

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



ISSN 0716-9132 / 0718-0950 (versión digital)

Revista de
Derecho
(Valdivia)

Volumen XXXVIII - Nº 1 • Junio 2025

Revista
de
Derecho
(Valdivia)

La Revista de Derecho
de la
Universidad Austral de Chile, también *Revista de Derecho (Valdivia)*,
es una revista de estudios generales de Derecho que
se publica en junio y diciembre de cada año.

Toda comunicación debe dirigirse
al Director/a de la Revista,
casilla 567, Valdivia, Chile, o a revider@uach.cl
www.revistaderechovaldivia.cl

Directorios y catálogos
Scopus
SCIELO
Latindex

ISSN N° 0716-9132 / 0718-0950 (versión digital)

Impresión
ANDROS IMPRESORES
Santa Elena 1955
Santiago de Chile



Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO
(Valdivia)

RECTOR UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

JOSÉ DÖRNER FERNÁNDEZ

DIRECTORA Y EDITORA EN JEFE

SUSAN TURNER SAELZER

Profesora Titular, Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho,
Universidad Austral de Chile

EDITORES ASOCIADOS

LETICIA MORALES

Profesora Asociada, Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile

YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO

Profesora Titular, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales, Universidad Austral de Chile

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

Profesor Titular, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales, Universidad Austral de Chile

CONSEJO EDITORIAL INTERNO

DANIELA ACCATINO SCAGLIOTTI,

Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Presidente

SEBASTIÁN AGÜERO SAN JUAN,

Director Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA,

Director Instituto de Derecho Público

DARÍO PARRA SEPÚLVEDA,

Director Instituto de Ciencias Jurídicas, Puerto Montt

CONSEJO EDITORIAL EXTERNO

EDUARDO ALDUNATE LIZANA (*U. Católica de Valparaíso, Chile*)

CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA (*U. de Chile*)

XIMENA GAUCHE MARCHETTI (*U. de Concepción, Chile*)

ISABEL LIFANTE VIDAL (*U. de Alicante, España*)

JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ (*Tecnológico de Monterrey, México*)

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ (*U. Diego Portales, Chile*)

LUCAS SIERRA IRIBARREN (*U. de Chile*)

CONSEJO ASESOR

María Casado González (*U. de Barcelona, España*)

José Luis Cea Egaña (*Pontificia U. Católica de Chile*)

Hernán Hormazábal Malarée (*U. de Gerona, España*)

Aída Kemelmajer de Carlucci (*U. Nacional de Cuyo, Argentina*)

Humberto Nogueira Alcalá (*U. de Talca, Chile*)

Luciano Parejo Alfonso (*U. Carlos III de Madrid, España*)

Roberto Romboli (*U. de Pisa, Italia*)

Ruth Rubio Marín (*U. de Sevilla, España*)

Agustín Squella Narducci (*U. de Valparaíso, Chile*)

ÍNDICE

Volumen XXXVIII - N° 1 (Junio 2025)

INVESTIGACIONES

- El deber de profesionalidad del proveedor: contenido y parámetros objetivos.* María Paz Gatica Rodríguez, María Elisa Morales Ortiz 9
- Crítica a la costumbre jurídica.* Jaime Tijmes Ihl 33
- La regulación de las relaciones de trabajo en Chile frente a los desafíos de conciliación laboral y familiar.* Irene Rojas Miño 53
- Los deberes de cuidado de directores y ejecutivos de sociedades anónimas en Chile y su enforcement.* Osvaldo Lagos Villarreal, Javier Wilenmann von Bernath 75
- Derecho propio indígena y derechos de las mujeres. Jurisprudencia y consulta indígena respecto de la derogación de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua.* Amaya Alvez Marín, Nicolás Díaz Carrillo, Florencia Alvez Marín 95
- El derecho a la asistencia letrada ante la Administración Pública: un derecho reconocido pero no asegurado.* Alejandro Cárcamo Righetti 117
- Fundamentos de lo contencioso administrativo laboral.* Nicolás Humeres Guajardo 137
- Tutela judicial efectiva y poderes del juez en el contencioso administrativo.* Cristófer Rufatt Núñez 159
- Problemas operativos de la retractación de la víctima como causal de reproducción o lectura de declaraciones anteriores.* Agustina Alvarado Urizar 179
- Revocación de la libertad condicional: alcance y sentido de la causal de incumplimiento injustificado del plan de intervención.* Álvaro Castro Morales, Lautaro Carmona Chaimovich 201

JURISPRUDENCIA COMENTADA

- Contratación pública e implementación de políticas públicas, a propósito de las inhabilidades del artículo 4° de la Ley N° 19.886 (Tribunal Constitucional).* Matías Villarroel Flores 229

<i>Obligación de comparecencia personal de los acusados en el contexto de un juicio oral de larga duración (Tribunal Constitucional).</i> Benjamín Gutiérrez Laurie	237
<i>La plena jurisdicción en el proceso contencioso-administrativo: análisis probatorio y prescripción (Corte Superior de Justicia de Lima).</i> Bruno Ramos Huaytalla, Rolando García Castillo	245
<i>El principio protector y el procedimiento laboral en los tribunales superiores. Una relectura (Corte Suprema).</i> Diego Valdés Quinteros	257
<i>Cobro de facturas y protección de la apariencia (Corte Suprema).</i> Javier Narváez Fuentes	265

RECENSIONES

<i>Carmen Domínguez Hidalgo (Directora). Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Hernán Corral Talciani.</i> Recensión de Paula Vásquez Rodríguez	273
---	-----

INVESTIGACIONES

El deber de profesionalidad del proveedor: contenido y parámetros objetivos

*María Paz Gatica Rodríguez**

*María Elisa Morales Ortiz***

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto contribuir a la clarificación del contenido y los parámetros objetivos que definen el deber de profesionalidad de los proveedores en el contexto del derecho del consumo. El artículo sostiene que se trata del estándar de diligencia exigible al proveedor, cuyo incumplimiento constituye negligencia cuando esta sea necesaria para imponer responsabilidad. Por su parte, los parámetros objetivos que definen este deber, y que pueden ponderarse para determinar el monto de la multa, son la habitualidad y la experticia del proveedor.

Deber de profesionalidad; deberes del proveedor; derecho del consumo

The provider's duty of professionalism: content and objective parameters

ABSTRACT

This work intends to be a contribution in clarifying the content of the provider's duty of professionalism and the objective parameters that define it in the context of consumer law. The paper states that it is the standard of diligence expected from the provider, the breach of which constitutes negligence when it is required to assign liability. In turn, the objective parameters that define this duty, and that can be considered to determine the amount of the fine, are the provider's habitual trade and expertise.

Duty of professionalism; provider's duties; consumer law

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Edimburgo, Escocia. Profesora de Derecho Civil, Universidad Austral de Chile, sede Puerto Montt. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4535-6268>. Correo electrónico: maria.gatica01@uach.cl.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Chile. Profesora de Derecho Civil, Universidad Austral de Chile, sede Valdivia. ORCID: Correo electrónico: <https://orcid.org/0000-0003-1200-7253>. Correo electrónico: maria.morales@uach.cl.

Agradecemos a Diego Nichi por su colaboración en la búsqueda y análisis jurisprudencial.

Trabajo recibido el 16.7. 2024 y aceptado para su publicación el 13.11. 2024.

INTRODUCCIÓN

La Ley Nº 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante, LPDC¹) consagra, a lo largo de su articulado, varios deberes que se imponen a los proveedores de bienes y servicios en las relaciones de consumo. Aunque podría esperarse que el contenido de estos deberes, con mayor o menor detalle, se encuentre regulado en la misma LPDC, esto no siempre es así. En efecto, se refiere en dicho cuerpo normativo a un deber del proveedor, cuyo contenido no se explicita: el deber de profesionalidad. Así, el artículo 24 de la ley menciona “los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor” como uno de los criterios que se deben considerar prudencialmente para determinar ante una infracción a las disposiciones de la LPDC.

Como se verá, este deber no ha sido abordado de manera comprehensiva por la doctrina, pese a que es invocado cada vez con mayor frecuencia en los procedimientos judiciales por infracciones a la LPDC. Este trabajo pretende contribuir a la clarificación del contenido del deber de profesionalidad y los parámetros objetivos que lo definen, elaborando los argumentos basados en la escasa doctrina pertinente, algunos pronunciamientos judiciales y ciertas circulares interpretativas del SERNAC que hacen referencia a este deber.

La hipótesis que defiende este trabajo es que el deber de profesionalidad es un estándar que permite determinar la negligencia que configura la responsabilidad del proveedor, y que los parámetros objetivos que lo definen son la habitualidad y la pericia. La cuestión se abordará en cuatro apartados dirigidos a sostener dicha afirmación.

Luego de exponer la forma en que el deber de profesionalidad se encuentra consagrado en la legislación de consumo (sección I), el trabajo aborda el contenido del deber de profesionalidad (sección II). A continuación se presenta una interpretación respecto de cuáles son sus “parámetros objetivos” (sección III). El artículo finaliza con algunas conclusiones.

I. LA CONSAGRACIÓN DEL DEBER DE PROFESIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

En el derecho del consumo chileno existen dos referencias legales expresas al deber de profesionalidad del proveedor.

La primera se encuentra en el artículo 24 LPDC. La disposición establece que en caso de infracción a lo dispuesto en la referida ley procede la sanción de multa, cuyo monto se determinará considerando prudencialmente, entre otros criterios, “los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor”.

¹ Ley Nº 19.496, 1997.

La segunda referencia se encuentra en el artículo noveno N° 6 de la Ley N° 20.416, que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño². Al igual que en la LPDC, el deber se vincula a las consecuencias de las infracciones cometidas por el proveedor. Así, en lo referido a la determinación de la multa, el mencionado artículo dispone lo siguiente:

“Deber de Profesionalidad. Si las infracciones a lo dispuesto en este artículo se refieren a la adquisición o contratación de bienes o servicios que se relacionan directamente con el giro principal de la micro o pequeña empresa, el tribunal deberá considerar en la aplicación de la multa que proceda, que el deber de profesionalidad de la micro o pequeña empresa es equivalente al del proveedor que cometió la infracción”.

Ninguna de las disposiciones entrega luces respecto de cuál es el contenido del deber de profesionalidad ni cuáles serían los parámetros objetivos que lo definen. Ambas disposiciones legales fueron incorporadas a la normativa de protección a los consumidores por la misma Ley N° 20.416³. Sin embargo, la historia de esta ley no proporciona mayores elementos que ayuden a despejar las interrogantes planteadas.

El mensaje con que se presentó el proyecto de ley refiere a la asimetría que caracteriza a las relaciones de consumo y que justificaría la existencia de un estatuto especial, indicando que el sistema de protección a los consumidores busca atender a este desequilibrio, lo que se logra, entre otros mecanismos, “especificando el deber de profesionalidad de los proveedores”. Luego, agrega que las micro o pequeñas empresas pueden verse afectadas por las mismas clases de asimetrías, “principalmente cuando los bienes o servicios comprados no son parte directa del giro principal de la empresa compradora”⁴.

No obstante, del análisis de la ley se advierte que el deber de profesionalidad no está claramente “especificado” como el mensaje pretende. Se trata, como se ha señalado, de “un concepto indeterminado que requiere de precisión”⁵. Se vuelve entonces necesario recurrir a la actividad interpretativa para delinear su contenido y los parámetros que lo definen.

La doctrina nacional no ha ofrecido una visión completa del deber de profesionalidad. En un comentario de sentencia, Gatica y Morales ofrecen una visión general pero preliminar, definiéndolo como “el nivel de competencia y cuidado especial que se puede exigir razonablemente, de acuerdo con la buena fe, a un proveedor en sus relaciones con los consumidores en el ámbito de su actividad o negocio, en razón de la experticia y habitualidad con las que desempeña su giro”. Esta definición se inspira en la noción de “diligencia profesional” que constituye, en el contexto europeo, uno de los elementos determinantes de las prácticas comerciales desleales ante los consumidores⁶. López, por

² Ley N° 20.416, 2010.

³ Artículos noveno N° 6 y duodécimo N° 4 b) Ley N° 20.416, 2010.

⁴ Mensaje N° 1297-355.

⁵ LÓPEZ, 2023, p. 686.

⁶ GATICA y MORALES, 2022.

su parte, presenta una interpretación enfocada específicamente en la actividad publicitaria⁷. Finalmente, en la más reciente obra colectiva y comprehensiva acerca de derecho del consumo, se advierte alguna discordancia entre las contribuciones: a propósito del artículo 23 LPDC, Barrientos, Contardo y Díaz de Valdés califican al deber como una exigencia de mayor diligencia, que invierte la carga de la prueba de la culpa y que la praxis judicial ha ido “objetivando”⁸; mientras que, en el comentario al artículo 24 LPDC, Guerrero afirma que “no se entiende cómo puede existir un parámetro objetivo de deber de profesionalidad del proveedor, ya que no existe una clasificación de deberes de profesionalidad mayores o menores, esperables de un proveedor”⁹.

En consecuencia, en la tarea de ofrecer una visión más completa, serán de especial asistencia las sentencias de nuestros tribunales superiores de justicia y las circulares interpretativas del Servicio Nacional del Consumidor (en adelante, SERNAC). Respecto de estas circulares, es oportuno advertir que sus interpretaciones son obligatorias únicamente para los funcionarios del SERNAC (artículo 58 b) LPDC). No obstante, su consideración puede tener relevancia porque esas tesis interpretativas orientan la litigación del SERNAC y, por esta razón, los tribunales deben en muchas ocasiones pronunciarse respecto de ellas.

II. CONTENIDO DEL DEBER DE PROFESIONALIDAD

1. *Ausencia de regulación del deber de profesionalidad*

El primer desafío que se presenta al intentar determinar el contenido del deber de profesionalidad es, como se ha indicado, su falta de regulación. En este sentido, el deber de profesionalidad puede contrastarse con los demás deberes del proveedor consagrados en la LPDC, cuyo contenido es regulado de manera más o menos concreta. Ciertamente, la forma en que la ley regula el contenido de los deberes del proveedor no es idéntica en todas las situaciones: en algunos casos, recurre a reglas que ordenan acciones descritas específicamente, mientras que en otros nos encontramos con estándares cuya concreción dependerá de las circunstancias del caso¹⁰. Así, por ejemplo, se regula de forma detallada y específica el deber de información¹¹, mientras que el deber de seguridad tiene una regulación menos pormenorizada y entrega al juez la determinación de lo que es “seguro”¹².

El deber de profesionalidad, en cambio, únicamente aparece mencionado en el artículo 24 LPDC a propósito de los elementos que debe el tribunal considerar para

⁷ LÓPEZ, 2023.

⁸ BARRIENTOS, CONTARDO y DÍAZ DE VALDÉS, 2024, pp. 637 y 639.

⁹ GUERRERO, 2024, p. 690. En sentido similar: PONCE, 2023, p. 668.

¹⁰ Acerca de la distinción, véase KENNEDY, 1976, pp. 1687-1688 y en general SCHLAG, 1985.

¹¹ Artículos 1º Nº 3, 3 inciso 1º b), 3 inciso 2º a), b) y e), 12A, 14, 15 Nº 6, 17A-17 D, 17G, 17J, 17L, 28-30, 32, 33, 35-37 (y 39-C, por remisión), 40, 41, 45, 46, y 49 bis LPDC.

¹² Arts. 1º Nº 3, 3 inciso 1º d), 15A Nº 5, 20 a), 23, 24 inciso 5º d), y 44-49 LPDC.

determinar el monto de la multa impuesta a las infracciones, y en el mismo contexto aparece mencionado en el artículo noveno N° 6 de la Ley N° 20.416. Como se adelantó, no encontramos en estas leyes disposición alguna que entregue elementos para determinar su contenido. Sin perjuicio de ello, algunas sentencias judiciales y circulares interpretativas del SERNAC, como también alguna doctrina reciente, reconducen el deber de profesionalidad al artículo 23 LPDC. Si bien esta disposición no consagra el deber de profesionalidad, el vínculo con ella tiene sentido conforme con lo que se expondrá a continuación.

2. *El deber de profesionalidad como estándar de diligencia*

a) Dos sentidos del deber de profesionalidad

Del análisis de la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores y de las circulares interpretativas del SERNAC, se advierte que el deber de profesionalidad, también llamado “principio” de profesionalidad¹³, es comprendido en dos sentidos diversos.

En un primer sentido, el deber de profesionalidad parece simplemente exigir al proveedor el cumplimiento estricto de la normativa vigente y de lo ofrecido o convenido con los consumidores, con fundamento en su habitualidad y pericia en el rubro en que se desempeña. Esta comprensión se desprende, por ejemplo, de algunos fallos que consideran que el proveedor ha incumplido el deber de profesionalidad por el hecho de haber incumplido algún otro deber, típicamente el de respetar los términos y condiciones¹⁴, el de información¹⁵, el de seguridad¹⁶, o el de proporcionar productos o servicios de calidad¹⁷. En un sentido similar se pronuncian las circulares interpretativas del SERNAC pertinentes a buenas prácticas en comercio electrónico¹⁸, ticketeras y productoras¹⁹, continuidad de servicios ante eventos excepcionales²⁰, criterios de equidad en las estipulaciones contenidas

¹³ Principalmente en las circulares interpretativas del SERNAC. Por ejemplo, Res. Ex. N° 190, sobre derecho a la calidad e idoneidad, de 2019.

¹⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel, 15.03.2019, rol 484-2018; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 14.02.2020, rol 29-2019; Corte de Apelaciones de La Serena, 07.05.2024, rol 60-2023.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 04.04.2017, rol 18-2017.

¹⁶ Corte de Apelaciones de Temuco, 08.07.2014, rol 61-2014; Corte de Apelaciones de Santiago, 16.09.2016, rol 1053-2016; Corte de Apelaciones de Arica, 22.05.2024, rol 99-2023.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 15.04.2014, rol 792-2013; Corte de Apelaciones de Concepción, 06.06.2019, rol 19-2019; Corte de Apelaciones de Santiago, 11.09.2019, rol 1869-2018.

¹⁸ Res. Ex. N° 184, de 2019, p. 5.

¹⁹ Res. Ex. N° 186 de 2019, pp. 4-5.

²⁰ Res. Ex. N° 950, de 2019, p. 3.

en contratos de adhesión²¹, publicidad y prácticas comerciales²², publicidad nativa e *influencers*²³, y la obligación de informar la duración de los bienes²⁴.

En esta comprensión, el deber de profesionalidad no parece tener un contenido específico, pues se infringiría cada vez que el proveedor incumple cualquier norma que le sea aplicable o cualquier deber que se le asigne en su calidad de proveedor, por no comportarse como un “profesional”. No se advierte, entonces, qué rol cumpliría este deber más allá de una indicación a los proveedores de comportarse con “profesionalismo”, en un sentido no jurídico. Adicionalmente, si se considerara que el artículo 23 LPDC consagra el deber de profesionalidad, en el sentido de que su incumplimiento configura el tipo infraccional que esa disposición contempla, entonces cualquier infracción a la LPDC constituiría, al mismo tiempo, una infracción al artículo 23 LPDC. Así, toda infracción sería siempre una doble infracción.

