falta de servicio demandada, debe ser reconducida al art. 2314 del Código Civil, pues en la especie se esgrime la falta de una serie de funcionarios anónimos”.

El artículo hace referencia al “hecho propio”, donde no cabe la prueba del dolo o culpa del funcionario (Pierry, 2004, p. 47), puesto que se refiere al hecho u acto, reprochable en sí, de la Administración, que generó daño que indefectiblemente nace de la naturaleza de sus actos.

Como fue advertido, el régimen general de responsabilidad por falta de servicio encuentra su

consagración legal en el artículo 42 de la LBGAE. Por tanto, en principio, conforme lo dispone el artículo 21 inciso 2°, existiría una expresa prohibición legal de aplicar dicho régimen de responsabilidad a Carabineros de Chile.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta relevante indicar que este punto fue referido en los últimos considerandos de la sentencia en análisis, y se señaló que la fuente de la responsabilidad relativa a un órgano excluido de la aplicación del artículo 42 debe tener en consideración el título XXXV del Libro IV del Código Civil, particularmente el artículo 2314 que establece la responsabilidad por el hecho propio en caso de que exista falta de servicio, y los artículos 2320 y 2322 del mismo texto, en el caso de que se establezca la responsabilidad por hecho ajeno, si se trata de una falta personal o de los funcionarios. Por lo demás, el propio fallo, en su considerando 4°, señala que “les resulta aplicable el sistema de responsabilidad contenido en el derecho común aceptándose también por esa vía la noción de falta de servicio”.

Ahora bien, sobre el particular, este análisis destaca el voto del ministro Muñoz, por cuanto se estima que la responsabilidad de Estado por falta de servicio, en este caso, no arranca de las disposiciones del derecho común, sino que encuentra su fundamento en el propio derecho público, esto es, en los artículos 2, 4, 5, 6, 7 y 38 inciso 2° de la CPR, 4 y 42 de la LBGAE.

En efecto, Carabineros de Chile forma parte de la Administración del Estado, por tanto, se encuentra sujeto al principio de legalidad: “la administración pública podrá entrar en el desarrollo de una actividad o actuación sólo cuando el legislador le hubiere autorizado” (Bermúdez, 2014, p. 95), por lo que es aplicable en su actuar el artículo 4 de la LBGAE: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

Si bien la resolución de la sentencia analizada, como asimismo la argumentación del ministro Muñoz, dan pie

para acoger en este caso la responsabilidad por falta de servicio, es necesario identificar la especial naturaleza que rige la relación entre los sujetos, ya que existe un conjunto de principios que orientan el actuar de la Administración, los cuales son esencialmente diferentes a las relaciones regidas por el derecho privado.

Sobre este punto, la jurisprudencia ha sido variopinta. La Corte Suprema, durante el año 2017, resolviendo un recurso de casación relacionado con una eventual falta de servicio atribuible al Ejército de Chile, concluye que no resulta aplicable el Estatuto del Código Civil pues, según indica el artículo 21 LBGAE, no excluye la aplicación del concepto falta de servicio y el consecuente régimen de responsabilidad de derecho público a las Fuerzas Armadas, refiriendo dicha norma exclusivamente a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria, sin afectar el régimen de responsabilidad de las instituciones a las cuales hace referencia, interpretación que se impone, dado que no se advierte afectación del artículo 4 del mismo cuerpo normativo (SCS, Rol N° 52961-2016, c. 11).

2.1.3. Carga de la prueba

La sentencia de primera instancia expuso que la falta de servicio atribuida a Carabineros de Chile por el demandante no se limita a la simple omisión en el cumplimiento de sus funciones, y se debe acreditar la culpa o negligencia en el desempeño de los funcionarios policiales, situación que no se produjo, pues no se presentaron los medios probatorios que avalaran tal pretensión (S, Rol N°260-2016, 1er Juzg. de Letras, Coyhaique, c. 16°). En el mismo sentido, se razonó en segunda instancia al indicar que, conforme al artículo 1698 del Código Civil, de aplicación general y subsidiaria, el peso de la prueba recae en quien alega la falta de servicio, no habiéndose en mérito de los sentenciadores acreditado los hechos alegados por los demandantes.

Este razonamiento se invirtió en la sentencia de análisis, pues la Corte Suprema estimó que la función policial es un servicio público continuo y permanente destinado a garantizar el orden y la seguridad en la

sociedad y los derechos de las personas de acuerdo con los ya mencionados artículos 101 de la CPR y 1 de la Ley Orgánica Constitucional N°18.961 de Carabineros de Chile. Esta lógica supone que es Carabineros el responsable de velar que el uso de la fuerza conduzca a la consecución de la finalidad buscada, esto es, el resguardo del orden público, debiendo responder cuando se producen resultados alejados de tal objetivo en cuanto es la institución quien se encuentra en la posición de evitarlos.

Entendemos que, en este caso, se invirtió la carga de la prueba, apelando a una razón de justicia por cuanto responsabiliza a quien tiene mayor posibilidad de probar el hecho u actuación, considerando el factor humano (falible) y real. El juez se rige por el principio de inexcusabilidad y certeza jurídica, por tanto, si el hecho afirmado no llega a ser probado, por falta de pruebas, debe igualmente ser fallado (Palomo, 2013, p. 452).

Así ocurrió en “Piucol Uribe Guillermo con Fisco de Chile” (SCS Rol N°2083-2019), el cual falla sobre las base de hechos de similar naturaleza, esto es, en el contexto de una manifestación en Aysén en la cual resultó dañado un manifestante el mismo día de ocurridos los hechos que motivaron el libelo de estudio, caso en el cual, si bien se acreditó la acción y el daño, no fue posible concluir que la acción se realizó con dolo o culpa pues no se incorporaron medios probatorios que demostraran la autoría de Carabineros, pese a haberse indicado que los proyectiles eran disparados por armas en uso de dicha institución policial, indicando, además, que el demandante no pudo esgrimir la diferencia entre falta de servicio o responsabilidad por el hecho ajeno, lo que evidencia las dificultades probatorias a las que muchas veces los demandantes se ven enfrentados (SCS, Rol N° 2083-2019). Lo anterior nuevamente contó con el voto en contra del ministro Sergio Muñoz, quien estuvo por indemnizar al afectado por las lesiones causadas a manos de dichos carabineros.

Así pues, en ambos casos, se perfilaba un evidente desamparo. El artículo 1698 del Código Civil establece

una norma que determina la carga de la prueba y que se relaja por ciertas presunciones legales que no cabían en este caso en concreto. De este modo ha permitido la flexibilidad de esta norma mediante la inversión de la carga de la prueba a fin de aplicar una mayor justicia distributiva para evitar que el demandante quede en la indefensión, lo que genera un contexto ecuánime entre el particular y el aparato estatal.

Cabe al menos preguntarse cuál será el destino de las demandas por indemnización de perjuicios, particularmente en el caso de las víctimas de trauma ocular ocasionados por funcionarios policiales, puesto que resulta particularmente compleja la generación de determinados medios probatorios que acrediten la concurrencia de la responsabilidad del Estado, toda vez que muchas de estas pruebas están en manos de quienes infringieron un daño.

Actualmente, se está discutiendo el nuevo proyecto de Código Procesal Civil, el cual incluiría un tratamiento distinto a la tradicional carga de la prueba. Específicamente, su artículo 294 vendría a reemplazar

el artículo 1698 del Código Civil, estableciendo la carga dinámica de la prueba: “El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación”. Esto solo viene a comprobar que los legisladores están en la búsqueda de soluciones ante la rigidez de la carga probatoria en el sistema jurídico chileno para facilitar la tutela en derecho de aquel que procesalmente se encuentra en una posición más débil.

Consideramos que el anterior artículo adolece de varios bemoles. Entre ellos, alterar las normas del debido procedimiento, las que deben estar definidas con anterioridad al proceso, e imponer al juez el rol de definir discrecionalmente la carga de la prueba, a riesgo de generar situaciones arbitrarias (Palomo, 2013, p. 456), lo que resta certeza jurídica al proceso y deteriora el principio de contradicción, además de contrariar el artículo 19, N° 3 inciso 5, de la CPR, el cual establece que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.

3. Conclusiones

Tal como fue señalado precedentemente, estimamos que corresponde aplicar una noción subjetiva a la responsabilidad del Estado, cuando las actuaciones de sus agentes se alejan del funcionamiento correcto del servicio. Sin perjuicio de lo anterior, se concuerda con determinado sector de la doctrina, en orden a que determinada actividad estatal, independiente de su licitud o ilicitud, debe considerar, previo a establecer la responsabilidad del Estado, el estándar de actuación que le es exigible.

Lo anterior, estimamos, guarda relación y aplicación directa con la actividad desarrollada por Carabineros de

Chile, toda vez que la evaluación de su conducta debe considerar su particular misión, en función del contexto y los medios de control de orden público disponibles en el momento.

De esta forma, se destaca en este punto el rol de los tribunales de justicia, dado que al no encontrarnos frente a una situación de responsabilidad objetiva, dicha labor jurisdiccional guarda una especial importancia pues debe evaluar la conducta del órgano, el daño y la relación de causalidad, sin desmerecer el particular estándar de exigencia, el cual deberá ser analizado caso a caso.

Otro punto de importancia corresponde al peso de la carga probatoria, situación que dio lugar a la Corte Suprema para acoger la casación en fondo y, con ello, la indemnización de perjuicios solicitada por el recurrente. A nuestro juicio, la inversión de la carga de la prueba dio pie para evitar dejar a la parte más débil en indefensión, evitando con ello generar una situación que diera paso a la irresponsabilidad estatal.

Finalmente, el estudio realizado destaca la sentencia analizada pues consideramos que, si bien desde la

data de la ocurrencia de los hechos a la fecha de la dictación de sentencia por parte de la Corte Suprema transcurrieron aproximadamente nueve años, la reciente decisión de la Excelentísima Corte, pudiera dar luces o servir de precedente a las eventuales e incipientes demandas por indemnización de perjuicios, a raíz de los incidentes generados con Carabineros de Chile, durante los años 2019 y 2020, en el contexto del denominado “estallido social”.

Referencias

- Bermúdez Soto, J. (2002). La Responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado por falta de servicio y por el daño ambiental. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXIII, 253-254.
- Bermúdez Soto, J. (2014). *Derecho Administrativo General. Tercera Edición Actualizada*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Enteiche Rosales, N. (2011). El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial 1999-2010. *Revista Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, (23), 109-135.
- Huepe Artigas, F. (2006). *Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad, objetiva en su actividad administrativa*. Santiago, Chile: LexisNexis.
- Olivares, J.M., (2019). La Responsabilidad por Falta de Servicio en la Administración Hospitalaria. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 87(246), 213-246.
- Letelier Wartenberg, R. (2002). Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, (23), 343-375.
- Mir Puigpelat, O. (2002). Propuesta para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la administración. En: Ortiz J, Mahillo P (coordinador). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: crisis y propuestas para el siglo XXI* (pp. 33-60). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Oelckers Camus, O. (1990). Actos administrativos ilícitos y responsabilidad extracontractual del Estado Administrador. *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, 13, 155-164.
- Oelckers Camus, O. (Año). La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio. *Revista Chilena del Derecho. Actas XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, (26), 345-352.
- Palomo Vélez, D. (2013). Las Cargas Dinámicas de la Prueba, ¿es indispensable darse toda esta vuelta? *Revista Ius et Praxis Universidad de Talca*, Año 19, (2), 447-464.
- Pierry Arrau, P. (2004). ¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*. N° (11), 11-21.
- Soto Kloss, E. (1996). *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*. Tomo II. Editorial Jurídica.
- Viñuelas Hojas, M. (2006). La responsabilidad del Estado chileno por hechos de la Administración: avances y retrocesos. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 13, (1), 171-191.