En consecuencia, parece más razonable comprender el deber de profesionalidad en un segundo sentido: se trata, en realidad, de un estándar de diligencia en sentido jurídico, cuyo incumplimiento configura la negligencia del proveedor. En particular, como ha afirmado parte de la doctrina nacional²⁵, impone una exigencia de diligencia especial y más alta que la que se impone a la generalidad de las personas. Así también lo han entendido nuestros tribunales superiores en algunas sentencias, indicando que “el deber de profesionalismo y rigurosidad que se le exige es más elevado”²⁶; se les exige un “mayor estándar de conducta”²⁷, un “alto estándar de conducta”²⁸, o un “elevado deber de cuidado”²⁹; y deben “maximizar” las medidas de seguridad³⁰. Otras sentencias son más específicas, indicando que el estándar exigible es conforme con su conocimiento, habilidad o capacidad técnica³¹.

Este estándar más elevado se recoge también en varias de las circulares interpretativas del SERNAC. Por ejemplo, su circular referente al interés general de los consumidores señala que, en virtud del deber de profesionalidad, “todo proveedor debe actuar con una diligencia especial, por su rol de experto (profesional) y conocedor de los procesos que realiza”³². Asimismo, sus circulares a los supermercados y almacenes, y respecto de calidad

²¹ Res. Ex. Nº 931, de 2021, p. 56

²² Res. Ex. Nº 176, de 2022, p. 32.

²³ Res. Ex. Nº 534, de 2022, p. 16.

²⁴ Res. Ex. Nº 773, de 2022, p. 11.

²⁵ Notas 6 y 8 *supra*.

²⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, 05.03.2018, rol 279-2017.

²⁷ Corte de Apelaciones de Arica, 18.08.2021, rol 19-2021.

²⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 09.06.2023, rol 710-2021.

²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 16.06.2023, rol 673-2022.

³⁰ Corte de Apelaciones de Rancagua, 06.05.2024, rol 94-2023.

³¹ Corte de Apelaciones de La Serena, 24.11.2023, rol 18-2023; Corte de Apelaciones de La Serena, 22.04.2024, rol 36-2023; Corte de Apelaciones de La Serena, 07.05.2024, rol 60-2023. Sin embargo, en los dos últimos casos, pese a referir a estos elementos, el resultado se alinea más bien con la primera comprensión del deber.

³² Res. Ex. Nº 932, de 2019, p. 8.

e idoneidad, indican que, como consecuencia de este principio, al proveedor “no se le puede exigir el mismo nivel de diligencia que al consumidor. Este último, un hombre promedio, generalmente responderá por culpa leve, como un buen padre de familia. En cambio, el nivel de diligencia exigible al proveedor, es mayor. Y lo es, justamente, porque es un profesional que se encuentra en una posición de ventaja en relación con el consumidor, quien no tiene los mismos conocimientos y pericia que aquel”³³.

Así entonces, el deber de profesionalidad corresponde al estándar de diligencia exigible a los proveedores y cuya infracción configura la negligencia cuando sea necesaria para atribuir responsabilidad infraccional o civil (contractual o extracontractual). Y se trata de un estándar más exigente no solamente por la calidad de profesional del proveedor, en contraste con la “vulnerabilidad estructural” del consumidor³⁴, sino también por las potenciales consecuencias sistémicas que sus conductas producen en el mercado³⁵.

En este sentido, se asemeja a la noción europea de “diligencia profesional”³⁶, la que se ha concebido, justamente, como un estándar que entrega a los tribunales la tarea de materializarlo en reglas precisas para el caso concreto³⁷, y lo mismo se ha afirmado respecto del deber de profesionalidad en nuestro medio³⁸.

Así entonces, es perfectamente comprensible que tanto la jurisprudencia como el SERNAC y alguna doctrina vinculen el deber de profesionalidad con el tipo infraccional del artículo 23 LPDC, pues este exige que el menoscabo causado por el defecto del producto o servicio se deba a la negligencia del proveedor. Pero esta disposición no “consagra” el deber de profesionalidad. En cualquier tipo infraccional cuya configuración requiera negligencia, sea el del artículo 23 LPDC u otro, se debe determinar esa negligencia conforme con el estándar especial aplicable a los proveedores. Y lo mismo se aplica a la responsabilidad civil que pueda caberle al proveedor por los daños causados al consumidor³⁹.

- b) Dos precisiones respecto del estándar de diligencia aplicable a los proveedores: no se trata de culpa levísima ni de una presunción de culpa

La comprensión del deber de profesionalidad como estándar de diligencia requiere dos precisiones. La primera deriva del lenguaje utilizado por los fallos y circulares citadas: ¿qué significa que el nivel de diligencia del proveedor sea *mayor* o *más exigente*? En este punto la doctrina ha mostrado cierta perplejidad, calificando como “de suyo confuso” al deber de profesionalidad: “¿quiere decir que el proveedor tiene una suerte

³³ Res. Ex. N° 185, de 2019, p. 7 y Res. Ex. N° 190, de 2019, p. 11, respectivamente.

³⁴ TAPIA, 2023, p. 102.

³⁵ SOTO, 2021, p. 297.

³⁶ GÁTICA y MORALES, 2022.

³⁷ Tjong Tjin Tai, 2015, p. 10.

³⁸ BARRIENTOS, CONTARDO y DÍAZ DE VALDÉS, 2024, p. 638.

³⁹ No nos pronunciamos acerca de la cuestión de si la negligencia es siempre necesaria para configurar la responsabilidad infraccional o civil del proveedor. Simplemente nos referimos a los casos en que sí lo sea.

de responsabilidad objetiva o tiene un grado de culpa más exigente al de la culpa leve? ¿O quiere decir que existen ciertos parámetros de conducta que se esperan de todo proveedor para determinar el nivel de diligencia?⁴⁰

Que el proveedor deba observar un estándar de diligencia más elevado no significa que responde hasta de culpa levísima. Este nivel de exigencia es excepcional en nuestra legislación y se indica de manera expresa, para los contratos gratuitos o para situaciones muy particulares⁴¹. La LPDC no especifica el nivel de diligencia del que responden los proveedores en el cumplimiento de sus deberes, lo que conduciría a la regla general del derecho común, es decir, la culpa leve⁴². Es algo similar a lo que ocurre con la responsabilidad civil extracontractual, en que la ley no especifica el nivel de diligencia exigible y la doctrina en su mayoría ha recurrido a un estándar medio, el de una persona razonable o prudente, pero tomando en consideración la actividad que realiza y las mayores expectativas derivadas de su condición de experta⁴³. Asimismo, como se ha sostenido, en otras áreas de responsabilidad en que se verifican relaciones asimétricas, el estándar no se eleva a la culpa levísima⁴⁴, sin perjuicio de que en la determinación del comportamiento esperable de una persona razonable se tenga en cuenta esa asimetría. Finalmente, la posibilidad de que la misma culpa leve sea evaluada de manera más o menos exigente no es desconocida para el legislador, como lo muestra la regulación de la responsabilidad del mandatario (art. 2129 CC).

En este punto, el mismo SERNAC ha afirmado que el proveedor debe adoptar el cuidado “propio de los contratos onerosos” –la culpa leve, conforme con el artículo 1547 CC–, aunque tomando en cuenta la asimetría existente entre proveedor y consumidor⁴⁵. En cuanto a la jurisprudencia, aun en aquellos casos que identifican el deber de profesionalidad con un estándar de diligencia más elevado, no refieren a la culpa levísima. Incluso se ha hecho referencia a la diligencia exigible “a un hombre medio”, pero dedicado al rubro y atendiendo a su experticia⁴⁶.

Así, el estándar es flexible y no se traduce en obligaciones idénticas para todos los proveedores⁴⁷, sino que atiende a las particularidades del caso y la naturaleza de la actividad⁴⁸. Asimismo, puede ser particularmente exigente en ciertas circunstancias o

⁴⁰ DEPOLO y FERNÁNDEZ, 2013, p. 501.

⁴¹ Artículos 427, 1547 y 2178 CC y algunas escasas normas fuera del CC.

⁴² TAPIA, 2023, p. 98.

⁴³ E.g. ALESSANDRI, 1943, p. 174; CORRAL, 2013, p. 208; AEDO, 2018, p. 335; BARROS, 2020, pp. 86-87.

⁴⁴ GATICA y MORALES, 2022.

⁴⁵ Circular interpretativa sobre aerolíneas y agencias de viajes, Res. Ex. N° 189, de 2019, p. 8.

⁴⁶ Corte de Apelaciones de Valdivia, 25.06.2020, rol 152-2019.

⁴⁷ E.g. Corte de Apelaciones de Santiago, 04.03.2024, rol 3023-2021.

⁴⁸ Así, por ejemplo, en el tratamiento de datos debe atenderse al riesgo conforme a su naturaleza (e.g. si son o no datos sensibles): Circular interpretativa sobre criterios de equidad en las estipulaciones contenidas en contratos de adhesión referidas a la recolección y tratamiento de datos personales de los consumidores, Res. Ex. N° 174, de 2022, pp. 21-22

eventos excepcionales⁴⁹, como en el caso de una crisis sanitaria⁵⁰, o ante la presencia de hechos o comportamientos anormales⁵¹. Puede también exigir del proveedor la adopción de medidas especiales cuando la ocurrencia de un caso fortuito impida el cumplimiento de lo ofrecido o pactado⁵². Incluso se ha sostenido que puede elevarse la exigencia ante consumidores hipervulnerables, respecto de ello, se agrava la asimetría técnica y de información⁵³ y debe el proveedor adoptar medidas de cuidado adicionales conforme con sus especiales necesidades⁵⁴.

Lo anterior nos lleva a la segunda precisión necesaria, referida a la idea de que el deber de profesionalidad conduce a un régimen que presume la culpa del proveedor⁵⁵, opinión que también encontramos recogida en una sentencia, acerca de la base del principio proconsumidor⁵⁶.

En primer lugar, no es posible realizar afirmaciones categóricas respecto de quién tiene la carga de la prueba en los procedimientos individuales, pues se contempla la “carga dinámica”⁵⁷ o “inversión judicial de la carga”⁵⁸ de la prueba: el tribunal tiene la facultad de distribuirla conforme con la disponibilidad y facilidad probatoria (artículo 50 H LPDC). Sin embargo, no es claro qué ocurre si el tribunal no ejerce esta facultad, pues para algunos resulta aplicable la regla general del artículo 1698 CC⁵⁹, mientras que, para otros, la carga se determina de todos modos por los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria⁶⁰. Asimismo, algunos estiman que la aplicación de la regla

⁴⁹ ISLER, 2022, p. 162.

⁵⁰ Circular interpretativa sobre resguardo de la salud de los consumidores y de medidas alternativas de cumplimiento, suspensión y extinción de las prestaciones frente a la pandemia provocada por Coronavirus (COVID-19), Res. Ex. N° 371, de 2020, p. 5. Sin embargo, se ha considerado a la pandemia como un elemento relevante en la determinación de la multa: Corte de Apelaciones de Chillán, 30.06.2023, rol 93-2022, reduciendo la multa impuesta en primera instancia.

⁵¹ E.g. Corte de Apelaciones de Chillán, 25.01.2024, rol 47-2023, respecto de las medidas que debió tomar un banco ante movimientos evidentemente anormales en la cuenta corriente de un cliente.

⁵² Circular interpretativa sobre continuidad de servicios ante eventos excepcionales, Res. Ex. N° 950, de 2019, p. 4. Sin embargo, no parece correcta la identificación que hace el SERNAC de esta exigencia con el “deber de mitigación de daños”. En el sentido en que se le comprende en el derecho de la responsabilidad civil, este deber recae en el acreedor (véase, por ejemplo, DOMÍNGUEZ, 2005 y PIZARRO, 2013). Aquí se trata del mismo deber de diligencia exigible al deudor, ya no para evitar que el evento impida el cumplimiento, sino para sobreponerse a sus efectos, aun cuando ello implique una ampliación del contenido de la prestación (BRANTT, 2011, pp. 743-745. En el mismo sentido, TAPIA, 2020, p. 98).

⁵³ Circular interpretativa sobre noción de consumidor hipervulnerable, Res. Ex. N° 1038, de 2021, p. 25; Circular interpretativa sobre los contratos de prestación de servicios de educación formal y no formal, Res. Ex. N° 1039, de 2021, p. 22.

⁵⁴ TAPIA, 2023, p. 128.

⁵⁵ Véase nota 8.

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, 30.05.2022, rol 1465-2020; confirmada por Corte Suprema, 16.05.2024, rol 32484-2022, sin pronunciarse acerca de la prueba de la culpa.

⁵⁷ Véase los comentarios de CARRASCO, 2024 y VARGAS, 2024.

⁵⁸ LARROUCAU, 2019, p. 221.

⁵⁹ CONTRERAS, 2023, p. 802

⁶⁰ CARRASCO, 2024, p. 230.

“terminará siendo entendida como una cuestión de derechos de los litigantes”⁶¹, mientras que para otros su aplicación será más bien excepcional⁶².

Luego, en los procedimientos colectivos se prevé la obligación del proveedor de aportar los documentos que el tribunal ordene, y su negativa infundada autoriza al tribunal para dar por probado lo alegado por la demandante (art. 51 N° 10 LPDC), en lo que se ha descrito como un “deber de colaboración procesal”⁶³ o incluso una manifestación (restringida) de la carga dinámica⁶⁴.

Estas reglas contribuyen a la superación de las “dificultades probatorias estructurales”⁶⁵ que afectan, en este caso, al consumidor, y su aplicación puede conducir a que el proveedor deba, en el caso concreto, aportar los antecedentes que acrediten su diligencia para eximirse de responsabilidad. Pero ello no equivale a una presunción legal de culpa. Si bien es razonable que, en virtud del principio proconsumidor, la interpretación de la LPDC no debería dejar al consumidor en una posición probatoria más desventajosa que la que tendría por aplicación de las reglas generales⁶⁶, no parece igualmente razonable mejorar la posición del consumidor construyendo una presunción “legal” de culpa del proveedor, de carácter general, sin contar con una disposición legal que le sirva de base. Las presunciones legales, como indica Claro, “tienen su fundamento en una ley expresa”⁶⁷. Luego, que pueda o no recurrirse a alguna presunción de culpa prevista en el Código Civil, ello dependerá del caso y de la posición que se adopte respecto de aplicabilidad de las normas de responsabilidad del Código Civil en materia de consumo, especialmente a la responsabilidad infraccional.

Luego, la LPDC contempla algunas reglas precisas en cuanto a las específicas medidas de diligencia exigidas al proveedor. Asimismo, para ciertas actividades, esas medidas están contempladas en regulación sectorial⁶⁸. En estos casos se puede considerar que su incumplimiento configura culpa infraccional⁶⁹, lo que nuevamente facilita al consumidor la demostración de la negligencia. Pero debe descartarse la configuración de culpa infraccional a partir del artículo 23 LPDC⁷⁰, pues el tipo infraccional ahí descrito exige, precisamente, la concurrencia de negligencia⁷¹.

En síntesis, puede afirmarse que la elevación del estándar de diligencia derivada del deber de profesionalidad, junto con los mecanismos de facilitación probatoria,

⁶¹ GARCÍA, 2019, p. 216.

⁶² CARRASCO, 2024, p. 230.

⁶³ AGUIRREZÁBAL, 2019, pp. 110-111.

⁶⁴ QUIROZ, 2022, pp. 336-337.

⁶⁵ GIESEN, 2008, p. 63.

⁶⁶ DÍAZ DE VALDÉS y ERBETTA, 2021, p. 139.

⁶⁷ CLARO, 1978, § 287.

⁶⁸ E.g. en materia eléctrica: Corte de Apelaciones de Santiago, 16.06.2023, rol 673-2022.

⁶⁹ BARROS, 2020, p. 104.

⁷⁰ DÍAZ DE VALDÉS y ERBETTA, 2021, p. 143, aunque afirman enseguida que la norma “prescinde de la culpa o dolo como factor de imputación”.

⁷¹ HERNÁNDEZ y GATICA, 2019, p. 31.

configuran un régimen de responsabilidad “más estricta”, que difumina el límite entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad estricta⁷², pero que no llega a convertirse propiamente en un régimen de responsabilidad estricta. Y puede reconocerse también que los tribunales han ido “objetivando” la responsabilidad, al menos en el ámbito de los productos o servicios defectuosos, invirtiendo *ad hoc* la carga de la prueba o dando por acreditada la negligencia con relativa facilidad, con escasos elementos probatorios o incluso a partir de la sola existencia del defecto⁷³. Pero esta objetivación no se ha justificado, o al menos no expresamente, en el deber de profesionalidad.

3. *La sanción de la infracción al deber de profesionalidad*

La conclusión alcanzada es coherente con la forma en que la jurisprudencia ha abordado normalmente la infracción al deber de profesionalidad. En muchas ocasiones los denunciados o demandantes refieren, entre las infracciones denunciadas, a la infracción al deber de profesionalidad, que entienden consagrado en el artículo 23 LPDC. Sin embargo, en general los tribunales no imponen multas separadas o exclusivamente por infracción a dicho deber. Normalmente, cuando se discute el deber de profesionalidad porque las partes han reclamado su infracción o porque el tribunal lo introduce en la discusión, la multa se asocia a la infracción a otros deberes, y no al deber de profesionalidad⁷⁴. En otras ocasiones, los tribunales sancionan la infracción al artículo 23 LPDC indicando que se han verificado los elementos de ese tipo infraccional, y no únicamente la negligencia por referencia al deber de profesionalidad⁷⁵.

Sin embargo, en algunos fallos más recientes se ha sancionado separadamente la infracción al deber de profesionalidad, refiriendo al artículo 23 LPDC⁷⁶. Lo llamativo en estas sentencias es que los tribunales entienden que el deber de profesionalidad eleva el estándar de diligencia, y que su infracción constituye negligencia, pero luego sancionan esta negligencia por sí sola, y no como elemento del tipo infraccional del artículo 23, omitiendo cualquier análisis de los demás elementos. En efecto, una de estas sentencias afirma que:

⁷² ZIMMERMANN, 1998, pp. 1132-1133, refiere a reglas de responsabilidad *stricter-than-normal*, sea porque elevan el grado de cuidado esperado, o porque alivianan la carga probatoria de la víctima aceptando prueba *prima facie*, o porque directamente invierten la carga de la prueba.

⁷³ GATICA, 2023, pp. 282-283.

⁷⁴ E.g. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 18.05.2016, rol 129-2015; Corte de Apelaciones de Santiago, 26.11.2014, rol 1086-2014; Corte de Apelaciones de Santiago, 02.03.2018, rol 12132-2017; Corte de Apelaciones de San Miguel, 11.05.2018, rol 101-2018; Corte Suprema, 09.07.2018, rol 4065-2018; Corte de Apelaciones de Arica, 20.01.2020, rol 93-2019; Corte de Apelaciones de San Miguel, 13.03.2020, rol 407-2019; Corte Suprema, 07.03.2022, rol 138358-2020; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 01.03.2023, rol 4-2023; Corte de Apelaciones de Rancagua, 06.05.2024, rol 94-2023.

⁷⁵ Corte de Apelaciones de Copiapó, 17.01.2017, rol 68-2017; Corte de Apelaciones de Arica, 28.12.2023, rol 80-2023.

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, 30.05.2020, rol 1465-2020, confirmada por Corte Suprema, 16.05.2024, rol 32484-2022; Corte de Apelaciones de La Serena, 07.05.2024, rol 60-2023.

“es susceptible de ser sancionada a la demandada según el artículo 3 inciso primero, letra b), toda vez existió una vulneración al derecho de información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos; el artículo 12, por cuanto se verifican incumplimiento a los términos y condiciones contractuales; el artículo 23, puesto que se ha vulnerado el deber de profesionalidad que envuelve a la negligencia que considera el legislador; y el artículo 25, en el sentido que se ha suspendido injustificadamente el servicio de energía eléctrica debido por la demandada”⁷⁷.

En términos similares se había pronunciado la Corte Suprema en un caso en que sancionó al proveedor por contravenir los deberes de seguridad, de reparación oportuna y de profesionalidad, sobre la base de los artículos 3° inciso 1° d) y e) y 23 LPDC⁷⁸. Sin embargo, la demandante había denunciado la infracción al artículo 23 haciendo referencia a todos los elementos del tipo y sin mencionar el deber de profesionalidad. Fue la Corte la que vinculó esta denuncia con el deber de profesionalidad, por lo que no queda claro si utilizó la expresión para referirse de manera abreviada al tipo del artículo 23, o bien si consideró que la negligencia por sí sola era merecedora de sanción. Asimismo, en la sentencia de reemplazo, y recurriendo a las mismas normas, identifica como infringidos el deber de seguridad y el de reparación, y menciona al deber de profesionalidad únicamente como criterio para determinar la multa.

En este contexto, es relevante insistir en que el deber de profesionalidad fija el estándar de conducta exigible al proveedor para efectos de determinar su negligencia, pero la negligencia, en sí misma, no constituye una infracción a la LPDC, sino que es un elemento que integra (algunos) tipos infraccionales, como el del artículo 23. Lo que se sanciona en esta disposición es que, con negligencia, se cause menoscabo debido al defecto del producto o servicio, y no la negligencia como infracción independiente.

III. LOS PARÁMETROS OBJETIVOS QUE DEFINEN EL DEBER DE PROFESIONALIDAD

1. *Los parámetros*

Corresponde ahora referirse a los “parámetros objetivos que definen” al deber de profesionalidad, mencionados en artículo 24 LPDC entre los elementos que debe considerar el tribunal para determinar el monto de la multa.

Nuestros tribunales superiores suelen referirse al deber de profesionalidad como uno que deriva de uno de dos elementos (o ambos): la habitualidad de su giro comercial, y la pericia o experticia en el rubro en que se desempeña.

⁷⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, 30.05.2020, rol 1465-2020, confirmada por Corte Suprema, 16.05.2024, rol 32484-2022.

⁷⁸ Corte Suprema, 06.07.2018, rol 4065-2018.

Ello se desprende, por ejemplo, de algunas sentencias pronunciadas en contra de bancos. En un caso de giro fraudulento, se indicó que el banco “tiene un deber de profesionalidad y una especialización con la que no cuentan los consumidores”⁷⁹. Asimismo, ante una infracción del deber de información en la tramitación de un crédito, se consideró relevante que el banco es una “entidad comercial cuya función primordial consiste precisamente en realizar a diario operaciones como la descrita”⁸⁰. Y así también, ante un cobro fraudulento de cheques, se destacó que el banco es “una empresa dedicada al rubro de manejo de dinero”, refiriendo a su experticia para determinar que su actuar no se ajustaba a la profesionalidad exigible⁸¹.

También se reflejan estos elementos en algunos casos fallados en contra de grandes empresas de *retail*. Así, en un caso de infracción al deber de información, se indicó que la empresa había “faltado al deber de profesionalidad [...] a aquel comportamiento esperado en un profesional competente y habitual, conocedor, por tanto, de los riesgos asociados al mismo”⁸². En otro caso, se elevó el monto de la multa aplicada a la empresa considerando que “atendido el giro, rol y participación en el mercado de la empresa proveedora [se] configura una clara desviación del deber de profesionalidad que le es exigido por ley”⁸³. Luego, en un caso en que se entregó un producto en malas condiciones, demorando tanto su retiro como la restitución del precio, se estimó que el actuar del proveedor era negligente, “máxime considerando el deber de profesionalidad de la empresa [...], derivada de la habitualidad de su giro comercial y el prestigio que tiene en el mercado”⁸⁴. Y de manera similar, en un caso en que se detectó, entre otras, ciertas infracciones al deber de seguridad, se afirmó que el proveedor debía maximizar las medidas de seguridad, “lo que guarda directa relación con el deber de profesionalidad que se deriva de la habitualidad en el giro del proveedor”⁸⁵.

Luego, los mismos elementos han sido considerados ante productos inaptos. En un caso de incumplimiento de la garantía legal de un computador, se indicó que para determinar el monto de la multa se debía considerar el deber de profesionalidad del proveedor, “que en este caso es un proveedor especializado en equipos computacionales y tecnológicos”⁸⁶. Asimismo, en un caso de fallas en una lavadora, se indicó que el deber de profesionalidad “deriva de la habitualidad y experiencia en el ejercicio de su giro comercial, lo que le proporciona conocimiento y habilidad para llevar a cabo sus relaciones de consumo”⁸⁷. Expandiendo esta explicación, se pronunció la Corte de Apelaciones de La Serena en un caso de fallas en un vehículo, indicando:

⁷⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 16.09.2016, rol 1053-2016.

⁸⁰ Corte de Apelaciones de Concepción, 05.03.2018, rol 279-2017.

⁸¹ Corte de Apelaciones de Valdivia, 25.06.2020, rol 152-2019.

⁸² Corte de Apelaciones de Santiago, 15.04.2014, rol 792-2013.

⁸³ Corte de Apelaciones de Talca, 14.03.2023, rol 12-2022.

⁸⁴ Corte de Apelaciones de Arica, 28.12.2023, rol 80-2023.

⁸⁵ Corte de Apelaciones de Rancagua, 06.05.2024, rol 94-2023.

⁸⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, 20.05.2020, rol 253-2019.

⁸⁷ Corte de Apelaciones de La Serena, 08.04.2022, rol 209-2021.

“Que también puede advertirse una infracción al deber de profesionalidad [...], entendiéndose que se relaciona con la habitualidad del giro comercial, de su pericia o de la experiencia, puesto que era evidente para el consumidor recurrir a quien tiene experiencia en la venta de vehículos y de su reparación como la automotora querellada, conocimientos que el consumidor carece, por lo que el primero se encontraba en una posición de privilegio frente al segundo, tomando en consideración la capacidad técnica que este tiene”⁸⁸.

Razonamientos similares se advierten en otras materias, *e.g.* interrupción del servicio eléctrico⁸⁹; accidente en una autopista por el cruce de un animal⁹⁰; e incumplimiento de un contrato de seguro automotriz⁹¹.

Varias de las circulares SERNAC conducen a la misma conclusión, afirmando que el deber de profesionalidad deriva de la habitualidad y la pericia: circulares sobre supermercados y almacenes⁹², ticketeras y productoras⁹³, aerolíneas y agencias de viaje⁹⁴, derecho a la calidad e idoneidad⁹⁵, y acerca de noción de consumidor hipervulnerable⁹⁶. La más reciente circular pertinente a publicidad y prácticas comerciales⁹⁷, y la circular sobre información de la duración de los bienes⁹⁸, se concentran en el elemento de la pericia.

Sin embargo, la habitualidad adopta un sentido diverso en la circular sobre el interés general de los consumidores y su ejercicio en sede judicial, en que se desarrolla la relevancia de la “infracción al deber de profesionalidad (habitualidad)”. Del análisis de una serie de sentencias, el SERNAC concluye que la infracción del deber de profesionalidad es uno de los presupuestos requeridos para la interposición de la acción de interés general (siendo el otro la “masividad potencial de la infracción”). Luego, indica que la afectación a este deber requiere reiteración o habitualidad, señalando que “[l]a habitualidad ha sido entendida como una reiteración de hechos en el tiempo o, como parte de una política frecuente del proveedor. Esto quiere decir que la infracción no ocurre por una causa puntual, sino que por decisiones o negligencias reiteradas o frecuentes del proveedor, que trascienden el margen de lo tolerable en el derecho”⁹⁹. Pareciera que lo

⁸⁸ Corte de Apelaciones de La Serena, 22.04.2024, rol 36-2023.

⁸⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, 30.05.2022, rol 1465-2020, confirmada por Corte Suprema, 16.05.2024, rol 32484-2022.

⁹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 07.08.2023, rol 3-2021.

⁹¹ Corte de Apelaciones de La Serena, 07.05.2024, rol 60-2023, reiterando el razonamiento formulado a propósito del recién mencionado caso de fallas en un vehículo.

⁹² Res. Ex. Nº 185, 2019, p. 6.

⁹³ Res. Ex. Nº 186, 2019, p. 4.

⁹⁴ Res. Ex. Nº 189, de 2019, p. 8.

⁹⁵ Res. Ex. Nº 190, de 2019, p. 11.

⁹⁶ Res. Ex. Nº 1038, de 2021, p. 24.

⁹⁷ Res. Ex. Nº 176, de 2022, p. 32.

⁹⁸ Res. Ex. Nº 773, de 2022, p. 11.

⁹⁹ Res. Ex. Nº 932, de 2019, p. 7. Refiriendo a esta circular, el SERNAC reitera estas nociones en su circular interpretativa sobre criterios de equidad en las estipulaciones contenidas en contratos de adhesión de

habitual en este contexto no es la provisión de bienes y servicios, sino las infracciones. Sin perjuicio de ello, y alineándose con las circulares sobre publicidad y duración de los bienes ya mencionadas, explica que el deber de profesionalidad “constituye una regla fundamental del derecho del consumidor, en virtud de la cual todo proveedor debe actuar con una diligencia especial, por su rol de experto (profesional) y conector de los procesos que realiza”¹⁰⁰.

En consecuencia, de las sentencias y circulares interpretativas citadas, entendemos que si el deber de profesionalidad deriva de (o se funda en) la habitualidad y la pericia o experticia del proveedor, estos efectivamente han cumplido el rol de los “parámetros objetivos que lo definen” en los términos del artículo 24 LPDC.

2. *El significado de los parámetros y su rol en la determinación de la multa*

El análisis que acabamos de presentar indica que el deber de profesionalidad de los proveedores deriva de su habitualidad y pericia en la provisión de bienes y servicios. Como se desprende del fragmento de la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena reproducido más arriba, estos elementos conducen a una asimetría técnica entre proveedor y consumidor, que demanda del primero un comportamiento más diligente que el que se le exige en relaciones simétricas. Por tanto, si todos los proveedores se encuentran en esta posición, ¿cómo podrían estos elementos cumplir el rol de “parámetros” que deban considerarse para fijar la multa aplicable a la infracción?

En efecto, la habitualidad en la provisión de bienes y servicios ha recibido la atención de la doctrina justamente porque es *requisito de la calidad de proveedor* (artículo 1º N° 2 LPDC). Algunos autores vinculan la habitualidad a la continuidad o periodicidad de la actividad¹⁰¹, mientras que otros la entienden “no como una exigencia de actos similares y repetidos a través del tiempo, sino vinculado a la profesionalidad del proveedor en el ejercicio de las actividades mencionadas en la norma, independiente de la periodicidad con que estas se ejercen”¹⁰². En este sentido, se reconduce la habitualidad al “carácter profesional y organización dirigida a prestar tales servicios o vender esos bienes”, incluso considerando como proveedor a quien lo realiza “de forma esporádica o con una baja periodicidad”, interpretación amplia justificada en el principio proconsumidor¹⁰³. Ello concuerda con la idea, sostenida por alguna doctrina, de que aun cuando un proveedor ofrezca bienes o servicios que no coincidan con su giro habitual, su deber

consumo, Res. Ex. N° 931, 2021, pp. 55-56, indicando simplemente que “el establecimiento de estipulaciones contractuales abusivas son incumplimientos por parte del proveedor de su deber de profesionalidad”.

¹⁰⁰ Res. Ex N° 932, de 2019, p. 8.

¹⁰¹ E.g. BARRIENTOS, 2016, p. 63; BARAONA, 2019, p. 8.

¹⁰² MOMBERG, 2024b, p. 151.

¹⁰³ TAPIA, 2023, pp. 251-252. En un sentido similar, enfatizando la relevancia de la organización antes que el intervalo entre actos: CÉSPEDES, 2023, p. 45

de profesionalidad le obliga a asumir los costos del posible incumplimiento en que pueda incurrir por dicha causa¹⁰⁴.

Como se advierte, estas explicaciones vinculan el elemento de habitualidad con la profesionalidad del proveedor, pero no contribuyen especialmente a esclarecer en qué sentido la habitualidad puede ser un parámetro que defina el deber de profesionalidad, pues doctrinariamente se describe la habitualidad en función del carácter profesional del proveedor en el ejercicio de su actividad. Por su parte, la habitualidad, en tanto condición necesaria de la calidad de proveedor, parece funcionar como un criterio binario: si hay habitualidad, estamos en presencia de un proveedor; si no la hay, no hay proveedor.

Sin embargo, los parámetros que definen el deber de profesionalidad aparecen en el artículo 24 como criterios que se deben considerar para determinar el monto de la multa. No puede, entonces, operar como parámetro la presencia o ausencia de habitualidad, pues su ausencia descarta la relación de consumo. La única forma de darle sentido es entender que se trata de un elemento que se puede presentar en grados, como todos los demás elementos del artículo 24. Así, podría apreciarse que los proveedores tienen una habitualidad mayor o menor, lo que les otorga niveles variables de experiencia que pueden ponderarse al momento de determinar la multa, agravándola o atenuándola. Todo ello, ciertamente, en la medida en que se verifique el mínimo de habitualidad que permita afirmar que nos encontramos en presencia de un proveedor conforme con la ley.

Algo similar se presenta respecto del elemento de la pericia o experticia. En efecto, se suele aludir al proveedor como la parte fuerte en la relación de consumo justamente en relación con su carácter de experto¹⁰⁵, y en ese sentido *todo proveedor* tiene pericia o experticia. Pero es sostenible que, conforme con sus diversos grados de especialización, formación, complejidad o presencia y tiempo en el mercado, ciertos proveedores pueden ser considerados como *más* expertos que otros. Ello, nuevamente, puede ser ponderado al momento de determinar en concreto la multa aplicable dentro del rango que fija la ley.

En definitiva, es posible sostener estos parámetros, individualmente considerados o en combinación, sirven para determinar el *grado de asimetría técnica* existente entre proveedor y consumidor.

Como se sabe, la existencia de asimetría es consustancial a la relación de consumo y puede ser de diversas clases. La asimetría técnica se enmarca en las asimetrías de información, referidas generalmente a “situaciones en las que las partes están informadas de manera diferente, teniendo una de ellas acceso a mejor o mayor información que la otra”¹⁰⁶. La asimetría técnica apunta al tipo de información y la mejor comprensión que los proveedores tienen de ella en relación con la calidad y características de los bienes y servicios que producen y ofrecen, en comparación con un consumidor promedio¹⁰⁷, y se refiere “al objeto del contrato, su utilidad, beneficios y riesgos, contraponiéndose el

¹⁰⁴ NASSER, 2024, p. 981; BARRIENTOS, CONTARDO y DÍAZ DE VALDÉS, 2024, p. 636.

¹⁰⁵ E.g. TAPIA y HERNÁNDEZ, 2019, p. 121; LLAMAS, 2021, p. 283; PINOCHET, 2024, p. 865; TORRES, 2024, p. 971.

¹⁰⁶ BECHER, 2008, p. 733 (traducción libre). Véase, en general, DE LA MAZA, 2010.

¹⁰⁷ WAGNER y WALKER, 2019, p. 50.

experto al profano, dado que el primero posee conocimientos técnicos que el segundo desconoce”¹⁰⁸. Por tanto, esta dimensión de la asimetría de información no está causada por un problema de acceso, sino por uno de costos de procesamiento de la información, es decir, de dificultad o falta de competencias para comprenderla, dificultad que se agrava en el caso de consumidores especialmente vulnerables por razones económicas, etarias o incluso circunstanciales¹⁰⁹.

En consecuencia, un mayor grado de asimetría técnica podría considerarse para aplicar una sanción mayor, de acuerdo con el artículo 24 de la ley. Esto permitiría diferenciar, por ejemplo, una empresa con décadas de presencia y experiencia en el mercado y con personal altamente calificado, de una empresa que se ha insertado más recientemente en el mercado o no cuenta aún con el mismo nivel de experticia en el rubro en que se desempeña.

3. *El deber de profesionalidad en el estatuto de micro y pequeñas empresas*

Esta última afirmación nos conduce al rol del deber de profesionalidad en el estatuto de las micro y pequeñas empresas. Como se indicó en la introducción, el deber de profesionalidad no se menciona únicamente en el artículo 24 LPDC, sino también en el artículo noveno de la ley que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño¹¹⁰. El objeto de las reglas contenidas en el artículo noveno es reconocer el carácter de consumidoras de las micro y pequeñas empresas respecto de sus proveedores y, como consecuencia, extenderles parte de la protección que contempla la LPDC, pero sin que ello incida en la responsabilidad que tienen ante sus propios consumidores. La razón de esta extensión es su posición de desventaja frente a sus proveedores: ante ellos, es la “parte débil” de la relación¹¹¹.

El deber de profesionalidad aparece en la regla N° 6 de la disposición. El objeto de esta regla es equiparar el deber de profesionalidad de la micro o pequeña empresa con el de la empresa proveedora cuando aquella adquiera bienes o contrate servicios que se relacionan directamente con su giro principal. Se dice que “el deber de profesionalidad de la micro o pequeña empresa es equivalente al del proveedor que cometió la infracción”. Por tanto, pareciera que la disposición advierte al tribunal acerca de la inexistencia de una asimetría técnica entre las partes, asumiendo que es improbable que la empresa que realiza actos de consumo vinculados con su giro “sufra abusos o desventajas en su posición comercial, pues, en principio, estaría obrando dentro de su ámbito de experticia”¹¹². Sin embargo, esta asunción del legislador es criticable, pues es perfectamente posible que exista asimetría técnica aun cuando el producto adquirido o el servicio contratado se

¹⁰⁸ LÓPEZ, 2022, p. 129.

¹⁰⁹ RAMSAY, 1985, p. 364

¹¹⁰ Ley N° 20.416, de 2010.

¹¹¹ MOMBERG, 2024a, p. 137.

¹¹² GÁTICA y MORALES, 2022.

vincule a su giro principal, pues bien puede adquirirse o contratarse de un proveedor con mayor experiencia y experticia.

Ahora, es importante destacar el alcance de la equiparación: la norma ordena que el tribunal considere la equivalencia en el deber de profesionalidad “en la aplicación de la multa”. Las infracciones, por expresa disposición del artículo noveno N° 3, deben sancionarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 LPDC. Así, una interpretación posible es que la equiparación pretenda excluir los parámetros que definen el deber de profesionalidad como criterio para fijar el monto de la multa. Lo llamativo es que los demás criterios del artículo 24 LPDC quedan vigentes, entre los que encontramos otros indicativos de asimetría (de información y económica). En consecuencia, sería más razonable entregar al juez la posibilidad de verificar la existencia de asimetría técnica en el caso concreto, y de ponderarla para la determinación de la multa.