Jurisprudencia citada

Sentencia Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 2083-2019, “Piucol Uribe Guillermo con Fisco de Chile”.

Sentencia Corte Suprema. Sala Tercera, Rol N° 52961-2016 “Jaramillo Amoyao Marco Antonio con Fisco de Chile”.

Sentencia Corte Suprema. Sala Tercera. Rol N° 6118-2005, “Muñoz con Fisco de Chile”.

Sentencia Rol N° 260-2016, “Hernández y otros con Fisco” del Primer Juzgado de Letras de Coyhaique.

**Simona
Canepa
Aravena**

Universidad Finis
Terra

scanepa@uft.cl

La interferencia excesiva del Estado en el ámbito familiar. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez RolN° 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas), de fecha 26 de julio de 2021

The excessive interference of the State in the family sphere. Commentary on Constitutional Court's ruling on the bill that prescribes a guaranteed system for children's rights. Rol No. 11.315/11.317-21-CPT (accumulated), 26 July 2021

Resumen: El presente comentario tiene por objeto el análisis del voto de mayoría de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez. En la sentencia comentada se acogen dos requerimientos parlamentarios en virtud de los cuales se impugnaron tres artículos controversiales del proyecto de ley debido a la excesiva interferencia del Estado en el ámbito familiar, la vulneración del derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos, la libertad de enseñanza, entre otros.

Palabras clave: garantías de la niñez; Tribunal Constitucional; niñez; derecho preferente de los padres; autonomía progresiva.

Abstract: This commentary analyzes the majority vote of the Constitutional Court's ruling on the bill that prescribes a guaranteed system for children's rights. The sentence accepted two parliamentary recourses that challenged three controversial articles of the bill on the grounds of the State's excessive interference in the family sphere, violation of parents' right and preferential duty to educate their children, and freedom of education, among others.

Keywords: childhood guarantees; Constitutional Court; childhood; preferential right of parents; progressive autonomy.

En una reciente sentencia¹, el Tribunal Constitucional acogió dos requerimientos parlamentarios, uno de un grupo de senadores y otro de un grupo de diputados, respaldados además por observaciones del presidente de la república, en virtud de los cuales se declararon parcialmente contrarios a la Constitución Política tres artículos del entonces proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez (Boletín N° 10.315-18)². Los artículos se refieren al Título II del proyecto de ley, sobre Principios, Derechos y Garantías de la Niñez. En particular: el principio de autonomía progresiva de los niños, la libertad de asociación y reunión, y el derecho a la educación.

Dentro de los cuestionamientos realizados por los parlamentarios se encuentra la excesiva interferencia

del Estado en el ámbito familiar, la juridificación de las relaciones familiares, la vulneración del derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos, la vulneración a la libertad de enseñanza, entre otros.

El presente trabajo pretende, en primer lugar, explicar los hechos que dieron lugar a los requerimientos. En segundo lugar, explicar en concreto las controversias y la decisión del Tribunal Constitucional para cada caso. Y, en tercer lugar, realizar comentarios a la sentencia en cuanto a la interferencia estatal indebida, a la juridificación de las relaciones familiares y a la relación entre el principio de autonomía progresiva y el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos.

1. Hechos

La ley N° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia ingresó a la Cámara de Diputados en septiembre de 2015, a través de un Mensaje de la expresidenta Michelle Bachelet. La iniciativa tiene por objeto la protección integral y el ejercicio de los derechos de los niños y niñas reconocidos en la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados internacionales y las leyes. Dentro de los fundamentos que se señalan en el Mensaje están: la obligación del Estado a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la centralidad de la familia y la adecuación normativa a la Convención. La norma consta de seis Títulos, pero se divide en dos grandes partes: la primera se refiere a las definiciones generales, a los derechos y principios de la protección de la niñez, y la segunda se refiere a la materialización de

dicha protección a través de la protección administrativa.

Durante la tramitación del proyecto de ley en el Congreso Nacional, se suscitaban diversas controversias en los distintos trámites constitucionales. Las principales fueron las siguientes tres:

Intromisión indebida del Estado en la intimidad familiar. El proyecto en su versión original implicaba una intromisión indebida a la intimidad familiar, toda vez que se otorgaban facultades jurisdiccionales a órganos de la Administración del Estado, esto es, al Ministerio de Desarrollo Social y Familia. En este sentido, la Corte Suprema cuestionó en un informe de 2015³ que se entregara a un órgano administrativo una serie de facultades que son propias de la competencia jurisdiccional, pudiendo el órgano

¹ Tribunal Rol N° 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas), de fecha 26 de julio de 2021.

² Ley N° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, promulgada con fecha 06 de marzo de 2022.

³ Corte Suprema, Oficio N° 123 – 2015, de fecha 17 de noviembre de 2015.

administrativo adoptar medidas intrusivas respecto de los derechos de los padres o de quien tiene al niño a su cuidado.

Falta de dotación económica suficiente para la protección administrativa que se proponía. El proyecto de ley pretendía crear un sistema de protección administrativa, pero no contaba con recursos asociados ni concretaba su aplicación territorial. Esto fue superado durante el segundo trámite constitucional de la iniciativa, al incorporar un Informe Financiero con recursos necesarios y aplicación territorial de la ley.

Desvinculación y oposición dialéctica del niño respecto de su entorno familiar. Se criticó que el proyecto de ley entendiera al niño como un sujeto aislado, sin considerarlo dentro de un entorno familiar, y entendiendo muchas veces la relación paterno filial como una relación dialéctica, en donde padres e hijos estaban en constante conflicto. Esta crítica se mantuvo a lo largo de toda la tramitación de la iniciativa, y es la causa de los requerimientos parlamentarios que pasamos a comentar.