CONCLUSIONES

En síntesis, podemos afirmar que a pesar de que la metodología utilizada permitió una revisión exhaustiva de las fuentes, los resultados obtenidos reflejaron las limitaciones inherentes a este análisis. Sin embargo, estas fuentes entregan algunos elementos que, analizados a la luz de las demás normas y los principios del derecho del consumo, nos permiten formular la siguiente propuesta interpretativa:

1. El deber de profesionalidad corresponde al estándar de diligencia exigible al proveedor en las relaciones de consumo, y su incumplimiento constituye negligencia cuando esta es necesaria para imponer responsabilidad infraccional o civil, contractual o extracontractual.
2. Se trata de un estándar más exigente que el aplicable a quien no es proveedor, pero no alcanza al de la culpa levísima.
3. Por su parte, no se traduce en una presunción de culpa, sin perjuicio de que la mayor exigencia de cuidado, en combinación con los mecanismos de facilitación probatoria que contempla la LPDC, pueda conducir a que sea el proveedor quien deba, en el caso concreto, demostrar su diligencia para eximirse de responsabilidad.
4. Los parámetros objetivos que definen este deber, y que pueden ser ponderados por el tribunal para determinar la multa aplicable a la infracción conforme con el artículo 24 LPDC, son la habitualidad y la experticia del proveedor. Ello permite evaluar el grado de asimetría técnica entre el proveedor y el consumidor, para ser considerado en la justificación del monto de la sanción.

BIBLIOGRAFÍA

- AEDO, Cristián, 2018: *Culpa aquiliana. Una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos*, Santiago, Thomson Reuters.
- AGUIRREZÁBAL, Maite, 2019: *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia*, 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters.
- ALESSANDRI, Auturo, 1943: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria.
- BARAONA, Jorge, 2019: “Concepto, autonomía y principios del derecho del consumo”, en María Elisa Morales (dir.), *Derecho del consumo: ley, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, DER, pp. 1-24.
- BARRIENTOS, Francisca, 2016: *La garantía legal*, Santiago, Thomson Reuters.
- BARRIENTOS, Francisca, CONTARDO, Juan Ignacio y DÍAZ DE VALDÉS, Macarena, 2024: “Comentarios al artículo 23 inciso primero”, en Francisca Barrientos, Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, tomo II, pp. 594-646.
- BARROS, Enrique, 2020: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BECHER, Shmuel I., 2008, “Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge that is Yet to be Met”, *American Business Law Journal*, Vol. 45, N° 4, pp. 723-774.
- BRANTT, María Graciela, 2011: “La irresistibilidad en el caso fortuito y el deber de actuación del deudor como condición para su exoneración”, en Gonzalo Figueroa Yáñez, Enrique Barros Bourie y Mauricio Tapia Rodríguez (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, Santiago, LegalPublishing, pp. 737-749.
- CARRASCO, Jaime, 2024: “Comentarios al artículo 50 H inciso quinto”, en Francisca Barrientos, Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, tomo III, pp. 218-241.
- CÉSPEDES, Carlos, 2023: “Ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496”, en Erika Isler y Felipe Fernández (dirs.), *GPS Consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 35-59.
- CLARO, Luis, 1978: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, ed. facsimilar (reimp. 2019), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CONTRERAS, Cristián, 2023: “La carga de la prueba”, en Erika Isler y Felipe Fernández (dirs.), *GPS Consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 787-808.
- CORRAL, Hernán, 2013: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 2ª ed., Santiago, LegalPublishing.
- DE LA MAZA, Íñigo, 2010: “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 17, N° 2, pp. 21-52.
- DEPOLO, Radoslav y FERNÁNDEZ, Fernando, 2013: “Artículo 17 K”, en Carlos Pizarro e Íñigo de la Maza (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores.*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 499-503.
- DÍAZ DE VALDÉS, Macarena y ERBETTA, Andrés, 2021: “La regla del art. 1698 y su engarce con la facultad de dinamizar la carga de la prueba consagrada en la Ley N° 19.496”, en Francisca Barrientos y Lucas del Villar (dirs.), *Interés general, las negociaciones extrajudiciales y juicios colectivos en el derecho del consumo*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 125-149.
- DOMÍNGUEZ, Ramón, 2005: “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 5, pp. 73-95.
- GARCÍA, Ramón, 2019: “El procedimiento individual de la Ley de protección de los derechos de los consumidores a partir de las modificaciones de la Ley N° 21.081: otra pieza de un

- rompecabezas que no termina de encajar”, en Juan Ignacio Contardo, Felipe Fernández y Claudio Fuentes (coords.), *Litigación en materia de consumidores*. Santiago, Thomson Reuters, pp. 199-240.
- GATICA, María Paz, 2023: “La negligencia en la responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos: una brecha entre la teoría y la práctica”, en Nathalie Walker y Carolina Schiele (eds.), *Estudios de derecho del consumidor IV*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 277-286.
- GATICA, María Paz y MORALES, María Elisa, 2022: “El deber de profesionalidad como elemento determinante del estándar de diligencia en el derecho del consumo: un comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 15 de marzo de 2019 (Rol N° 484-2018)”, *Revista de derecho (Coquimbo)*, Vol. 29, e4445.
- GIESEN, Ivo, 2008: “The burden of proof and other procedural devices in tort law”, en Helmut Koziol y Barbara C. Steininger (eds.), *European Tort Law 2008*, Viena, Springer, pp. 49-67.
- GUERRERO, José Luis, 2024: “Comentarios al artículo 24”, en Francisca Barrientos, Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, tomo II, pp. 672-694.
- HERNÁNDEZ, Gabriel y GATICA, María Paz, 2019: “Protección del consumidor y responsabilidad civil por producto o servicio defectuoso”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 31, pp. 17-43.
- ISLER, Erika, 2022: *La relación de consumo frente a eventos excepcionales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- KENNEDY, Duncan, 1976: “Form and substance in private law adjudication”, *Harvard Law Review*, Vol. 89, N° 8, pp. 1685-1778.
- LARROUCAU, Jorge, 2019: “La prueba en los procedimientos judiciales de consumo”, en María Elisa Morales (dir.), *Derecho del consumo: ley, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, DER, pp. 209-232.
- LLAMAS, Eugenio, 2021: “La falta de conformidad en la venta de consumo”, en Erika Isler (ed.), *Seguridad y conformidad en el derecho del consumo: reflexiones actuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 279-322.
- LÓPEZ, Patricia, 2023: “El débil jurídico en el derecho privado chileno: noción, configuración y tipología”, *Ius et Praxis*, Vol. 29, N° 1, pp.124-144.
- LÓPEZ, Patricia, 2023: “El deber de profesionalidad y la responsabilidad por las declaraciones publicitarias: una aproximación desde el derecho chileno”, en Ruperto Pinochet (dir.), *Estudios de Derecho Civil XVI*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 683-701.
- MOMBERG, Rodrigo, 2024a: “Comentarios al artículo 1° N° 1”, en Francisca Barrientos, Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, tomo I, pp. 121-146.
- MOMBERG, Rodrigo, 2024b: “Comentarios al artículo 1° N° 2”, en Francisca Barrientos, Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, tomo I, pp. 147-158.
- NASSER, Marcelo, 2024: “Comentarios al artículo 13”, en Francisca Barrientos, Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, tomo I, pp. 976-983.
- PINOCHET, Ruperto, 2024: “Comentarios al artículo 12 A”, en Francisca Barrientos, Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, tomo I, pp. 860-887.
- PIZARRO, Carlos, 2013: “Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. 41, pp. 69-82.
- PONCE, Ivonne, 2023: “Responsabilidad infraccional: determinación del *quantum* infraccional”, en Erika Isler y Felipe Fernández (dirs.), *GPS Consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 653-672.
- QUIROZ, Hernán, 2022: *Asociaciones de consumidores y litigación colectiva*, Santiago, Thomson Reuters.

- RAMSAY, Iain, 1985: "Framework for regulation of the consumer", *Journal of Consumer Policy*, Vol. 8, pp. 353-372.
- SCHLAG, Pierre, 1985: "Rules and standards", *UCLA Law Review*, Vol. 33, N° 2, pp. 379-430.
- SOTO, Pablo, 2021: *El reproche personal en el derecho administrativo sancionador*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- TAPIA, Mauricio, 2020: *Caso fortuito o fuerza mayor*, 3ª ed., Santiago, Thomson Reuters.
- TAPIA, Mauricio, 2023: *Derecho de protección de consumidores. Principio pro consumidor y extensión de su protección*, Santiago, Rubicón.
- TAPIA, Mauricio y HERNÁNDEZ, Gabriel, 2019: *Colusión y daños a los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters.
- TJONG TJIN TAI, Eric, 2015: "Professional Diligence as a Standard in European Private Law", Tilburg Private Law Working Paper Series N° 01/2015, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2565877>.
- TORRES, Ricardo, 2024: "Comentarios al artículo 12 C incisos segundo y tercero", en Francisca Barrientos, Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, tomo I, pp. 957-975.
- VARGAS, Macarena, 2024: "Comentarios al artículo 50 H inciso quinto", en Francisca Barrientos, Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, tomo III, pp. 242-245.
- WAGNER, Wendy E. y WALKER, Will, 2019: *Incomprehensible!: A study of how our legal system encourages incomprehensibility, why it matters, and what we can do about it*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ZIMMERMANN, Reinhard, 1996: *The law of obligations: Roman foundations of the Civilian tradition*, Oxford, Oxford University Press.

Normas jurídicas citadas

- LEY N° 19.496, Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, publicada el 7 de marzo de 1997 (cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL N° 3 de 13 de septiembre de 2019).
- LEY N° 20.416, Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, publicada el 3 de febrero de 2010.

Sentencias citadas

- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 15 de abril de 2014, rol 792-2013.
- CORTE de Apelaciones de Temuco, sentencia de 8 de julio de 2014, rol 61-2014.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 26 de noviembre de 2014, rol 1086-2014.
- CORTE de Apelaciones de Punta Arenas, sentencia de 18 de mayo de 2016, rol 129-2015.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 16 de septiembre de 2016, rol 1053-2016.
- CORTE de Apelaciones de Copiapó, sentencia de 17 de enero de 2017, rol 68-2016.
- CORTE de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 4 de abril de 2017, rol 18-2017.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 2 de marzo de 2018, rol 12132-2017.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia de 5 de marzo de 2018, rol 279-2017.
- CORTE de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 11 de mayo de 2018, rol 101-2018.
- CORTE de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 15 de marzo de 2019, rol 484-2018.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia de 6 de junio de 2019, rol 19-2019.

- CORTE Suprema, sentencia de 9 de julio de 2018, rol 4065-2018.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 11 de septiembre de 2019, rol 1869-2018.
- CORTE de Apelaciones de Arica, sentencia de 20 de enero de 2020, rol 93-2019.
- CORTE de Apelaciones de Punta Arenas, sentencia de 14 de febrero de 2020, rol 29-2019.
- CORTE de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 13 de marzo de 2020, rol 407-2019.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia de 20 de mayo de 2020, rol 253-2019.
- CORTE de Apelaciones de Valdivia, sentencia de 25 de junio de 2020, rol 152-2019.
- CORTE de Apelaciones de Arica, sentencia de 18 de agosto de 2021, rol 19-2021.
- CORTE Suprema, sentencia de 7 marzo de 2022, rol 138358-2020.
- CORTE de Apelaciones de La Serena, sentencia de 8 de abril de 2022, rol 209-2021.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia de 30 de mayo de 2022, rol 1465-2020; confirmada por Corte Suprema, sentencia de 16 de mayo de 2024, rol 32484-2022.
- CORTE de Apelaciones de Punta Arenas, sentencia de 1 de marzo de 2023, rol 4-2023.
- CORTE de Apelaciones de Talca, sentencia de 14 de marzo de 2023, rol 12-2022.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de junio de 2023, rol 710-2021.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 16 de junio de 2023, rol 673-2022.
- CORTE de Apelaciones de Chillán, sentencia de 30 de junio de 2023, rol 93-2022.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 7 de agosto de 2023, rol 3-2021.
- CORTE de Apelaciones de La Serena, sentencia de 24 de noviembre 2023, rol 18-2023.
- CORTE de Apelaciones de Arica, sentencia de 28 de diciembre de 2023, rol 80-2023.
- CORTE de Apelaciones de Chillán, sentencia de 25 de enero de 2024, rol 47-2023.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 4 de marzo de 2024, rol 3023-2021.
- CORTE de Apelaciones de La Serena, sentencia de 22 de abril 2024, rol 36-2023.
- CORTE de Apelaciones de Rancagua, sentencia de 6 de mayo de 2024, rol 94-2023.
- CORTE de Apelaciones de La Serena, sentencia de 7 de mayo de 2024, rol 60-2023.
- CORTE de Apelaciones de Arica, sentencia de 22 de mayo de 2024, rol 99-2023.

Circulares interpretativas del Servicio Nacional del Consumidor

- RESOLUCIÓN Exenta N° 184, sobre buenas prácticas en comercio electrónico, de 21 de marzo de 2019.
- RESOLUCIÓN Exenta N° 185, sobre supermercados y almacenes, de fecha 21 de marzo de 2019.
- RESOLUCIÓN Exenta N° 186, sobre ticketeras y productoras, de 21 de marzo de 2019.
- RESOLUCIÓN Exenta N° 189, sobre aerolíneas y agencias de viaje, de 21 de marzo de 2019.
- RESOLUCIÓN Exenta N° 190, sobre derecho a la calidad e idoneidad: régimen de garantías, de 21 de marzo de 2019.
- RESOLUCIÓN Exenta N° 932, sobre el interés general de los consumidores y su ejercicio en sede judicial, de 22 de noviembre de 2019.
- RESOLUCIÓN Exenta N° 950, sobre continuidad de servicios ante eventos excepcionales, de 29 de noviembre de 2019.
- RESOLUCIÓN Exenta N° 371, sobre resguardo de la salud de los consumidores y de medidas alternativas de cumplimiento, suspensión y extinción de las prestaciones, frente a la pandemia provocada por coronavirus (Covid-19), de 23 de abril de 2020.
- RESOLUCIÓN Exenta N° 931, sobre criterios de equidad en las estipulaciones contenidas en contratos de adhesión de consumo, de 3 de diciembre de 2021.
- RESOLUCIÓN Exenta N° 1038, sobre noción de consumidor hipervulnerable, de 31 de diciembre de 2021.

RESOLUCIÓN Exenta N° 1039, sobre los contratos de prestación de servicios de educación formal y no formal, de 31 de diciembre de 2021.

RESOLUCIÓN Exenta N° 174, sobre criterios de equidad en las estipulaciones contenidas en contratos de adhesión referidas a la recolección y tratamiento de datos personales de consumidores, de 28 de febrero de 2022.

RESOLUCIÓN Exenta N° 176, sobre publicidad y prácticas comerciales, de 28 de febrero de 2022.

RESOLUCIÓN Exenta N° 534, sobre publicidad nativa e influencers, de 16 de junio de 2022.

RESOLUCIÓN Exenta N° 773, sobre la forma en que los proveedores deben dar cumplimiento a la obligación de informar la duración de los bienes, además del plazo en que dispondrán de repuestos y servicio técnico, de 5 de septiembre de 2022.

Crítica a la costumbre jurídica

Jaime Tijmes-Ihl*

RESUMEN

La costumbre jurídica está compuesta por dos elementos: el objetivo y el subjetivo. Especialmente el elemento subjetivo presenta dificultades, por lo que Carlos Nino propuso descartarlo y reemplazarlo para que la norma consuetudinaria forme parte del sistema jurídico, es decir, que sea reconocida por los órganos primarios del sistema. Al aplicar la propuesta de Carlos Nino para definir la costumbre jurídica, podemos observar que describe de manera acertada la práctica jurídica en Chile. Si a lo anterior agregamos las debilidades metodológicas para determinar la existencia y el contenido de las normas consuetudinarias, queda al descubierto el carácter político de esta fuente formal del Derecho. Este carácter político de la costumbre jurídica oscilará entre la opresión, la independencia y la insubordinación, lo que se ilustrará con ejemplos de la jurisprudencia (principalmente administrativa).

Derecho Consuetudinario; Fuentes del Derecho; Jurisprudencia Administrativa

Critique of customary law

Legal custom is composed of two elements: the objective and the subjective. The subjective element, in particular, presents significant theoretical difficulties, prompting Carlos Nino to propose its elimination and replacement with the requirement that the customary norm be part of the legal system—that is, that it be recognized by the system's primary organs. Applying Carlos Nino's proposal to the definition of legal custom reveals that it accurately reflects legal practice in Chile. When this is considered alongside the methodological challenges involved in determining the existence and content of customary norms, the inherently political character of this formal source of law becomes evident. This political dimension of legal custom may range from oppression to independence and insubordination, a dynamic that will be illustrated through examples drawn primarily from administrative jurisprudence.

Keywords: Customary Law; Sources of Law; Administrative Case Law

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Eberhard-Karls Universität Tübingen, Alemania. Profesor de la Universidad de La Frontera, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1317-2015>. Correo electrónico: jaime.tijmes@ufrontera.cl.

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DFP22-0006 de la Universidad de La Frontera, Chile.

Artículo recibido el 31.7.2024 y aceptado para su publicación el 24.3.2025.

I. INTRODUCCIÓN

Una parte de la doctrina parece haber asumido ciertos supuestos y discursos epistémicos respecto de la costumbre jurídica, por ejemplo respecto de sus elementos constitutivos. Esto ha ocultado las ambigüedades de la costumbre jurídica como fuente formal del Derecho.

Los elementos de la costumbre jurídica son problemáticos y especialmente su elemento subjetivo adolece de indeterminación y ambigüedad. Es decir, todavía no tenemos un concepto claro de la costumbre jurídica. Esa oscuridad ha dificultado la reflexión doctrinaria y la aplicación de las normas consuetudinarias. Esto es grave debido a que las fuentes formales del Derecho tienen una dimensión política: en efecto, determinar cuáles son las fuentes formales de un ordenamiento jurídico, significa distribuir el poder político¹.

Si exageramos y simplificamos un poco, se podría apuntar que la reflexión jurídica acerca de las fuentes formales del Derecho se abocó a la ley en el siglo XIX y a los principios en el siglo XX. Sin un ánimo apologético, este artículo es una invitación a volver la mirada hacia la costumbre jurídica, esa fuente formal a veces preterida o menospreciada, y a iluminar el rincón más recóndito y vetusto del ordenamiento jurídico chileno. Para esos efectos, escudriñaremos especialmente el elemento subjetivo de la costumbre jurídica, las consecuencias metodológicas de su ambigüedad, y exploraremos sus facetas políticas.

Este artículo se concentra en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República de Chile. Para recabarla, el día 1 de marzo de 2025 se usó el buscador del sitio web de la Contraloría² con los términos “costumbre*” y “consuetudinario*”, lo que arrojó respectivamente 146 y 28 dictámenes emitidos desde el año 1974 hasta el año 2025.

II. DELIMITACIONES Y SUPUESTOS

Para el objetivo de este texto, se entenderá que el estudio de las fuentes formales del Derecho es el estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas³ o, en otras palabras, la teoría de las fuentes formales sistematiza esas normas con arreglo a su origen⁴. Las fuentes formales del Derecho constituyen una clasificación de las normas jurídicas según el órgano competente para crear esas normas. Por consiguiente, la fuente formal de una norma será la costumbre jurídica si el órgano competente es la comunidad jurídica.