Con fecha 25 de junio de 2021, el proyecto de ley fue despachado del Congreso Nacional. Con fecha 29 de junio de 2021, un grupo de senadores y diputados presentaron dos requerimientos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en contra de tres artículos del proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez, Boletín N° 10.315-18. Al versar sobre la misma materia, el Tribunal Constitucional acumuló ambas causas. Los requerimientos de inconstitucionalidad se pusieron en conocimiento del presidente de la república, quien, con fecha 11 de julio de 2021, formuló a su vez observaciones al proyecto de ley, sumándose a la voluntad de los parlamentarios de solicitar al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos impugnados.

Con fecha 26 de julio de 2021, el Tribunal Constitucional dictó sentencia acogiendo los requerimientos parlamentarios y declarando inconstitucionales las disposiciones impugnadas de los artículos 11, 31 y 41 del proyecto de ley, los que pasamos a explicar.

2. Controversias y decisión del Tribunal Constitucional

Las controversias jurídicas que se pusieron en conocimiento del Tribunal Constitucional se suscitaron a partir de las siguientes disposiciones, todas contenidas en el Título II del proyecto de ley sobre Principios, Derechos y Garantías:

2.1. Artículo 11 sobre autonomía progresiva

Artículo 11, inciso primero.- Autonomía progresiva. Todo niño, niña y adolescente, de conformidad al Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, podrá ejercer sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades, atendiendo a su edad, madurez y grado de desarrollo que manifieste, salvo que la ley limite este

ejercicio, tratándose de derechos fundamentales, en cuyo caso las limitaciones deben interpretarse siempre de modo restrictivo.

Respecto del precepto subrayado, los requirentes alegaron que vulneraría el derecho preferente y deber de los padres a educar a sus hijos y el deber del Estado de otorgar especial protección al ejercicio de este derecho, conforme al artículo 19 N° 10 inciso tercero de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 19 N° 26 de la carta magna. Los requirentes señalan que la norma subrayada, al señalar que las limitaciones deben interpretarse siempre de modo restrictivo, invertiría la preferencia que otorga la Constitución a los padres para educar a sus hijos, a favor

de los niños y sin excepción posible.

El Tribunal Constitucional acoge el requerimiento y declara inconstitucional la frase subrayada. La norma impugnada dirimiría *a priori* un conflicto de aplicación de la ley a favor de los niños (considerando decimotercero). El Tribunal constitucional coincide con los requirentes al señalar que la norma impugnada invertiría la preferencia que está garantizada a los padres en el artículo 19 N° 10 de la Constitución Política de Chile (considerando decimoquinto). El derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos cedería en favor de la autonomía progresiva de los niños, norma que desnaturaliza el principio a favor de los padres contenido en la carta fundamental.

Artículo 11, inciso segundo.- Durante su proceso de crecimiento los niños, niñas y adolescentes van desarrollando nuevas capacidades y profundizando otras *que les permiten, progresivamente, requerir menor dirección y orientación por parte de los padres y/o madres, representantes legales o las personas que los tengan legalmente a su cuidado*, junto con un aumento paulatino de su capacidad de responsabilización y toma de decisión respecto de aspectos que afectan su vida. El desarrollo y profundización de capacidades que favorecen la autonomía de los niños, niñas y adolescentes se ve afectado, no sólo por la edad, sino también por aspectos culturales y por las experiencias individuales y colectivas que configuran su trayectoria de vida.

Sobre la frase impugnada del segundo inciso del artículo 11, los requirentes alegaron que son los padres a quienes corresponde —en virtud de su derecho y deber preferente de educar a sus hijos— determinar paulatinamente si sus hijos requieren menor dirección y orientación, y no, por el contrario, a los niños “requerir” —en virtud de su autonomía progresiva— menor dirección y orientación por parte de sus padres.

El Tribunal Constitucional en su sentencia reconoce

la autonomía progresiva como un hecho evidente y propio de la madurez que van adquiriendo los niños a través de su proceso educativo, y señala que en la disposición impugnada impera ya no el buen juicio de quien educa, sino que es directamente el niño, niña o adolescente el titular del derecho a “requerir” menor dirección y orientación respecto de sus padres (considerando decimoséptimo). Nuevamente el Tribunal Constitucional acoge la impugnación de la norma destacada, reconociendo que el precepto padece de la misma “lógica invertida” que el inciso anterior. Esto es, se entiende la autonomía progresiva como una forma de limitación del derecho preferente y deber de los padres a educar a sus hijos, consagrado en el artículo 19 N° 10 de la Constitución Política, a través de una limitación de la participación de los padres en el desarrollo educativo de sus hijos. Toda vez que serían los niños los encargados de “requerir” menor intervención de sus padres o cuidadores (considerando decimooctavo). La utilización del verbo “requerir”, es decir, “exigir” o “reclamar”, denotaría una concepción adversarial de la relación educativa, lo que no es propio de la relación natural que existe entre padres e hijos.

2.2. Artículo 31 sobre libertad de asociación y reunión

Artículo 31, inciso cuarto.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tomar parte en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas convocadas conforme a la ley, sean de carácter festivo, deportivo, cultural, artístico, social, religioso, o de cualquier otra índole, en compañía de sus padres y/o madres, otros adultos responsables, *o por sí solos, si su edad y el grado de autonomía con el que se desenvuelven así lo permitieren*.

Artículo 31, inciso quinto.- Asimismo, tienen derecho a promover y convocar reuniones y/o manifestaciones públicas de conformidad a la ley, en compañía de sus padres y/o madres, otros adultos responsables, *o por sí mismos, si su edad, grado de madurez y la autonomía con la que se desenvuelven así lo permitieren*.