¹ RÜTHERS *et al.*, 2013, p. 140.

² Disponible en <<https://www.contraloria.cl/web/cgr/buscar-jurisprudencia>>.

³ NINO, 1983/2013, p. 148.

⁴ RÜTHERS *et al.*, 2013, p. 139.

Trataré como sinónimos el enunciado normativo, la disposición jurídica y la norma jurídica⁵. En este artículo abarcaré la costumbre jurídica en cuanto fuente formal del Derecho. No me referiré a las normas consuetudinarias desde otras perspectivas, como la teoría de las normas jurídicas, la teoría de la interpretación, etcétera.

Asumiré una perspectiva dualista de las fuentes formales del Derecho⁶, por lo que únicamente consideraré el ordenamiento jurídico chileno. Las referencias a la costumbre jurídica internacional servirán solo para enriquecer la argumentación.

III. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA COSTUMBRE JURÍDICA

Si hay un tema jurídico frustrante, probablemente sea la costumbre jurídica. Los estudiantes de pregrado suelen aprender una explicación simplista, mientras los debates académicos suelen consistir en disquisiciones bizantinas. Los lectores podrán evaluar si en este artículo logro evitar ambos inconvenientes.

Según la definición tradicional, la costumbre jurídica es una fuente formal del Derecho que consiste en la repetición constante y uniforme de un determinado comportamiento colectivo ejecutado con la convicción de que se trata de una conducta obligatoria o permitida jurídicamente. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia la describe como “una práctica generalmente aceptada como derecho”. Consta de dos elementos: uno objetivo y uno subjetivo. El elemento objetivo está constituido por la repetición constante y uniforme de un determinado comportamiento colectivo por parte de los sujetos de una cierta comunidad jurídica. El elemento subjetivo (*opinio iuris*) consiste en la convicción de que se trata de una conducta jurídicamente obligatoria o permitida⁷.

El elemento objetivo está suficientemente claro desde una perspectiva teórica. Tal vez la principal pregunta se refiera a quién debe haberla ejecutado. Pero en general las dificultades que plantea son más bien prácticas, tales como determinar cuánta práctica es necesaria (es decir, la paradoja sorites)⁸, cuál es esa práctica y su prueba.

En cambio, el elemento subjetivo no está claro en términos teóricos. Sus principales ambigüedades se refieren a su carácter contradictorio y a su fundamento. A eso se dedicará esta sección.

⁵ SQUELLA, 2011, pp. 550-551.

⁶ KELSEN, 1952/2013, pp. 315-316.

⁷ Si adoptamos un concepto del Derecho vinculado a su efectividad, el concepto del Derecho tendrá un aspecto interno que es la convicción de que es obligatorio respetarlo (Alexy, 1992/2011, pp. 33-34). Es decir, la *opinio iuris* puede estar presente respecto del ordenamiento jurídico y respecto de una norma consuetudinaria.

⁸ SCHARF, 2013, p. 220.

1. *Concepto del elemento subjetivo*

De partida, el elemento subjetivo implica una contradicción. Si uno define el elemento subjetivo de modo que los sujetos normativos tengan la convicción de que deben obedecer una norma jurídica, uno presupone la existencia anterior de esa norma⁹. La costumbre, por tanto, no puede ser un proceso de creación del Derecho. Por otra parte, si uno rechaza la concepción de un Derecho preexistente, pero simultáneamente exige que la práctica desde un inicio esté basada en la convicción de que existe una obligación o una autorización, uno asume, finalmente, que el sujeto normativo está incurriendo en un error.

Otros autores han propuesto solucionar la paradoja argumentando que la *opinio iuris* no necesariamente se refiere a una norma jurídica, sino que pudiese ser una *opinio de lege ferenda* o responder a una necesidad¹⁰. Por una parte, la *opinio de lege ferenda* podría explicar el nacimiento de una costumbre jurídica, pero no su modificación, pues colidiría con una *opinio de lege lata*¹¹. Por otra parte, la necesidad se expresa en que el nombre completo del elemento subjetivo es *opinio iuris sive necessitatis*. Es decir, la convicción puede referirse no solo a que la acción u omisión esté prescrita por el Derecho, sino también a que sea necesaria. Ese es un aspecto que casi siempre se omite¹². La necesidad es un fundamento fáctico que al parecer permitiría prescindir de la presuposición de una norma jurídica anterior. Sin embargo, se plantea la obvia pregunta del triple registro de la norma fundante: cuál es el órgano competente para calificar esa necesidad, con arreglo a cuál procedimiento y con cuáles límites de contenido¹³. Es decir, la necesidad presupone un fundamento normativo anterior a sí misma (aunque no necesariamente sea un fundamento consuetudinario, ya que una norma de otra fuente formal, por ejemplo una ley, podría otorgar esa competencia). Probablemente sea este el motivo por el que la necesidad haya tenido escasa importancia como fundamento de la costumbre jurídica, ya que no resuelve los problemas que plantea el elemento subjetivo.

2. *Fundamento del elemento subjetivo*

Una segunda ambigüedad teórica se refiere al fundamento del elemento subjetivo. Se suele sostener que el fundamento jurídico de la *opinio iuris* es consensual¹⁴. A primera

⁹ FINNIS, 1980/2015, p. 239.

¹⁰ KOLB, 2003, pp. 137-141.

¹¹ KOLB, 2003, pp. 139-141. Por eso, no es convincente la opinión de Finnis, quien plantea que la *opinio iuris* se debe descomponer en dos etapas: primero una valoración práctica en el sentido de que sería adecuado que hubiera una norma y, segundo, una valoración jurídica de que el derecho consuetudinario ha cambiado (Finnis, 1980/2015, pp. 238-245).

¹² THIRLWAY, 2014, pp. 78-79.

¹³ KELSEN, 1934/2008, pp. 73/84-89/99; KELSEN, 1960/2007, pp. 228/398-282/490.

¹⁴ GOLDSMITH y POSNER, 2005, p. 189.

vista, parece sensato. Por ejemplo, la costumbre mercantil internacional está concebida como un pacto tácito:

Artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980)¹⁵:

- 1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
- 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Ahora bien, esta concepción de un pacto tácito puede tener sentido entre comerciantes o entre Estados¹⁶, pero es difícil aplicarla a la costumbre jurídica en general. Si la costumbre jurídica fuere un pacto tácito, sería una fuente formal autónoma. En cambio, los sujetos normativos deben obedecerla aun cuando disientan de la norma consuetudinaria, por lo que la costumbre jurídica es eminentemente heterónoma. Por tanto, no parece sensato que el consenso sea el fundamento de la *opinio iuris*, especialmente en una sociedad pluralista como la nuestra, en la que hay pocos consensos ampliamente compartidos.

Además, no se puede asumir que el Derecho consuetudinario derive su validez del consentimiento tácito del legislador, los tribunales o la Administración Pública, porque en los Estados modernos no se puede suponer que esos órganos hayan sabido, reflexionado y adoptado una decisión respecto de normas consuetudinarias¹⁷. Por ejemplo, la Contraloría General de la República comprende la costumbre jurídica que se aplica a los funcionarios públicos como una fuente formal heterónoma, por lo que la norma consuetudinaria es válida con prescindencia de que el funcionario haya consentido en ella¹⁸. En otras palabras, la acción del sujeto contraria a la costumbre no se interpreta como una falta de consentimiento del funcionario, sino como una infracción a la norma.

¹⁵ 1489 UNTS 3. Decreto 544 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; publicado el 3 de octubre de 1990.

¹⁶ Corte Internacional de Justicia, *Asylum (Colombia vs. Perú)*, sentencia de 20 de noviembre de 1950, p. 277-278 (“But even if it could be supposed that such a custom existed between certain Latin-American States only, it could not be invoked against Peru which, far from having by its attitude adhered to it, has, on the contrary, repudiated it by refraining from ratifying the Montevideo Conventions of 1933 and 1939, which were the first to include a rule concerning the qualification of the offence in matters of diplomatic asylum”); Corte Internacional de Justicia, *Fisheries (U.K. v Norway)*, sentencia de 18 de diciembre de 1951, p. 131 (“In any event the ten-mile rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she has always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast”).

¹⁷ PFORDTEN, 2013, p. 38.

¹⁸ Contraloría General de la República, 6/10/2011, dictamen N° 063366N11.

A partir del carácter heterónomo de la costumbre, otra opción consiste en que el elemento subjetivo no se refiera al consenso de los individuos, sino que la comunidad jurídica comparta un consenso en el sentido de que la conducta es jurídicamente obligatoria. El sujeto normativo no necesita tener *opinio iuris*, sino que la comunidad jurídica debe tenerla, por lo que la norma consuetudinaria puede ser preexistente a la *opinio iuris* del individuo. De hecho, la Escuela Histórica del Derecho con la *opinio iuris* se refería a un inconsciente colectivo de la nación que surge del espíritu y de la historia nacional¹⁹. Ahora bien, esta propuesta no soluciona el problema, sino que solo lo posterga: el *locus* de la *opinio iuris* simplemente se desplaza desde los individuos a la sociedad. A pesar de que no soluciona el problema, esta propuesta por lo menos es congruente con el carácter de fuente formal heterónoma y por eso es mejor que la noción del pacto tácito entre individuos.

Como solución, Carlos Nino propuso descartar el elemento subjetivo y reemplazarlo para que la norma consuetudinaria forme parte del sistema jurídico, es decir, que sea reconocida por los órganos primarios del sistema²⁰, y entendía que los órganos primarios son aquellos “encargados de determinar qué normas son aplicables a situaciones particulares y de disponer, si es el caso, la ejecución de las medidas coactivas que tales normas prescriben (jueces en sentido amplio)”²¹. Hay dos maneras de entender esta propuesta de Carlos Nino. Si ese reconocimiento significa que son los órganos primarios quienes deben tener la *opinio iuris*, no será una propuesta satisfactoria porque solo desplazaría el *locus* de la *opinio iuris* desde el sujeto normativo o la sociedad a los órganos.

En cambio, la propuesta de Carlos Nino sí es satisfactoria si la entendemos en el sentido de que en los hechos los órganos primarios apliquen las disposiciones consuetudinarias. Es decir, en este sentido podremos definir la costumbre jurídica como la repetición constante y uniforme de un determinado comportamiento colectivo impuesto de manera coactiva por el Estado²². Es decir, sus elementos constitutivos serían una práctica social y la coacción estatal. La ventaja de esta definición radica en que la coercibilidad es el elemento que distingue las prácticas sociales y las costumbres jurídicas, que es el mismo criterio que se aplica usualmente para distinguir entre normas sociales y normas jurídicas. Ahora bien: ¿quién decide cuáles son las prácticas sociales impuestas de manera coactiva por el Estado? Un órgano estatal competente. ¿Cuál órgano? Cualquier órgano encargado de determinar qué normas consuetudinarias son aplicables a

¹⁹ SAVIGNY, 1840, Libro I, Capítulo I, §7 (pp. 13-16), §§12-13 (pp. 34-44).

²⁰ NINO, 1983/2013, p. 151. Es evidente el paralelo con la idea de que la validez de la regla de reconocimiento depende de que la acepten los funcionarios del sistema jurídico (Hart, 1994, 100-110).

²¹ NINO, 1983/2013, p. 108.

²² ROSS define la costumbre jurídica como “simplemente una costumbre que rige en una esfera de la vida que está (o llega a estar) sometida a regulación jurídica” (2005, p. 125, nota al pie omitida). En la medida que sea el Estado quien decida cuáles son esas esferas de la vida e imponga su decisión por medios coactivos, probablemente podríamos también aplicar la definición de Ross para los efectos de este artículo. De lo contrario, el concepto de Ross tiene una limitación: asume que la costumbre social y la jurídica tienen objetos de regulación separados, lo que ha sido objeto de crítica (PRIETO SANCHÍS, 2016, pp. 194-198, aunque el mismo autor luego adopta el concepto de Ross). Por lo anterior, prefiero el concepto de Nino.

situaciones particulares y de disponer, si es el caso, la ejecución de las medidas coactivas que tales normas prescriben; por ejemplo, serán los tribunales y la Contraloría General de la República. ¿Quién puede otorgar esa competencia? El poder constituyente o, en su defecto y para cautelar la separación de poderes del Estado, el legislador. Si una norma legal reconoce la costumbre como fuente formal del Derecho, en el fondo el legislador otorga competencia a los órganos primarios para decidir cuáles son las costumbres que el Estado impone de manera coactiva.

Por ejemplo, de acuerdo con los hechos que relata un dictamen de jurisprudencia administrativa, se dividió una parcela en Isla de Pascua entre los herederos del causante, que eran sus hijos legítimos y sus “hijos criados” según costumbre de la isla²³. De los hechos narrados en el dictamen se desprende que esto ocurrió antes de que se promulgara la Ley N° 19.253, por lo que la partición de la herencia contravino el artículo 2 del Código Civil y las disposiciones contenidas en su §3 del Título IV del Libro Tercero²⁴. De acuerdo con Carlos Nino, era una costumbre jurídica, ya que el Estado impuso su cumplimiento de manera coactiva.

Ahora bien, la propuesta de Carlos Nino lleva a la siguiente pregunta. ¿Cuál es el criterio que puede o debe aplicar el órgano primario para identificar la norma consuetudinaria que él debe imponer de manera coactiva? No habrá una respuesta abstracta, sino que dependerá de la norma legal que le otorgue esa competencia; la ley podría incluso dejarlo a discreción del órgano primario. Es decir, persiste un grado de ambigüedad y por eso esta propuesta no es plenamente satisfactoria, pero me parece mucho mejor que las anteriores.

3. *Consecuencias metodológicas*

La ambigüedad de los elementos de la costumbre jurídica en definitiva tiene como consecuencia que la metodología para determinar el contenido de las normas consuetudinarias no esté clara. No tenemos un aparato metodológico robusto que satisfaga criterios mínimos para verificar de manera empírica y objetiva la existencia de las normas consuetudinarias. Por tanto, los órganos que deciden acerca de la existencia y el contenido de esas normas, y también la doctrina, lo suelen hacer de manera instrumental para lograr objetivos extrajurídicos²⁵. Por ejemplo, se ha sostenido que la Corte Internacional de Justicia no aplica una metodología deductiva ni inductiva, sino principalmente declarativa en el sentido de que simplemente declara la existencia y el contenido de la costumbre jurídica²⁶.

²³ Contraloría General de la República, 12/3/2015, dictamen N° 019432N15.

²⁴ Aunque el dictamen no lo menciona, los legitimarios pueden haber renunciado a sus derechos hereditarios en favor de los “hijos criados” (artículos 1182 y 12 del Código Civil); aun si así hubiese sido, es pertinente preguntar si la costumbre que menciona el dictamen era social o jurídica.

²⁵ JOYNER, 2019, *passim*.

²⁶ TALMON, 2015, *passim*.

IV. LA COSTUMBRE JURÍDICA Y LOS ÓRGANOS PRIMARIOS

La costumbre jurídica, la crea el funcionario de turno.

Aforismo

La sección anterior destacó la ambigüedad conceptual de la *opinio iuris* y se refirió a sus consecuencias metodológicas.

A partir de esas dificultades, desde la teoría del Derecho se puede cuestionar si la costumbre jurídica es efectivamente una fuente formal. Por ejemplo, la sharía islámica considera que la costumbre jurídica es una fuente material del Derecho²⁷. Pero no solo eso. En los ordenamientos jurídicos nacionales modernos, la costumbre jurídica pervive casi exclusivamente por medio de la jurisprudencia judicial o administrativa. En conclusión, mediante las decisiones de los órganos primarios se determina si existe una norma de Derecho consuetudinario y su contenido concreto. Por tanto, hay una fuerte vinculación entre Derecho consuetudinario y jurisprudencia²⁸ (judicial y administrativa). En la terminología más técnica de Jorge Millas, la eficacia consecucional y la validez de la costumbre jurídica dependen de las decisiones judiciales²⁹ y administrativas. Carlo Schmitt señaló que el reconocimiento del Derecho consuetudinario surte un efecto en la organización del Estado, ya que implica siempre una restricción del legislador en favor de otras instancias, especialmente, por supuesto, del Poder Judicial³⁰. De manera coherente con lo anterior, Max Weber postuló que el Derecho consuetudinario es, en el fondo, siempre un Derecho creado por juristas, por lo que la costumbre jurídica es un concepto semimítico³¹. En sistemas jurídicos complejos, el Derecho consuetudinario solo existe en la jurisprudencia judicial y administrativa y se puede observar a través de ella³². Esa observación es coherente con la propuesta de Carlos Nino. Por eso, merece dudas que sea necesario considerar al Derecho consuetudinario como una fuente formal independiente de la jurisprudencia. Esta es también una de las razones por las que Hans Kelsen³³ fue contrario a reconocer el elemento subjetivo de la costumbre jurídica, porque según él la *opinio iuris* es una ficción que encubre la acción creadora de Derecho de los tribunales.

Por ejemplo, esto se ha podido observar en el dictamen de la Contraloría General de la República que afirmó que existía una costumbre³⁴, de acuerdo con ello,

²⁷ PIRIE, 2013, p. 190.

²⁸ RÜTHERS *et al.*, 2013, pp. 147-149.

²⁹ MILLAS, 1970/2012, pp. 281-284.

³⁰ SCHMITT, 1932/2012, pp. 19-20.

³¹ WEBER, 1922, p. 507.

³² RÜTHERS *et al.*, 2013, pp. 147-149.

³³ KELSEN, *Théorie du droit international coutumier*, 1 *Revue générale de droit international public*, pp. 253-274; citado en d'Aspremont, 2011, capítulo 7, notas 86 y 108.

³⁴ El dictamen la denomina "costumbre internacional", pero no en el sentido técnico de la fuente formal del derecho internacional, sino en el sentido coloquial de una costumbre que se aplica en muchos Estados.

“tradicionalmente las comitivas presidenciales se encuentran conformadas por Parlamentarios o altas autoridades y funcionarios de Gobierno, empresarios e invitados especiales, enmarcándose en esta última categoría los miembros de la familia del Presidente de la República, siendo una práctica asentada en nuestro país que los Jefes de Estado viajen con miembros de su familia dentro de sus comitivas, como ha sucedido tanto con el actual Primer Mandatario como con quienes lo han precedido”³⁵.

En el dictamen no consta que la Contraloría haya aplicado una metodología rigurosa. La Contraloría asevera que existe una práctica establecida, pero es lamentable que no explicita si fue probada en el expediente ni cómo fue probada. Al revisar otros dictámenes, se observa que la Contraloría usualmente no prueba el elemento objetivo, sino que declara o asume que consiste en hechos notorios³⁶.

Además, los dictámenes no se refieren a la *opinio iuris*. De acuerdo con la doctrina tradicional, esto significaría que la jurisprudencia administrativa no distingue entre costumbres sociales y jurídicas. En cambio, la perspectiva de Carlos Nino tiene sentido, ya que se omite la exigencia de una *opinio iuris* y se la reemplaza por el hecho de que la Contraloría, en cuanto órgano primario, reconozca la práctica como una costumbre jurídica. En definitiva, podemos observar la exactitud de las críticas de Max Weber, Carl Schmitt, Jorge Millas, Hans Kelsen y otros, y la precisión descriptiva de la propuesta de Carlos Nino. Asimismo, podemos colegir que la metodología para determinar la existencia y el contenido de la costumbre jurídica es declarativa.

Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias de la propuesta de Carlos Nino y de la metodología declarativa? Si la clave es el reconocimiento que efectúa un órgano primario, se vuelve evidente otra crítica que se ha formulado a la costumbre jurídica: su carácter político. Lo veremos en la próxima sección.

³⁵ Contraloría General de la República, 24/5/2019, dictamen N° 013966N19.

³⁶ Por ejemplo, Contraloría General de la República, 6/10/2011, dictamen N° 063366N11; Contraloría General de la República, 30/4/2013, dictamen N° 026430N13; Contraloría General de la República, 19/1/2017, dictamen N° 001869N17. En pocas ocasiones consta en el dictamen que el elemento objetivo se haya probado por testigos: por ejemplo, Contraloría General de la República, 20/2/2003, dictamen N° 007422N03. En casos relativos a la Ley N° 20.249, que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios, en virtud de su artículo 8 la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena emite un informe que acredita el uso consuetudinario; por ejemplo, Contraloría General de la República, 26/12/2024, dictamen N° E584307N24.

V. EL CARÁCTER POLÍTICO DE LA COSTUMBRE JURÍDICA

El Derecho consuetudinario es político en varias dimensiones.

1. *Dimensión diferenciadora entre comunidades jurídicas*

La primera dimensión se refiere a las relaciones entre las comunidades jurídicas. Desde antiguo, las sociedades con un Derecho escrito han presumido que una comunidad jurídica que se rige por un Derecho consuetudinario es barbárica. Tomás de Aquino combinó la teoría aristotélica de la esclavitud, con la convicción de que esclavos por naturaleza son sobre todo los pueblos salvajes, los que carecen de Derecho escrito, y con la teoría de la guerra lícita contra los infieles, y así suministró una poderosa justificación para las posteriores guerras coloniales³⁷. El Derecho consuetudinario es un criterio para diferenciar entre el “nosotros” civilizado y el “ellos” barbárico.

2. *Dimensión opresora dentro de una comunidad jurídica*

Me parece que entendió muy bien la fuerza de la costumbre quien forjó por primera vez el cuento de una mujer de pueblo que, por haber aprendido a acariciar y a llevar en brazos a un ternero desde su nacimiento, y continuar haciéndolo siempre así, logró merced a la costumbre llevarlo todavía siendo un gran buey. Porque la costumbre es en verdad una maestra violenta y traidora. Establece en nosotros poco a poco, a hurtadillas, el pie de su autoridad; pero, por medio de este suave y humilde inicio, una vez asentada e implantada con la ayuda del tiempo, nos descubre luego un rostro furioso y tiránico, contra el cual no nos resta siquiera la libertad de alzar los ojos.

*Michel de Montaigne*³⁸

Todos los argumentos jurídicos se reducen en definitiva a tres, y solo tres: “Esto siempre se ha hecho así”, “¿Si seguimos así, a dónde vamos a llegar?” y “¡La pobre viuda!”.

Aforismo

La segunda dimensión se refiere al potencial opresor de la costumbre jurídica en las relaciones dentro de una comunidad jurídica. Según la concepción tradicional, nadie crea la costumbre, sino que es el resultado de una acumulación espontánea de prácticas. Esa noción es criticable. Los miembros de la comunidad jurídica que tienen una posición dominante, están en una posición preferente para determinar el contenido de las normas consuetudinarias; por eso, el Derecho consuetudinario es un conjunto de ideas tradicionales transmitidas por expertos³⁹.

³⁷ WELZEL, 1951/2011, p. 84.

³⁸ MONTAIGNE, 1595/2021, libro I, capítulo XXII, p. 127.

³⁹ PIRIE, 2013, p. 20.

Es decir, la costumbre jurídica es conservadora, aristocrática y antidemocrática. Por eso, Marx destacó que, quien pueda crear una costumbre jurídica, será quien detente el poder social⁴⁰. Es decir, ella refleja las estructuras sociales de poder y no las cuestiona. De acuerdo con las normas consuetudinarias, lo que existe, debe seguir existiendo, aunque sean estructuras opresoras como la explotación económica, el patriarcado, etc., porque “esto siempre se ha hecho así”. La crítica teórica de Marx se ve ratificada por las experiencias históricas durante el colonialismo europeo: hubo personas nativas que recurrían a los tribunales del poder colonial para liberarse de la opresión que ejercían las normas consuetudinarias tribales⁴¹. La costumbre jurídica da obligatoriedad jurídica a la tradición y, por eso, solo puede mantener el *status quo*, pero no puede modificarlo.

Si bien es cierto que Gadamer argumentó que la tradición y la razón no están en oposición necesaria, y que la tradición incluye un elemento de libertad⁴², él se refería a la tradición como fuente del conocimiento; en cambio, la costumbre jurídica es una forma particular de tradición porque goza de obligatoriedad jurídica. El vínculo entre la costumbre jurídica y la tradición es relevante. Como señaló Kojève, el origen de la tradición es divino; la autoridad del pasado es venerable y tocarla es un sacrilegio. La tradición es lo que contribuye a mantener la identidad consigo mismo. Reaccionar contra la tradición y oponerse a ella es una especie de suicidio, es oponerse a la realidad social, política y cultural⁴³. Es decir, oponerse a una costumbre jurídica o abolirla es cuestionar la autoridad de la tradición. En cambio, si bien la ley también puede oprimir, una ley opresora es mucho más fácil de impugnar y de modificar que una costumbre jurídica opresora: “Las costumbres no se reforman con la misma facilidad que las leyes”⁴⁴.

Aunque Andrés Bello no lo leyera, compartía plenamente el recelo y la argumentación de Marx respecto de la costumbre jurídica. Eso puede explicar la forma en la que el §1 del Título Preliminar del Código Civil regula la materia. Bello enfatizó la dificultad de distinguir la costumbre de las corruptelas y abusos⁴⁵ y sus palabras en “Principios de Derecho Internacional” son plenamente aplicables a la costumbre jurídica nacional si reemplazamos “pueblos”, “naciones”, “potencias” y “estados” por “individuos”:

“La costumbre que lo da a conocer y le imprime el carácter de ley, no supone en realidad la libre aquiescencia de los pueblos que se gobiernan por ella. En la república de las naciones hay una aristocracia de grandes potencias, que es en la que de hecho reside exclusivamente la autoridad legislativa; el juicio de los estados débiles ni se consulta ni se respeta”⁴⁶.

⁴⁰ MARX, 1842/1976, pp. 115-116; Chimni, 2019, *passim*.

⁴¹ PIRIE, 2013, pp. 203-4.

⁴² GADAMER, 1960/2010, sección 2.II.1.b.a.

⁴³ KOJÈVE, 2004/2020, pp. 83-89, 109, 120.

⁴⁴ EDWARDS VIVES, 1928/2022, p. 264; ver también cap. XXI, XXIII, XXIV y XLII.

⁴⁵ BELLO, 1839/2010, p. 215.

⁴⁶ BELLO, 1864, p. 18, nota 1.

La costumbre jurídica consiste en revestir de obligatoriedad jurídica a las prácticas sociales que se han desarrollado en el pasado. En consecuencia, controlar y reescribir la historia es un acto político porque permite determinar el contenido del elemento objetivo de la costumbre jurídica y, de esa manera, controlar el comportamiento de la comunidad jurídica. “Who controls the past ... controls the future: who controls the present controls the past”⁴⁷. Eso efectivamente ha ocurrido y no es mera ficción:

“En [la década de 1990] abundaron los profetas, saltimbanquis, portavoces y arqueólogos del pasado indígena. En su búsqueda del origen, ellos promovieron, estimularon e hicieron prospecciones de la cultura indígena. Cuando no la encontraron, simplemente la inventaron o resignificaron, para luego cristalizarla en obras consideradas hoy seminales. Con ello, ayudaron a reimaginar la historia, las tradiciones y los símbolos indígenas, y en muchos casos a crearlos⁴⁸”.

Por cierto, el control del pasado no se refiere solo a la historia indígena, sino que a todas las comunidades jurídicas. Las sentencias judiciales y las decisiones administrativas que establecen una verdad procesal respecto de prácticas sociales históricas, tienen un marcado carácter político. En otras palabras, la jurisprudencia judicial o administrativa que aplica una norma consuetudinaria participa del proceso de reescribir la historia y controlar el futuro.

En definitiva, la función política de la costumbre jurídica tiende a ser conservadora, lo que en sí mismo podría no ser un problema para algunas personas, pero es algo que se debe por lo menos explicitar. En efecto, ¿tiene consciencia el legislador de esa función política conservadora cuando reconoce la costumbre jurídica como fuente formal del Derecho? ¿En qué medida puede el legislador reconocer la costumbre jurídica de manera que permita y acompañe el cambio social?

En concreto, existe un peligro específico que quisiera destacar: el potencial museológico de la costumbre jurídica.

Toda norma jurídica tiene un momento de creación pasado y regula el comportamiento futuro. Si representamos la temporalidad de las normas jurídicas como un vector, tienen un punto de aplicación (en términos legos, el inicio) y un sentido. Ahora bien, para distintas fuentes formales, varía la relevancia antropológica de ambos elementos. Para la costumbre jurídica tiene más relevancia el punto de aplicación; en cambio, para la ley, el sentido. En otras palabras, cuando las comunidades aplican la costumbre jurídica, miran hacia el pasado porque exigen que las personas repitan comportamientos pretéritos. A oídos contemporáneos, puede pasar inadvertida la radicalidad de esta diferencia: la sacralidad del pasado, y la necesidad de repetirlo de manera ritual, es un elemento central de las costumbres⁴⁹.

⁴⁷ ORWELL, 1949, p. 35.

⁴⁸ JACCARD RIQUELME, 2023, p. 88.

⁴⁹ FUSTEL DE COULANGES, 1864/1982, capítulo III.8.

Como excurso, la noción del tiempo depende de la cultura; por tanto, no es de extrañar que la época en la que la ley reemplazó a la costumbre jurídica como principal fuente formal del Derecho, haya coincidido con un cambio en la noción y percepción del tiempo. En efecto, la revolución industrial coincidió con la uniformización, medición e industrialización del tiempo, lo que permitió gestionar el futuro⁵⁰. El ideal decimonónico del progreso requiere adaptar el presente con la mirada puesta hacia el futuro y la ley es una fuente formal más adecuada para lograrlo que la costumbre jurídica.

Para retomar el tema, lo que justifica aplicar una norma consuetudinaria es una invocación del pasado ancestral. El Derecho consuetudinario es un Derecho recordado, al igual que los mitos y las leyendas. Como es un Derecho recordado, es atemporal porque no se puede promulgar ni derogar⁵¹. Uno de sus elementos es la práctica pasada, por lo que no puede crear derechos y obligaciones de manera prospectiva⁵². En cambio, la ley mira hacia el futuro y regula comportamientos con prescindencia del pasado. La ley, aunque tiene una pretensión de estabilidad por motivos de seguridad jurídica, es por esencia mutable, ya que deriva de la voluntad soberana. Las normas jurídicas derivadas de la voluntad son dinámicas, mientras que las normas jurídicas fundamentadas en la tradición son preferentemente estáticas.

Para explicar el potencial museológico de manera más concreta, podemos referirnos por ejemplo a cómo el ordenamiento jurídico chileno incorpora o reconoce la costumbre jurídica indígena. ¿La costumbre indígena, de acuerdo con el artículo 54 de la Ley N° 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y de acuerdo con la Ley N° 20.249, que crea el espacio costero marino de los pueblos originarios, corresponde exclusivamente a los usos ancestrales todavía vigentes? ¿O abarca también las prácticas consuetudinarias, pero no ancestrales, de las comunidades indígenas? Para muchas personas puede ser loable que el Estado reconozca la costumbre jurídica indígena, pero desde una perspectiva crítica también es necesario cuestionar si este reconocimiento refleja prejuicios esencialistas acerca de cómo viven o deben vivir las personas indígenas. En efecto, para ser indígena, ¿hay que vivir en comunidades tradicionales, culturalmente aisladas (o “puras”), rurales y preindustriales?⁵³ En términos polémicos: si la costumbre indígena abarcare solo los usos ancestrales, el legislador estaría reconociendo como indígenas solo a las comunidades que viven en una realidad social y económica pre-industrial. Más aun, podría incluso estarlas condenando a vivir en ella. En cambio, si la costumbre indígena abarcare también prácticas consuetudinarias de desarrollo reciente, se reconocería el dinamismo y diversidad cultural de las comunidades indígenas. Desde mi perspectiva, la segunda opción es claramente preferible.

En ese mismo sentido, algunos instrumentos internacionales enfatizan un enfoque museológico que se concentra en preservar y proteger la cultura y la identidad

⁵⁰ HARARI, 2011/2015, pp. 394-398.

⁵¹ PIRIE, 2013, p. 124.

⁵² VERESHCHETIN y DANILENKO, 1985, p. 23.

⁵³ CANIUQUEO HUIRCAPÁN, 2019.

cultural indígena para evitar que se diluya o pierda. Probablemente el instrumento más conservador en este sentido sea la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que se refiere a la asimilación cultural, a la integridad cultural y a la supervivencia cultural (artículos X, XIII y XXV). Esas ideas son conceptualmente distintas de proteger un patrimonio cultural (por ejemplo, artículo 31 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y artículo XXVIII de la Declaración Americana), pues proteger un patrimonio cultural implica reconocer una riqueza cultural que hay que valorar, pero que no necesariamente es estática. En definitiva, la Declaración Americana no distingue claramente entre destruir intencionalmente una cultura y la inevitable hibridación cultural. En cambio, la Declaración de Naciones Unidas sí hace esa distinción, ya que si bien prohíbe la asimilación forzada (artículo 8), también consagra el derecho no solo a mantener las manifestaciones culturales indígenas pasadas y presentes, sino también a desarrollar las manifestaciones futuras (artículo 11).

Veamos un ejemplo del peligro museológico en un caso en el que el Poder Judicial determinó cuáles deben ser los usos consuetudinarios económicos propiamente indígenas. La comunidad indígena atacameña de Toconce pretendió regularizar aguas que había usado desde tiempos inmemoriales para cultivos y alimentación. Ahora bien, pretendió regularizarlas para usarlas en actividades turísticas, lo que, según la Corte de Apelaciones de Calama, era una “actividad nueva ... ajena a la actividad de los pueblos atacameños del pasado”⁵⁴. Por este motivo, la Corte rechazó la solicitud de regularización. La Corte Suprema acogió un recurso de casación en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones y expresó su desacuerdo con exigir “que el uso esgrimido sea el mismo que se realizará a futuro”⁵⁵. Puntualizó que la regularización del derecho de aprovechamiento de aguas utilizadas desde tiempos inmemoriales no permitía restringir el uso futuro de las aguas, que no importaba que el uso del agua hubiese mutado en el tiempo, y que no imponía “exigencia alguna al uso futuro, pues aquello implicaría limitar el derecho de dominio reconocido y protegido en el artículo 24 de la Carta Fundamental”⁵⁶. Si bien la sentencia de la Corte Suprema se puede criticar porque no aplicó una metodología robusta para probar los elementos de la costumbre jurídica, desde el punto de vista del potencial museológico estoy en total acuerdo con entender la costumbre jurídica indígena de manera dinámica. La Corte Suprema tuvo consciencia del potencial museológico y opresor del pasado y lo rechazó. Pero llama la atención que, a pesar de los mencionados argumentos antropológicos, para la Corte Suprema en este punto el fundamento jurídico no haya consistido en el deber del Estado de adoptar medidas adecuadas para respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, ni en el deber de proteger las tierras indígenas y velar por su adecuada explotación (inciso 3 del artículo 1 de la Ley Nº 19.253); en cambio, el fundamento jurídico fue de típico corte liberal, ya que se centró en no limitar el derecho de dominio. Para decirlo

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia, 5/10/2017, rol 564-2017, considerando cuarto.

⁵⁵ Corte Suprema de Chile, sentencia de casación, 2/8/2018, rol 44255-2017, considerando noveno.

⁵⁶ Corte Suprema de Chile, sentencia de reemplazo, 2/8/2018, rol 44255-2017, considerando quinto.

de manera polémica, la Corte Suprema estima que no es la legislación indígena, sino que son las normas jurídicas liberales las que evitan que las comunidades indígenas queden reducidas a un museo viviente.

3. *Dimensión liberadora dentro de una comunidad jurídica*

*Cuando el despotismo está en las leyes, la libertad se alberga en las costumbres y viceversa.
Honoré de Balzac⁵⁷*

Una tercera dimensión también se refiere a las relaciones dentro de una comunidad jurídica, pero no desde la perspectiva de la opresión, sino de la libertad. En efecto, la costumbre puede cumplir dos roles liberadores.

En primer lugar, en un Estado no democrático, la costumbre jurídica puede cuestionar y subvertir el orden político en la medida en que la comunidad jurídica cree normas consuetudinarias sin que intervenga el Estado. La prueba de fuego será si esa costumbre jurídica logra imponerse a quienes detentan el poder estatal; de lo contrario, les será indiferente y la costumbre jurídica quedará circunscrita al vulgo (de acuerdo con lo señalado en la sección anterior, otra pregunta será si la costumbre jurídica refleja relaciones de poder dentro del vulgo). En cambio, solemos entender que la costumbre jurídica que subvierte un orden político democrático no cumple un rol liberador, ya que las decisiones democráticas se adoptan por una mayoría que conforma la voluntad general. Es decir, el rol liberador de la costumbre depende del contexto político, tal como formulara Balzac.

Por otra parte, se podría sostener que, incluso en una democracia, las decisiones de la mayoría pueden oprimir a una minoría, lo que nos lleva a examinar un segundo rol liberador en los ejemplos de los pueblos indígenas y de los profesionales del Derecho. La naturaleza cultural del Derecho se expresa, entre otros, en la costumbre jurídica. La costumbre jurídica no solo regula el comportamiento de quienes integran una comunidad jurídica, sino que además puede ser una manifestación de esa comunidad y una expresión de su independencia⁵⁸. De ese modo, cuando una comunidad jurídica indígena aplica su Derecho consuetudinario, no solo regula la conducta de sus miembros, sino que también expresa su identidad y afirma su independencia frente al Estado⁵⁹. Asimismo, cuando los profesionales del Derecho aplican los autos acordados referentes a tramitación del recurso de amparo y del recurso de protección, los que son evidentemente inconstitucionales⁶⁰, podemos calificarlo como una costumbre jurídica con el que esos profesionales ejercen un poder político y normativo que es independiente del poder estatal.

⁵⁷ BALZAC, 1831/1922, p. 107.

⁵⁸ PIRIE, 2013, pp. 171, 174.

⁵⁹ TAU ANZOÁTEGUI, 2000, pp. 15-16.

⁶⁰ SALAS SALAZAR, 2011, *passim*.

La pregunta obvia se refiere a la delimitación entre independencia e insubordinación. Respecto de la costumbre indígena no se presenta el problema porque la misma legislación reconoce esa costumbre; pero sí se plantea, y con gran fuerza, respecto de los autos acordados inconstitucionales.

En definitiva, el carácter político de la costumbre jurídica oscila entre la opresión, la independencia y la insubordinación. El rol de la costumbre jurídica puede ser ambivalente: ella puede ser un instrumento de independencia o insubordinación frente al Estado y simultáneamente puede ser un instrumento de opresión intragrupal que conserva estructuras hegemónicas dentro de una comunidad jurídica.

VI. CONCLUSIONES

La costumbre jurídica como fuente formal del Derecho no es un tema pacífico, especialmente su elemento subjetivo. No están claros su concepto ni su fundamento. En este artículo se acoge la propuesta de Carlos Nino en el sentido de descartar el elemento subjetivo y reemplazarlo para que la norma consuetudinaria forme parte del sistema jurídico, es decir, que sea reconocida por los órganos primarios del sistema. Sin embargo, persisten problemas metodológicos. Al revisar jurisprudencia (especialmente administrativa), se observa que no siempre consta que se haya aplicado una metodología rigurosa respecto de los elementos de la costumbre jurídica, ya que se declara o se asume que los hechos son notorios y se omite el elemento subjetivo. Es decir, se declara la existencia y el contenido de la costumbre jurídica. En consecuencia, la propuesta de Carlos Nino es correcta desde una perspectiva descriptiva. Sin embargo, la consecuencia de esa propuesta es el carácter político de la costumbre jurídica, el que se expresa en varias dimensiones. Entre ellas destacan la opresión y la liberación dentro de una comunidad jurídica. La opresión se manifiesta en las estructuras sociales que asignan a alguien el poder para determinar el contenido de las normas consuetudinarias. Los órganos primarios pueden ejercer un rol esencial para confirmar o impugnar esas estructuras de poder, como se ha visto por ejemplo respecto del peligro museológico de la costumbre jurídica. Ahora bien, la costumbre jurídica también puede ejercer una función liberadora e incluso de insubordinación. En consecuencia, el carácter político de la costumbre jurídica es ambivalente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, 1992/2011: *Begriff und Geltung des Rechts* (5ª ed.), Freiburg: Verlag Karl Alber.
- BALZAC, Honoré de, 1831/1922: *La piel de zapa* (Trad. Joaquín García Bravo), Madrid: Calpe.
- BELLO, Andrés, 1839/2010: "Legislación", en Andrés Bello, *Textos fundamentales*, pp. 211-215, Santiago: Cámara Chilena de la Construcción. Obtenido de <https://biblioteca.cchc.cl/datafiles/25544-2.pdf>
- BELLO, Andrés, 1864: *Principios de derecho internacional* (2ª ed.), París: Garnier Hermanos.

- CANIUQUEO HUIRCAPÁN, Sergio, 10 de enero de 2019: “El Mapuchómetro: Cuando la psicopolítica obstruye a la nación política”, *The Clinic*. Obtenido de <https://www.theclinic.cl/2019/01/10/el-mapuchometro-cuando-la-psicopolitica-obstruye-a-la-nacion-politica/>
- CHIMNI, B. S., 2019, “Customary International Law: A Third World Perspective”, *American Journal of International Law*, volumen 112, N° 1, pp. 1-46. doi:10.1017/ajil.2018.12
- D’ASPROMONT, Jean, 2011: *Formalism and the Sources of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- EDWARDS VIVES, Alberto, 1928/2022: *La fronda aristocrática en Chile* (18ª ed.), Santiago: Editorial Universitaria.
- FINNIS, John, 1980/2015: *Natural Law and Natural Rights* (2ª ed.), Oxford: Oxford University Press.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, 1864/1982: *La ciudad antigua* (Trad. Alberto Fano), Ciudad de México: Porrúa.
- GADAMER, Hans-Georg, 1960/2010: *Wahrheit und Methode* (7ª ed.), Tübingen: Mohr Siebeck.
- GOLDSMITH, Jack L. y Eric A. POSNER, 2005: *The Limits of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- HARARI, Yuval Noah, 2011/2015: *Sapiens*, Londres: Vintage.
- HART, H. L. A., 1994: *The Concept of Law* (2ª ed.), Oxford: Oxford University Press.
- HOLMES, Jr., Oliver Wendell, 1881/2000: *The Common Law*, Project Gutenberg. Obtenido de <http://www.gutenberg.org/ebooks/2449>
- JACCARD RIQUELME, Danko, 2023: “Participación política mapuche: la movilización étnica, los derechos indígenas de cara a una nueva constitución y el peligro de un nacionalismo excluyente”, pp. 55-121, en Danko Jaccard Riquelme (Ed.), *Reflexiones profanas sobre la participación mapuche*, Temuco: Ediciones Universidad de La Frontera.
- JOYNER, Daniel H., 2019: “Why I Stopped Believing in Customary International Law”, *Asian Journal of International Law*, volumen 9, N° 1, pp. 31-45. doi:10.1017/S2044251318000188
- KELSEN, Hans, 1934/2008: *Reine Rechtslehre* (1ª ed.) (Editor Matthias Jestaedt), Tübingen: Mohr Siebeck.
- KELSEN, Hans, 1952/2013: *Principios de Derecho Internacional Público* (Trads. Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida), Granada: Comares.
- KELSEN, Hans, 1960/2017: *Reine Rechtslehre* (2ª ed.) (Editor Matthias Jestaedt), Tübingen: Mohr Siebeck.
- KOJÈVE, Alexandre, 2004/2020: *La noción de Autoridad* (Trad. Luis González Castro), Barcelona: Página Indómita.
- KOLB, Robert, 2003: “Selected Problems in the Theory of Customary International Law”, *Netherlands International Law Review*, volumen 50, N° 2, pp. 119-150. doi:10.1017/S0165070X03001190
- MARX, Karl, 1842/1976: “Debatten über das Holzdiebstahls-gesetz”, en Karl Marx y Friedrich Engels, *Werke* (Vol. 1), pp. 109-147, Berlín: Dietz Verlag.
- MILLAS, Jorge, 1970/2012: *Filosofía del derecho*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- MONTAIGNE, Michel de, 1595/2021: *Los ensayos* (2ª ed.) (Trad. J. Bayod Brau), Barcelona: Acantilado.
- NINO, Carlos Santiago, 1983/2013: *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- ORWELL, George, 1949: *1984*, Nueva York: Signet.
- PFORDTEN, Dietmar von der, 2013: *Rechtsphilosophie*, Múnich: C.H.Beck.
- PIRIE, Fernanda, 2013: *The anthropology of law*, Oxford: Oxford University Press.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 2016: *Apuntes de teoría de Derecho* (10ª ed.), Madrid: Trotta.
- ROSS, Alf, 2005: *Sobre el derecho y la justicia* (3ª ed.) (Trad. Genaro R. Carrió), Buenos Aires: Eudeba.
- RÜTHERS, Bernd, FISCHER, Christian, y BIRK, Axel, 2013: *Rechtstheorie* (7ª ed.), Múnich: C.H. Beck.

- SALAS SALAZAR, Carolina, 2011: "Sobre la (In)Constitucionalidad del Auto Acordado que Regula la Tramitación y Fallo de la Acción de Protección", *Revista de Derecho (Coquimbo)*, volumen 18, Nº 2, 417-427. doi:10.4067/S0718-97532011000200016
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, 1840: *System des heutigen Römischen Rechts* (Vol. 2), Berlín: Veit.
- SCHARF, Michael P., 2013: *Customary International Law in Times of Fundamental Change*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHMITT, Carl, 1932/2012: *Legalität und Legitimität* (8ª ed.), Berlín: Duncker & Humblot.
- SQUELLA, Agustín, 2011: *Introducción al Derecho*, Santiago: Editorial Jurídica.
- TALMON, Stefan, 2015: "Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion", *European Journal of International Law*, volumen 26, Nº 2, pp. 417-443. doi:10.1093/ejil/chv020
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, 2000: *El poder de la costumbre*, Madrid: Fundación Histórica Tavera.
- THIRLWAY, Hugh, 2014: *The Sources of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- VERESHCHETIN, V. S., y DANILENKO, Gennady M., 1985: "Custom as a Source of International Law of Outer Space", *Journal of Space Law*, volumen 13, Nº 1, pp. 22-35. Obtenido de <https://airandspacelaw.olemiss.edu/pdfs/jsl-13-1.pdf>
- WEBER, Max, 1922: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr.
- WELZEL, Hans, 1951/2011: *Derecho natural y justicia material: introducción a la filosofía del derecho* (Trad. Felipe González Vicen), Montevideo: BdeF.

Normas jurídicas

- ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, adoptado el 26 de junio de 1945, XV UNICIO 355. Decreto 838 Ratifica, por parte de Chile, la Carta de las Naciones Unidas, Suscrita en San Francisco el 26 de junio de 1945, publicado el 29 de septiembre de 1945. Ley Nº 8.402 Dispone Cumplir y Llevar a Efecto como Ley de la República la Carta de las Naciones Unidas, publicada el 3 de enero de 1946.
- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS, adoptada el 11 de abril de 1980, 1489 UNTS 3. Decreto 554 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, publicado el 3 de octubre de 1990.
- DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/61/295 de 13 de septiembre de 2007.
- DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en su resolución AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) de 14 de junio de 2016.
- LEY Nº 19.253, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, publicada el 5 de octubre de 1993.
- LEY Nº 20.249, Crea el espacio costero marino de los pueblos originarios, publicada el 16 de febrero de 2008.

Jurisprudencia

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen Nº 007422N03 de 20 de febrero de 2003.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen Nº 063366N11 de 6 de octubre de 2011.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen Nº 026430N13 de 30 de abril de 2013.

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 019432N15 de 12 de marzo de 2015.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 001869N17 de 19 de enero de 2017.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 013966N19 de 24 de mayo de 2019.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° E584307N24 de 26 de diciembre de 2024.
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, “Dirección General de Aguas II Región / Yufila”, sentencia de 5 de octubre de 2017, rol 564-2017.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, “Comunidad Indígena Atacameña de Toconce con Sociedad Química y Minera Chile, Aguas de Antofagasta”, sentencia de casación de 2 de agosto de 2018, rol 44255-2017.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, “Comunidad Indígena Atacameña de Toconce con Sociedad Química y Minera Chile, Aguas de Antofagasta”, sentencia de reemplazo de 2 de agosto de 2018, rol 44255-2017.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Asylum (Colombia v Peru)*, sentencia de 20 de noviembre de 1950, 1950 I.C.J. 266.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Fisheries (U.K. v Norway)*, sentencia de 18 de diciembre de 1951, 1951 I.C.J. 116.

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502025000100053>

La regulación de las relaciones de trabajo en Chile frente a los desafíos de conciliación laboral y familiar

*Irene Rojas Miño**

RESUMEN

En este trabajo se analiza si el actual régimen jurídico de relaciones de trabajo establece medidas de conciliación laboral y familiar que permitan la incorporación de las mujeres en el empleo en igualdad de oportunidades que los hombres, para ello se identifican y estudian los instrumentos jurídicos relacionados con los cuidados y, en ellos, los de los tiempos de trabajo. Si bien se concluye en la existencia de tales mecanismos, ellos son limitados para el objetivo de garantizar la participación equilibrada entre mujeres y hombres en la vida familiar y en el mercado de trabajo y, consiguientemente, la equidad de género.

Conciliación laboral y familiar; Instrumentos de conciliación; Equidad de género

The regulation of labor relations in Chile regarding the challenges of work and family reconciliation

ABSTRACT

This work analyzes whether the current legal regime of labor relations establishes work family conciliation measures that allow the incorporation of women into employment with equal opportunities as men.

Work and family reconciliation; Reconciliation instruments; Gender equality

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Valencia, España. Profesora de Derecho del Trabajo, Universidad de Talca, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9955-3550>. Correo electrónico: irojas@utalca.cl

Este artículo forma parte del Proyecto de Investigación Fondecyt Regular, 1230019, ANID-Chile, titulado "Redefinición de las medidas de conciliación entre el trabajo y la familia en el sistema chileno, a fin de garantizar el derecho de igualdad de trato y de oportunidades en el empleo en razón del género".

Artículo recibido el 1.8.2024 y aceptado para su publicación el 26.2.2025.

INTRODUCCIÓN

Es cierto que para alcanzar la conciliación laboral y familiar de las personas trabajadoras se requiere de diversos instrumentos¹, constituyéndose como fundamental el de la regulación de las relaciones de trabajo y, en ella, la de los tiempos de trabajo para la conciliación². A tales efectos, debe tenerse presente que en el actual sistema económico y social el problema de la conciliación —o, más bien, la falta de la misma— lo enfrentan principalmente las personas trabajadoras que realizan actividades de cuidado respecto de otras, lo que afecta mayormente a las mujeres, a quienes histórica y culturalmente les han asignado dichas tareas de cuidado.

Si bien el desafío de la conciliación laboral y familiar es global, diversos países han desarrollado en las últimas décadas distintos instrumentos para su superación, planteándose a la fecha que tales sistemas están en diversas etapas para el logro de tal objetivo³. Precisamente, mediante este trabajo se pretende analizar si el actual régimen jurídico de las relaciones de trabajo establece instrumentos de conciliación laboral y familiar que permitan la incorporación de las mujeres en el empleo en igualdad de oportunidades que los hombres, junto con admitir el cuidado de personas dependientes. Si bien en esta materia se plantean diversas perspectivas, es posible sostener que las medidas que se han establecido en consideración del cuidado no cumplirían los objetivos de la conciliación en los términos señalados.

Para efectuar este análisis se requiere tener presente tanto las particularidades de la inserción laboral remunerada de la mujer como el concepto y contenido de la conciliación laboral, además de identificar y estudiar los instrumentos jurídicos de la regulación del trabajo que se relacionan con los cuidados, tal como ha sido tradicionalmente el referido a los tiempos de trabajo, aunque en los últimos años ha emergido el del lugar en donde se presta el servicio, como es el trabajo a distancia y el teletrabajo. Consiguientemente, en este trabajo se incorporan las dimensiones antes señaladas y, posteriormente, se analiza si tales instrumentos cumplen las exigencias que demanda la conciliación en los términos definidos.

I. LA INSERCIÓN LABORAL DE LA MUJER Y LA DEMANDA DE CONCILIACIÓN LABORAL Y FAMILIAR

En esta sección, junto con hacer presente los antecedentes y las condiciones de inserción de la mujer en el trabajo remunerado, se analiza el contenido de la conciliación laboral y familiar, además de las acepciones que tiene o ha tenido este concepto.

¹ Por todos, BLOFIELD y MARTÍNEZ, 2014, p. 109.

² Por todos, LAHERA y GARCÍA, 2008, p. 15.

³ OIT, 2023, pp. 247-294.

1. *Las particularidades de la inserción de la mujer en el trabajo remunerado*

Como es sabido, la realidad muestra un sistema económico y cultural que en materia laboral diferencia roles según el sexo de la persona en el marco de la familia tradicional. En efecto, en dicho contexto prevalece la organización de las familias conformadas por el “hombre proveedor y mujer dueña de casa”⁴; es decir, el hombre se dedica al trabajo productivo mientras que la mujer al trabajo reproductivo⁵. Así, el hombre adulto se incorpora al trabajo remunerado por medio de una jornada completa y total dedicación al mismo; mientras que la mujer solo se incorpora medianamente al trabajo remunerado, pues mantiene el trabajo reproductivo realizando el trabajo doméstico, particularmente el de cuidados de los integrantes dependientes de su hogar, lo que restringe y tensiona su incorporación al trabajo remunerado.

Dicha asignación de roles, junto con otros elementos concurrentes, genera una situación adversa hacia las mujeres en el mercado laboral, tal como es el hecho de que realiza un nivel de ocupación menor que la de los hombres, una segmentación laboral tanto horizontal como vertical, además de incorporarse mayoritariamente mediante modalidades contractuales precarias⁶ y percibir remuneraciones menores por el trabajo realizado, lo que se manifiesta en la brecha salarial⁷.

En Chile se reitera la situación global que afecta a las mujeres en el empleo remunerado, sumándose algunas particularidades. Así, sus niveles de ocupación, además de ser más bajos que el de los hombres –solo el 51,3 % versus el 71,0 de los hombres al año 2023⁸–, son menores que en otros sistemas comparados⁹. Al respecto, la OCDE¹⁰ ha alertado acerca de la concentración de las mujeres en las labores reproductivas como causa de no ingreso o retorno al mercado laboral y respecto de la fuerte tensión por la realización de un trabajo productivo junto con el reproductivo, lo que se plantea en los diversos segmentos etarios, en circunstancias de que las mujeres aventajan a los hombres en niveles educacionales en los rangos de menor edad¹¹. En definitiva, el informe de la OCDE manifiesta que “... la división entre el hombre que provee el ingreso y la mujer dueña de casa sigue siendo común en Chile, posiblemente más que otros países de la OCDE, lo que contribuye a perpetuar la actitudes y estereotipos existentes”¹². Tal conclusión lleva a la OCDE a proponer dos estrategias para abordar las desigualdades de género: de una parte, la asignación equitativa del tiempo y responsabilidades entre

⁴ Por todos, ZÁRATE y GODOY, 2005, p. 26.

⁵ Por todos, BENERÍA, 2006, pp. 9-20.

⁶ Por todos, FREDMAN, 2012, pp. 83-121.

⁷ Por todos, OIT, 2019.

⁸ INE, 2023, pp. 16-21.

⁹ En efecto, de acuerdo con datos del BANCO MUNDIAL, al año 2022 la participación laboral de la mujer en países de la OCDE alcanza 66%.

¹⁰ OCDE, 2021.

¹¹ OCDE, 2021, pp. 12-17. Acerca de esta materia, véase también, AGUILAR (2024).

¹² OCDE, 2021, p. 29.

hombres y mujeres y, de la otra, garantías para que el trabajo remunerado sea mejor remunerado¹³.

Pues bien, frente al desafío de la inserción de la mujer en el trabajo remunerado en igualdad de oportunidades que los hombres, la comunidad internacional ha demandado a los diversos Estados el establecimiento de “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos” (Art. 11.1. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de Naciones Unidas, 1979). Asimismo, se ha incorporado la noción de trabajadores con responsabilidades familiares, independientemente de su sexo, tal como lo establece el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo “sobre los trabajadores con responsabilidades familiares”, de 1981. Dicho Convenio plantea a los Estados miembros que deben “incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñan o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales” (Art. 3.1 del Convenio 156 de OIT)¹⁴.

2. *El concepto de conciliación y sus instrumentos*

Si bien el concepto de conciliación tiene un origen sociológico vinculado a la teoría feminista que promueve “la necesidad de alterar los roles sociales y fomentar el reparto de responsabilidades en el seno social y familiar”¹⁵, lo cierto es que el concepto de conciliación aún mantiene diversas acepciones¹⁶, aunque también se sostiene que corresponde a la corresponsabilidad¹⁷.

Así, en la evolución general de este concepto, la idea de conciliación laboral y familiar alude a posibilitar a la persona trabajadora la realización tanto del trabajo remunerado como el de los cuidados requeridos por las personas dependientes, planteándose diferencias referidas a la definición del sujeto que debe asumir el rol de los cuidados.