Respecto de las frases impugnadas del artículo 31, incisos cuarto y quinto, los requirentes señalaron que estas disposiciones serían inconstitucionales, toda vez que permiten que los niños puedan tomar parte, promover y convocar reuniones o manifestaciones públicas, por sí mismos, sin necesidad de contar con la autorización de sus padres. Lo anterior, nuevamente vulneraría el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos, consagrado en el artículo 19 N° 10 de la carta fundamental, en relación con el artículo 19 N° 26, ya que este incluye el derecho a dirigir y orientar a sus hijos.

El Tribunal Constitucional señala respecto de las normas impugnadas, que estas juridificarían la relación de dirección y guía de los padres respecto de sus hijos (considerando vigésimo primero). Así, se otorga un derecho legal jurídicamente exigible a un niño, para obrar en situaciones puntuales sin la autorización de sus padres. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que los permisos paternos sobre sus hijos son una materia de regulación social doméstica, es decir, se refieren a un ámbito que no está regulado legalmente ya que tiene que ver con un espacio familiar en que los padres son los encargados de determinar qué reglas establecen respecto de sus hijos.

El Tribunal reconoce que, aunque existan normas relativas al deber de respeto y obediencia a los padres (artículo 222, inciso segundo del Código Civil) o esté regulada la facultad de corrección de los padres a los hijos (artículo 234, inciso primero del Código Civil), estos no son deberes exigibles o justiciables, sino que se trata de deberes morales, sin sanción jurídica (considerando vigésimo segundo). Por el contrario, las normas impugnadas del artículo 31 del proyecto de ley pretenden regular jurídicamente un espacio que por esencia debiera ser libre de interferencias externas. Así, la norma propone el involucramiento del Estado en esta “regulación social doméstica”, estableciendo normas que son justiciables, es decir, exigibles jurídicamente por parte de los niños. Por lo anterior, el Tribunal Constitucional acoge también el requerimiento y declara inconstitucionales las normas impugnadas del artículo 31 del proyecto de ley.

2.3. Artículo 41 sobre el derecho a la educación

Artículo 41, inciso cuarto.- El Estado garantizará, en el ámbito de sus competencias y conforme a sus atribuciones y medios, una educación sexual y afectiva integral, *de carácter laico y no sexista*, y velará por que los establecimientos educacionales otorguen el debido respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa de los niños, niñas y adolescentes, así como por promover ambientes educativos libres de violencia, maltrato y *bullying*.

La última norma impugnada por los requirentes se refiere al artículo 41, inciso cuarto del proyecto de ley, sobre el derecho a la educación. Al respecto, los requirentes alegaron inconstitucionalidad tanto en la forma como en el fondo. Sobre la forma, manifestaron que la norma impugnada del artículo 41 se refiere a una norma de rango orgánico constitucional, sin que se haya respetado el *quorum* requerido por el artículo 66 inciso segundo de la Constitución, esto es, 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio.

Sobre el fondo, el artículo 41, inciso cuarto, señala que el Estado debe garantizar una educación sexual y afectiva integral, de carácter laico y no sexista, imponiendo así al Estado un contenido de inclusión obligatoria en la educación. Lo anterior excluiría cualquier dimensión religiosa o afectiva, o legítimas diferencias en razón de sexo, lo que vulnera los siguientes preceptos constitucionales: (i) el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos de acuerdo con sus propias creencias y convicciones religiosas y morales (artículo 19 N° 10, en relación con el artículo 19 N° 6 y artículo 5, inciso segundo de la Constitución); (ii) la libertad de enseñanza consagrada en el artículo 19 N° 11, incisos primero y cuarto de la Constitución; (iii) la finalidad del Estado de promover el bien común, reconocida en el artículo 1, inciso cuarto, de la Constitución; y (iv) el artículo 1, inciso quinto, en relación con el artículo 19 N° 2 de la Constitución, por negar la igualdad de oportunidades a todos los padres y estudiantes en el sistema educativo, mediante una imposición de uniformidad en los establecimientos, que

impide la debida atención a la diversidad cultural, social y religiosa de las familias.

Sobre la alegada inconstitucionalidad de forma, el Tribunal Constitucional concluye que la frase impugnada constituye un nuevo requisito para el reconocimiento oficial del establecimiento educacional, por lo que sería una disposición de naturaleza orgánica constitucional (considerando trigésimo quinto). Por lo anterior, el Tribunal pasa a analizar si se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 66, inciso segundo de la Constitución, es decir, si se aprobó por las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Concluye el Tribunal señalando que consta que, durante su tramitación en el Congreso Nacional, la norma no reunió el *quorum* exigido por el artículo 66 del texto constitucional, por lo que infringe lo prescrito por la carta fundamental (considerando trigésimo octavo).

Sobre la inconstitucionalidad de fondo, el Tribunal Constitucional señala que el término “laico” ha debido ser precisado por nuestra legislación, entendiendo por tal (en virtud de la ley N° 18.956 que reestructura el Ministerio de Educación Pública) la educación respetuosa de toda expresión religiosa y pluralista. Sin embargo, en el proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez, el legislador ha acuñado un nuevo concepto, esto es, “laico y no sexista” (considerando vigésimo quinto). El término “no sexista”, en palabras del Tribunal Constitucional, no es una calificación de contenido neutral. El mandato estatal

de garantizar una educación sexual de carácter “laico y no sexista” limita el tipo de educación sexual que pueden ofrecer los establecimientos educacionales, debiendo adaptar su cosmovisión valórica y religiosa ahora a un tipo de educación menos diversa (considerando vigésimo quinto).

El término “laico y no sexista”, predicado respecto de un tipo de educación, implica una cosmovisión valórica previa, que puede no ser compartida por muchas familias y establecimientos educacionales. Para el Tribunal Constitucional, lo reprochable de esta disposición no es que la educación sexual que se imparta por algunos colegios pueda tener esta orientación laica y no sexista, sino que se excluya otras dimensiones valóricas sobre la materia. Lo anterior afecta la libertad de enseñanza (artículo 19 N° 11, inciso cuarto de la Constitución) y la libertad religiosa (artículo 19 N° 6 de la Constitución) (considerando vigésimo séptimo).