De una parte, se asume que es la mujer la persona responsable de los cuidados, por lo que la conciliación plantea la adecuación de la organización del trabajo respecto de las trabajadoras remuneradas, tanto en los tiempos requeridos como el lugar en donde se prestan los servicios laborales, con el fin de que la mujer pueda insertarse y permanecer en el trabajo remunerado¹⁸. De la otra, la conciliación laboral y familiar se asume en una perspectiva más compleja que involucra tanto a mujeres y hombres como a toda la

¹³ OCDE, 2021, p. 8.

¹⁴ Al respecto, diversos sistemas han establecido instrumentos para alcanzar la conciliación laboral y profesional, entre ellos destaca la Unión Europea y la última Directiva sobre la materia: 2019/1158.

¹⁵ BALLESTER, 2011, pp. 17-18.

¹⁶ CABEZA, 2011, p. 79.

¹⁷ Por todos, BALLESTER, 2012, pp. 54 y ss.

¹⁸ Tal como se plantea a partir de las políticas “maternalistas” de conciliación.

sociedad. Así, el concepto de conciliación se plantea como la “participación equilibrada entre mujeres y hombres en la vida familiar y en el mercado de trabajo, mediante la reestructuración y reorganización de los sistemas laboral, educativo y de recursos sociales, con el fin de conseguir la igualdad de oportunidades en el empleo, variar los roles y estereotipos tradicionales, y cubrir las necesidades de atención y cuidado a personas dependientes”¹⁹.

Además, los desafíos de conciliación laboral y familiar están estrechamente vinculados a los del cuidado –materia esta última que ha sido analizada exhaustivamente por las ciencias sociales²⁰–; aunque en dicha relación no es único el concepto de cuidado, en cuanto su idea original alude a las responsabilidades familiares de carácter doméstico, mientras que de manera específica “los cuidados se definen como la atención de las necesidades cotidianas de las personas en situación de dependencia”²¹.

En este último sentido, las diversas medidas de cuidado en relación con la conciliación se sistematizan en tres categorías: secuenciales, de desfamiliarización y de regulación²². Las medidas secuenciales se refieren a una sucesión de las responsabilidades laborales y de cuidado mientras se mantiene el otorgamiento de los cuidados dentro de la familia; incluyéndose entre otras los permisos de maternidad, paternidad y parentales y los horarios flexibles²³, definiéndose, además, medidas “de apoyo a los ingresos para que las interrupciones por cuidados no amenacen la seguridad de los ingresos de las personas”^{24,25}. Por su parte, las medidas de desfamiliarización trasladan “las responsabilidades de cuidado de la familia hacia los mercados y los Estados y, por tanto, desfamiliarizando el cuidado”²⁶ mediante diversas formas de provisión, en las que se incluyen las obligaciones de los empresarios en materia de jardines infantiles. Por último, las medidas de regulación corresponden a las de contratación de servicios de cuidado en el hogar²⁷, considerándose al efecto diversas modalidades.

Por su parte, las políticas de conciliación se definen en razón de los sujetos responsables de los cuidados respecto de las medidas que se adoptan para su logro. A estos efectos, se presentan dos categorías de tales políticas de conciliación: la de corresponsabilidad y la maternalista, considerando separadamente las medidas ante el embarazo y el cuidado del recién nacido, las que se denominan como de “piso de maternidad”.

Al efecto, el “piso de maternidad” constituye una base común a las dos políticas de conciliación, reconociendo “el papel de las mujeres en el embarazo, en el parto y en

¹⁹ RAE, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* (DPEJ).

²⁰ Por todos, ARRIAGADA, 2021, p. 6-41.

²¹ ARRIAGADA, 2021, p. 9.

²² BLOFIELD y MARTÍNEZ, 2014, pp. 109-110.

²³ BLOFIELD y MARTÍNEZ, 2014, p. 109.

²⁴ BLOFIELD y MARTÍNEZ, 2014, p. 109.

²⁵ Aunque, como señalan BLOFIELD y MARTÍNEZ (2014, p. 109), estas medidas tenían originalmente objetivos distintos de la conciliación laboral y familiar como la protección de la salud de la madre y el bebé.

²⁶ BLOFIELD y MARTÍNEZ, 2014, p. 109.

²⁷ BLOFIELD y MARTÍNEZ, 2014, pp. 109-110.

la lactancia”, para el que se definen, entre otras medidas, tiempos de ausencia laboral, denominados ‘descansos de maternidad’ “que ayudan a las mujeres a recuperarse física y emocionalmente y establecer rutinas y vínculos con el recién nacido”²⁸. Sin embargo este tiempo es limitado, pues una ausencia por maternidad amplia puede considerarse maternalista²⁹.

Por su parte, las políticas de corresponsabilidad implican tanto al Estado y a las empresas como a las personas trabajadoras en la prestación de los cuidados. Así, los Estados actúan por medio de la desfamiliarización de los cuidados, como también lo hacen las empresas, aunque estas últimas intervienen fundamentalmente en la definición adecuada de la organización del trabajo en razón de la corresponsabilidad³⁰, mientras que las personas trabajadoras son parte de medidas secuenciales que redefinen los roles de género entre los padres.

Las políticas maternalistas definen los cuidados “como una responsabilidad femenina sin pretender reducir la brecha de género *per se*”, convirtiendo los cuidados “en responsabilidad exclusiva o principal de las mujeres”³¹. Ciertamente que las políticas maternalistas han sido cuestionadas desde la perspectiva de la equidad de género, sin desconocer “el rol que ellas pueden tener en razón de permitir la inserción de las mujeres en el trabajo remunerado”³², pero lo cierto es que también potencian los estereotipos del trabajo de las mujeres, con los correlativos efectos en el mercado del trabajo y en la contratación laboral.

Pero también se han cuestionado los instrumentos neutros de la política de corresponsabilidad, en cuanto el solo reconocimiento de la titularidad del derecho a ambos progenitores no garantiza por igual su ejercicio, en cuanto lo continúan aceptando las mujeres trabajadoras, perpetuando así “la asunción mayoritariamente femenina de las tareas de cuidado”³³ con los efectos ya señalados en el mercado del trabajo. A estos efectos, algunos textos normativos plantean que sean intransferibles entre los progenitores los derechos de permisos para cuidados³⁴.

²⁸ BLOFIELD y MARTÍNEZ, 2014, pp. 111-112.

²⁹ BLOFIELD y MARTÍNEZ, 2014, pp. 111-112.

³⁰ BALLESTER, 2012, pp. 53-77.

³¹ BLOFIELD y MARTÍNEZ, 2014, pp. 111-112.

³² BLOFIELD y MARTÍNEZ, 2014, pp. 111-112.

³³ BALLESTER, 2012, pp. 53-77.

³⁴ Por todos, la Directiva Comunitaria 2019/1158, que respecto del permiso parental, cuyo mínimo es de 4 meses, establece: “Los Estados miembros se asegurarán de que dos de los meses de permiso parental no puedan ser transferidos” (Art. 5.2).

II. LAS MEDIDAS DE REGULACIÓN DEL TRABAJO EN ATENCIÓN A LOS CUIDADOS

Es posible sostener que el sistema jurídico laboral chileno no ha establecido medidas explícitas de conciliación familiar y profesional³⁵; salvo, de una parte, la definición expresa efectuada en tal sentido por medio de la Ley N° 21.565 de 2023 y, de la otra, la existencia de referencias específicas³⁶ que se han planteado en los respectivos debates legislativos. Tal constatación implica efectuar este análisis desde los instrumentos laborales adoptados respecto de los cuidados de las personas dependientes y, consiguientemente, desde los derechos que disponen a estos efectos las personas trabajadoras. Estas medidas han estado referidas principalmente al derecho de ausencia laboral, a las que se adiciona en los últimos años el lugar en donde prestan el servicio por medio del trabajo a distancia y teletrabajo³⁷, además de medidas específicas. En todo caso, el último período de generación de estas medidas se plantea en un nuevo contexto de relaciones laborales, en el que se consideran nuevas demandas, tanto familiares como personales, haciéndose también presente el reconocimiento de nuevas formas de familia³⁸.

Respecto de los tiempos y del lugar de trabajo en razón del cuidado de personas dependientes se presenta una evolución en los instrumentos jurídicos adoptados y sus respectivos regímenes jurídicos, distinguiéndose tres categorías de medidas. La primera comprende el reconocimiento de los derechos del piso de maternidad, referido a un tipo de derecho de ausencia; el de descanso laboral por motivo de embarazo, de recuperación del parto y de cuidado del menor en sus primeros días de vida, junto con derechos complementarios de tal ausencia. La segunda plantea el establecimiento de medidas que reconocen a las mujeres trabajadoras, y eventualmente de otras personas trabajadoras, el acceso a otro derecho de ausencia, el de permisos laborales, además de, eventualmente, al trabajo a distancia –tal como se ha definido en los últimos años–, que permitan el cuidado de hijos e hijas y de otras personas en situación de dependencia. Y la tercera comprende las medidas de cuidado sin atender directamente al sexo de la persona trabajadora, pudiéndose discutir la transición hacia una nueva etapa que supere la noción de “medidas maternalistas”.

Las dos últimas categorías muestran una génesis temporal que dista en casi setenta años de la primera –el piso de maternidad–; en cuanto, tales medidas, salvo la de las salas cunas, solo se establecen a partir de la década de los noventa del siglo XX, es

³⁵ CASAS y VALENZUELA, 2011.

³⁶ Como es la planteada por la diputada Antonieta Saa en el debate de la HISTORIA DE LA LEY 19.670, pp. 21-22, en cuanto afirma, en síntesis: “Ya es hora de que nuestra sociedad asuma... que la maternidad y la crianza de los niños no constituyen una responsabilidad exclusiva de las mujeres”.

³⁷ El que si bien era aceptado como una modalidad que no tenía mayor aplicación, su relevancia cambió a partir de la epidemia del Covid 19, dictándose entonces un régimen jurídico especial para el contrato de trabajo a distancia y teletrabajo, Ley N° 21.220, 2020.

³⁸ Véase, a vía de ejemplo Ley N° 21.400, 2021, que reconoce los derechos de maternidad y paternidad a la persona gestante y al progenitor no gestante, respectivamente.

decir, alrededor de hace treinta años. Además, las medidas de las diversas categorías han sido establecidas legislativamente con una aplicación general en el ámbito de las relaciones laborales, salvo las del piso de maternidad en su primera época. Asimismo, tales medidas, más las modificaciones que se han incorporado, están plenamente vigentes en la actualidad, con excepción de las referidas a situaciones específicas derivadas de la pandemia del Covid 19³⁹.

1. *Los derechos del piso de maternidad*

El reconocimiento de los derechos del piso de maternidad comienza con el establecimiento de normas específicas en los inicios del Derecho del Trabajo en Chile, por medio de la dictación del Decreto Ley 442 de 1925, y que fueron incorporadas al Código del Trabajo de 1931 —el que tuvo plena vigencia hasta la década del setenta del siglo XX—.

Mediante esta regulación se estableció un derecho de ausencia laboral —que desde los orígenes de su establecimiento fue denominado como “descanso de maternidad”—, el que se extendió por un periodo antes y después del parto, denominándose a estos efectos como “descanso pre y posnatal”, comprendiendo entonces el lapso de 40 días previo al parto y de 20 días posteriores al mismo. Estos derechos son complementados con una prestación que en el todo o parte sustituye la remuneración, además de una medida de protección del puesto de trabajo —el fuero laboral— y con otro específico instrumento de conciliación, que es el de la sala cuna. No obstante, en una perspectiva actual el derecho de sala cuna no corresponde estrictamente a los del piso de maternidad, sino que —debido a la forma en que procede— corresponde a un derecho maternalista.

Originalmente, los derechos del piso de maternidad solo fueron reconocidos a las trabajadoras obreras, en decir, a las que realizaban principalmente una actividad de carácter manual, excluyendo así a las empleadas, que correspondían a quienes realizaban una actividad de carácter intelectual, en razón de las categorías definidas por las Leyes Sociales de 1924 y que incorporó el Código del Trabajo de 1931⁴⁰.

Pues bien, este derecho de “descanso pre y posnatal” tuvo una ampliación en las décadas siguientes⁴¹, tanto en su cobertura subjetiva —en razón de que se extiende a las demás trabajadoras empleadas considerando todos los sectores de las relaciones laborales, es decir, públicas y privadas⁴²— como en su extensión y el contenido del mismo, esto último referido a la prestación pecuniaria por el período de descanso, que pasa a ser cubierto por la seguridad social no contributiva; y lo mismo sucedió con los derechos

³⁹ Como es la establecida por Ley N° 21.247, 2020, sobre licencia preventiva parental.

⁴⁰ Ciertamente que el punto a analizar de este concepto se reduce al de protección y el debate planteado. Véase HUTCHISON, 2014, pp. 253 y ss..

⁴¹ Particularmente, mediante la Ley N° 11.452, 1953.

⁴² Estableciendo en su artículo 1° lo siguiente: “La protección a la maternidad se regirá por las disposiciones del presente Título y quedan sujetos a ellas todos los servicios y establecimientos o empresas industriales, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o pertenecientes a una corporación de derecho público o privado”.

complementarios del “piso de maternidad”, es decir, el fuero laboral y la sala cuna, adicionándose descansos por problema de salud originados por el embarazo y por el parto, estos son los suplementarios y de plazo ampliado⁴³. El régimen jurídico de estos derechos del “piso de maternidad” se consolidó en mayo de 1973, mediante la Ley N° 17.928, y se mantuvo en el modelo normativo siguiente, el decir el del Plan Laboral bajo el régimen militar, salvo algunas modificaciones concretas⁴⁴.

No obstante, en el último período —a partir de las reformas laborales de la década de los noventa—, además de adecuaciones en materias de subsidios de maternidad, se incorporaron varias medidas que pueden ser ordenadas en cinco tipos. Primero, la extensión de algunos derechos al padre trabajador, bajo ciertas condiciones, tal como son el acceso al descanso postnatal en el supuesto de la muerte de la madre con ocasión del parto⁴⁵, derecho al que también accedería el guardador del menor, a falta del padre; como también el acceso a la sala cuna pero solo en el evento de que la madre haya fallecido o que se le haya otorgado el cuidado personal por sentencia judicial⁴⁶. Segundo, el derecho a elección de la sala cuna en el servicio empleador de la madre o del padre, en el supuesto de que ambos progenitores sean funcionarios públicos⁴⁷. Tercero, también se establece un nuevo derecho al padre trabajador con ocasión del nacimiento del hijo y al que esté en un proceso de adopción⁴⁸, el que constituye un permiso de 5 días y que es remunerado por la respectiva empresa. Cuarto, se incorpora una medida especial de protección a la mujer embarazada en el supuesto de pandemia o de alerta sanitaria, y que está referida a poder efectuar sus labores mediante trabajo a distancia o teletrabajo⁴⁹. Y quinto, en el marco de la ley de “matrimonio igualitario”⁵⁰, se extienden los derechos del piso de maternidad a la persona gestante y al progenitor no gestante.

2. *Las medidas para el cuidado por parte de la madre trabajadora y, marginalmente, del padre u otra persona trabajadora*

Sin perjuicio del derecho a sala cuna, que en esta materia constituye una excepción a su categorización de derecho del piso de maternidad, es a partir de la década de los

⁴³ Al efecto, véase actual artículo 196, incisos primero y segundo, del actual Código del Trabajo (CT).

⁴⁴ Además del establecimiento de normas comunes para el subsidio de incapacidad —DFL 44, 1978—, se impusieron exigencias particulares que definieron el monto y el acceso al subsidio de maternidad por medio de la Ley N° 18.378, 1988 (artículo 63), conocida como “Ley Büchi”.

⁴⁵ Este derecho fue establecido en la primera reforma laboral planteada con el regreso del sistema político democrático, mediante la Ley N° 19.250, 1993, Art. 2. N° 5, aunque no reconoció el derecho al fuero laboral del padre trabajador pero sí el derecho al subsidio.

⁴⁶ Derecho establecido por Ley N° 20.399, 2009.

⁴⁷ Ley N° 20.891, 2016.

⁴⁸ Establecido por Ley N° 20.545, 2011.

⁴⁹ Así lo establecen la Ley N° 21.260, 2020, y Ley N° 21.498, 2022.

⁵⁰ Ley N° 21.400, 2021.

noventa del siglo XX⁵¹ que se inaugura una nueva etapa en la relación familia y trabajo mediante la incorporación en el ámbito de las relaciones laborales de diversas medidas, tanto derechos directos –constituidos por los permisos laborales– como condicionados a exigencias específicas –tal cual es el trabajo a distancia o el teletrabajo–, las que permitirían a las madres trabajadoras, y eventualmente a otras personas trabajadoras, el cuidado de sus hijas e hijos en especiales momentos de dependencia, sumando con posterioridad a otras personas en estado de discapacidad.

Estas medidas se establecen de manera progresiva; no obstante, en razón del paso del tiempo, varias de las que constituyen derechos directos van ampliando su titularidad a nuevas personas trabajadoras y en forma paralela se reconocen derechos complementarios, como son el derecho a subsidio de maternidad y fuero laboral.

En orden cronológico, estas medidas son las siguientes:

- a) El derecho a sala cuna, el que constituye una medida de desfamiliarización y que se define como un derecho de la madre trabajadora, y de manera excepcional del padre trabajador, para acceder a un establecimiento especialmente habilitado por las empresas en donde pueden dejar bajo cuidado a sus hijos menores de dos años de edad⁵². La particularidad es que el respectivo derecho y la consiguiente obligación empresarial dependen del número de trabajadoras que tenga la empresa, el que originalmente era de 50 y con posterioridad de 20 trabajadoras, exigencia que se mantiene en tales términos hasta la actualidad.
- b) El derecho de la madre trabajadora para acceder al permiso de cuidado del hijo menor de un año por motivo de enfermedad grave, por el que tiene derecho al subsidio de maternidad⁵³. A este derecho también puede acceder el padre trabajador, pero en términos subsidiarios, ya sea por lo que así lo ha elegido la madre, por la muerte de la misma o por haber obtenido el padre la tuición del menor por sentencia judicial. Asimismo, accede a este derecho la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto de quien se le haya otorgado la tuición o el cuidado personal como medida de protección judicial.
- c) El permiso para el cuidado del hijo menor de 18 años en peligro vital⁵⁴, el que es de 10 jornadas ordinarias al año, y por las que no se obtiene subsidio, sino que se establecen mecanismos de compensación. En su establecimiento⁵⁵, se definió como

⁵¹ Momento histórico que no es inocuo, en cuanto ha terminado el régimen de la dictadura militar (1973-1990) y se ha iniciado un sistema democrático de gobierno en el que, además, está presente el tema de género, creándose en su primer gobierno la primera entidad pública sobre esta dimensión política y social, este fue el Servicio Nacional de la Mujer, Sernam.

⁵² Aunque este derecho a “sala cuna” ya había sido establecido por la Ley 3.186, 1917.

⁵³ Este derecho también fue establecido por Ley 19.250, 1993.

⁵⁴ O, como señala el texto legal, “con motivo de un accidente grave o de una enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte”.

⁵⁵ Por Ley 19.505, 1997.

- un derecho de la madre trabajadora, al que también podía acceder el padre trabajador pero a “elección de la madre”. Sin embargo, por modificación del año 2017, por Ley N° 21.063, se amplía la