Nuevamente, reconoce el Tribunal Constitucional, este precepto reflejaría una interferencia excesiva por parte del Estado en espacios que debieran ser de libertad y autonomía especialmente protegidos. La imposición de un tipo de educación sexual “laica y no sexista” excluiría otras dimensiones valóricas que los padres y los establecimientos de enseñanza deseen promover (considerando vigésimo octavo). Por todos los argumentos señalados, el Tribunal Constitucional acoge también el requerimiento de inconstitucionalidad respecto del artículo 41, inciso cuarto del proyecto de ley.

3. Comentarios a la sentencia

3.1. Interferencia estatal indebida

La relación que existe entre padres, hijos y Estado es una relación compleja. A primera vista, podría parecer que el ámbito de la filiación queda por completo reservado al

ámbito privado, en donde ni terceros ni el Estado debieran intervenir. Sin embargo, por experiencia sabemos que, en ciertos casos, el Estado necesariamente debe adoptar medidas para intervenir la relación entre padres e hijos.

¿En qué medida el Estado debe regular jurídicamente las relaciones entre padres e hijos? Es una respuesta difícil de responder. La relación entre Estado, padres y niños no es a todas luces clara y debe regularse de distintas maneras para distintas situaciones. En principio, y tal como reconoce la Constitución Política de Chile (artículo primero, inciso tercero de la Constitución), la relación entre el Estado y la familia debiera entenderse a la luz de la subsidiariedad.

Por una parte, en su dimensión negativa, el principio de subsidiariedad implica que “el Estado debe ‘retirarse’ de aquellos ámbitos de la vida social que pueden ser asumidos por los particulares” (Letelier, 2015, p. 114). Así, el Estado debiera respetar la autonomía de la familia en el cumplimiento de sus fines. Lo anterior se relaciona también con el principio de mínima intervención del Estado que se ha desarrollado respecto del derecho de familia. Esto es: “el Estado no puede interferir a través de sus órganos en la familia contra la voluntad de la propia unidad familiar, sino en casos graves y extremos” (Pinochet y Ravetllat, 2015, p. 70).

Por otra parte, el principio de subsidiariedad en su dimensión positiva implica que el Estado debe “suplir aquellos aspectos en los cuales los particulares no han sido capaces de actuar del modo en que sería conveniente” (Letelier, 2015, p. 114). En virtud de esta dimensión, el Estado “debe realizar todas aquellas actividades necesarias para alcanzar su fin, el bien común, que los particulares no quieran o no estén en condiciones de hacer, habiendo agotado legalmente todos los medios para que éstos realicen dicha actividad” (Urbina, 2005, p. 330). De esta manera, en relación con la familia, el Estado debe necesariamente intervenir con su apoyo cuando esta por cualquier razón no está ejerciendo de manera

plena sus funciones. Esta dimensión positiva del principio de subsidiariedad en relación con la familia se manifiesta en el artículo 1.º, inciso quinto de la Constitución Política, en virtud del cual el Estado tiene como deber dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento. Debido a lo anterior, el Estado no solo tiene el deber de no intervenir en la familia, salvo cuando sea necesario, sino también tiene el deber de protegerla y propender a su fortalecimiento, ya no desde una “retirada” del Estado, sino desde la adopción de acciones y medidas concretas y positivas para apoyar el desarrollo familiar.

Sin embargo, pareciera que en el último tiempo no se ha respetado este principio de subsidiariedad en la relación entre el Estado y la familia, en cuanto, por una parte, se ha fallado en el deber de “abstención” del Estado respecto de la intimidad familiar⁴, y, por otra parte, no se ha brindado el apoyo necesario a las familias que no cuentan con las herramientas para el desarrollo de su función propia⁵.

Un ejemplo de iniciativa en que se ha intentado intervenir de manera indebida la familia por parte del Estado es el proyecto de ley en comento que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez. La iniciativa pretende reconocer una serie de derechos y principios en relación con la niñez, pero al hacerlo, se ha pasado a llevar el ámbito familiar. Por lo anterior resulta especialmente relevante la sentencia del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual, se reconoce que la familia es un espacio comunitario íntimo de padres e hijos (considerando segundo) y cuya autonomía está especialmente protegida por la carta fundamental (considerando sexto). La sentencia reivindica el valor superior que la Constitución Política de la República reconoce a la familia como núcleo fundamental de la

⁴ Por ejemplo, de acuerdo con la Ley N° 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, las niñas menores de 14 años podrían no contar con la voluntad de sus padres para realizar un aborto. En estos casos, bastaría la intervención del juez para que constate la ocurrencia de alguna causal, quien podría pronunciarse incluso contra la voluntad de los padres de la niña.

⁵ Por ejemplo, en mayo de 2019, el Ministerio de Desarrollo Social y Familia realizó una encuesta a 547 niños en situación de calle. Según sus resultados, un 53% de los niños que durmieron en la calle durante ese año lo hicieron por problemas con su familia. Es decir, tenemos 290 familias concretas que necesitan asistencia del Estado, ya que, por alguna razón, que puede deberse a la falta de herramientas o capacidades para la crianza, no están cumpliendo su función protectora respecto de sus hijos. Ver: http://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/storage/docs/1_Infografia..Conteo_NNASC_Mayo2019_2.pdf

sociedad en su artículo primero inciso segundo, además de señalar que las normas impugnadas implican una interferencia excesiva por parte del Estado en espacios de libertad y autonomía de los cuerpos intermedios, como son la familia y los establecimientos de enseñanza (considerando primero).

3.2. Juridificación de las relaciones familiares

Por otra parte, las normas impugnadas del proyecto de ley pretendían juridificar relaciones que, por su misma naturaleza, debieran ser un espacio sin regulación jurídica. El ámbito familiar y doméstico debiera ser un ámbito protegido y caracterizarse por la autonomía, ya que las relaciones familiares entre padres e hijos no responden a una lógica jurídica de derechos y obligaciones, sino más bien están caracterizadas por la donación de sus miembros y el cariño compartido. Así, a pesar de que hay ciertas materias que deben estar reguladas jurídicamente, por ejemplo, el cuidado personal, la relación directa y regular, los alimentos, la violencia intrafamiliar, entre otras, la regla general respecto de la vida familiar es la falta de regulación legal. Cada familia tiene sus propias reglas. Los padres conocen a cada uno de sus hijos, los acompañan en su desarrollo y madurez, y, por regla general, buscan siempre lo mejor para ellos. Así, la relación cotidiana entre padres e hijos se va dando de manera natural entre ellos, regulando cada familia los espacios de permisos o castigos a sus hijos, dependiendo de las características y madurez de cada uno.

Sin embargo, ciertas normas del proyecto de ley sobre sistema de garantías de los derechos de la niñez pretendían regular jurídicamente este espacio que debiera ser, por su naturaleza, libre de regulación. Por ejemplo, en virtud de una de las normas impugnadas se intentaba establecer *a priori* que los niños podrían por sí mismos, esto es, sin autorización o conocimiento de sus padres, convocar o participar de reuniones o manifestaciones públicas (artículo 31 del proyecto de ley). Así, se pretende interferir el ámbito de regulación doméstica, adoptando el Estado “a favor” de los niños una posición que pasa a llevar la vida familiar y la autoridad y responsabilidad de

los padres respecto de sus hijos. Al reconocer a los niños el derecho a convocar por sí mismos manifestaciones públicas y participar en ellas, la iniciativa pone en términos de derechos y obligaciones un ámbito de la relación familiar que no debiera entenderse de esa manera.

3.3. Autonomía progresiva y derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos

La sentencia del Tribunal Constitucional hace alusión en diversas ocasiones a una inversión por parte de las normas impugnadas del derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos, consagrado en el artículo 19 N° 10 de la Constitución Política de la República. Así, los distintos preceptos impugnados pretenderían, a nivel legal, invertir *a priori* la preferencia que la Constitución reconoce a los padres. El problema, tal como señala el Tribunal Constitucional, no está en reconocer que existe la autonomía progresiva de los niños (considerando decimoséptimo), sino en entender la autonomía progresiva como una limitación del derecho de los padres de educar a sus hijos (considerando decimooctavo).

La autonomía progresiva es un principio relativamente nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. Se ha ido incorporando como principio, por ejemplo: (i) en la Ley N° 21.057 que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo de menores de edad víctimas de delitos sexuales; (ii) en la Ley N° 21.120 que reconoce y da protección a la identidad de género; (iii) en la Ley N° 21.067 que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez; y (iv) en la Ley N° 21.302 que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia. Así, diversas normas han incorporado el concepto de “autonomía progresiva” sin brindar una definición clara de él. En este sentido, la ley N° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia es la primera en incorporar una definición amplia y de aplicación general, de la autonomía progresiva como principio rector en materia de derechos de la niñez.

El principio de autonomía progresiva ha sido desprendido por parte de la doctrina de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado de Chile en 1990. Dicho tratado internacional reconoce en su artículo 5º el deber de los Estados Parte de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres de impartirle a los niños, “en consonancia con la evolución de sus facultades”, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención. De esta manera, cierta parte de la doctrina ha interpretado dicha norma en el sentido de que a medida que los niños van adquiriendo competencias, se reduciría el rol de los padres en relación con su orientación y guía (Landsdown, 2005, p. 19).

Contrariamente a lo esperable, se ha intentado comprender la relación entre padres e hijos como una relación en permanente tensión, teniendo que ceder los derechos de unos a favor de los otros. Por un lado estaría la capacidad de los niños de ejercer sus derechos por sí mismos, y por otro lado, la intención de los padres de imponer sus posturas respecto de sus hijos, limitando así su autonomía y desarrollo.

Esta es la visión del principio de autonomía progresiva que ha sido rescatada por el proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez en sus preceptos impugnados. Así, por ejemplo, el artículo 11 en su inciso segundo facultaba a los niños para requerir respecto de sus padres menor dirección y orientación, tensionando esta relación filial. Por su parte, el artículo 31 sobre libertad de asociación y reunión excluía —en virtud de la eventual autonomía de los niños— a los padres respecto de la decisión de si sus hijos podían o no convocar o participar en reuniones o manifestaciones públicas. Así, se tensiona la relación filial, y se entienden a hijos y padres en polos opuestos. Por una parte estarían los niños reclamando mayor autonomía, y por otra, sus padres intentando limitarla. Sin embargo, el proceso educativo, ejercido de manera preferente por los padres, se orienta justamente al logro de la autonomía de los niños y no, como se ha entendido, a intentar coartarla. Así, los padres en el ejercicio de su derecho y deber preferente lo

que buscan es justamente educar adultos autónomos y maduros, y no intentar imponer su autoridad de manera caprichosa.

Tal como reconoce el Tribunal Constitucional, la autonomía progresiva de los niños, es decir, el hecho de que a medida que crecen y se desarrollan van adquiriendo mayores capacidades para actuar por sí mismos, es un hecho evidente. Sin embargo, lo que resulta conflictivo es comprender dicha autonomía como un límite a los derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos. En ello radica la relevancia de la sentencia comentada, ya que es posible entender autonomía progresiva en concordancia con la autoridad paterna. Desde el origen de la Convención sobre los Derechos del Niño se ha entendido de esa manera, de hecho, el artículo en virtud del cual se ha desprendido la autonomía progresiva (artículo 5 de la Convención) es precisamente el precepto en el cual se consagra el deber del Estado de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos. Así, no puede entenderse la autonomía progresiva si no es en este contexto.

Al momento de redactar la Convención un elemento principal para considerar fue el respeto por los derechos y deberes de los padres en relación con sus hijos. Al respecto, se ha señalado por parte de la doctrina que uno de los consensos fundamentales que se dieron al discutir este tratado “fue con respecto a la responsabilidad parental al dejar en claro la responsabilidad primordial de los padres con respecto a sus hijos, la protección contra la interferencia indebida del Estado y la necesidad de proporcionar ayuda ‘apropiada’ a los padres” (Ornelas, 2020, p. 107). Al respecto, la profesora Ornelas afirma que “de haberse planteado la exclusión de los padres por parte del Estado en cualquier aspecto de la vida del niño, hubiera sido imposible lograr el consenso necesario para firmar la Convención en 1989” (Ornelas, 2020, p. 110).

Para potenciar esta idea, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su preámbulo a la familia como “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros

y, en particular, de los niños”. Además, reconoce que “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, [el niño] debe crecer en el seno de la familia”. En este sentido, podemos afirmar con certeza que la Convención entiende al niño en un contexto familiar y no de manera aislada, reconociendo derechos y deberes a los padres y la importancia de que el niño crezca y se desarrolle en un ambiente familiar⁶.

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como el derecho interno chileno reconocen al niño como un sujeto de derechos, cuyo ejercicio se realiza de acuerdo con la evolución de sus facultades, pero siempre inserto dentro de un ambiente familiar. No se entiende la relación paterno-filial en tensión, sino en armonía, donde los

padres quieren y persiguen el mayor bien para sus hijos. En virtud de dicho bien, se le reconocen a los padres una serie de derechos y deberes en relación con la educación de sus hijos.

Podemos afirmar, en consonancia con lo que señala la sentencia del Tribunal Constitucional, que un reconocimiento de la autonomía progresiva en consonancia con lo que son las relaciones familiares y sociales en su naturaleza no anula los derechos y deberes reconocidos tanto a nivel legal como constitucional a los padres respecto de sus hijos —como pretenden los artículos impugnados— ya que los padres mantendrán su rol protector y formador mientras sus hijos menores de edad se encuentren bajo su cuidado.

4. Conclusiones

La sentencia comentada resulta de gran relevancia en materia de derecho de familia y niñez en Chile. Al ser la autonomía progresiva un principio incorporado durante los últimos años en la legislación, la sentencia resulta particularmente novedosa y genera un precedente respecto de la interpretación que debe darse a este principio, a la luz del derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos. La relación entre Estado, padres e hijos resulta particularmente compleja, ya que debe conjugar dos ámbitos completamente distintos: lo público y lo privado. En este sentido, la sentencia, a nuestro entender, va en la dirección correcta en cuanto resalta la necesidad de respetar los ámbitos de autonomía familiar, particularmente desregulados, sin por eso desconocer el deber del Estado de intervenir en la vida familiar cuando resulta necesario, de acuerdo con el principio de subsidiariedad.

La sentencia no cuestiona la existencia de la autonomía progresiva, sino que la reconoce como algo evidente en

el crecimiento y desarrollo de los niños. Más bien, lo que cuestiona es que en las disposiciones impugnadas el eje prioritario pase a estar en la autonomía de los niños más que en el rol de sus padres quienes serían los primeros llamados a determinar el bien de sus hijos. Tratándose de padres e hijos, los derechos y deberes reconocidos legal y constitucionalmente a los primeros reciben su reconocimiento en virtud del bien de los mismos niños, y no por otorgar un “privilegio” a los padres. Es en virtud del interés superior del niño que se reconoce que los padres son los primeros llamados a educarlos, cuidarlos y protegerlos. Eso es lo que viene a reconocer la sentencia del Tribunal Constitucional: se reconocen y protegen los derechos y deberes de los padres, ya que es a través de la familia que el Estado sirve a los niños (considerando undécimo).

La sentencia afirma a la familia en su lugar de núcleo fundamental de la sociedad, además de recalcar el deber

⁶ En este sentido los artículos 3, 5, 7, 8, 9, 10, 14, 16, 18, 20 de la Convención, entre otros.

del Estado de protegerla y propender a su fortalecimiento. Lo anterior resulta particularmente necesario y relevante en los tiempos que vivimos, donde somos testigos de

diversas políticas que apuntan justamente a lo contrario: a debilitar el núcleo familiar y a limitar los derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos.

Referencias

- Lansdown, G. (2005). *La evolución de las facultades del niño*. Unicef.
- Letelier, G. (2015). Dos conceptos de subsidiariedad: el caso de la educación. En P. Ortúzar (Ed.). *Subsidiariedad: Más allá del Estado Y del mercado* (pp. 113-138). Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Ornelas, A. (2020). La concepción entre el Estado, los padres y el niño en los trabajos preparatorios de la Convención sobre los Derechos del Niño. En C. Domínguez (Ed.). *Convención Internacional de los Derechos del Niño, Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia* (pp. 85-113). Santiago: Thomson Reuters.
- Pinochet, R. y Ravetllat, I. (2015). El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (44), 69-96.
- Urbina, F. (2005). El principio de subsidiariedad, sus fundamentos y su función en una sociedad democrática. *Derecho y Humanidades*, (11), 325-335.

Normas jurídicas citadas

- Constitución Política de la República de Chile. 17 de septiembre de 2005.
- Ley Nº 18.956. Reestructura el Ministerio de Educación Pública. 22 de febrero de 1990.
- Ley Nº 21.030. Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. 14 de septiembre de 2017.
- Ley Nº 21.057. Regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales. 09 de enero de 2018.
- Ley Nº 21.067. Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez. 22 de enero de 2018.
- Ley Nº 21.120. Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. 28 de noviembre de 2018.
- Ley Nº 21.302. Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica. 22 de diciembre de 2020.
- Ley Nº 21.430. Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. 06 de marzo de 2022.
- Decreto Nº 830. Promulga Convención sobre los Derechos del Niño. 14 de agosto de 1990.

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional (2021, 26 de julio). Rol Nº 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas).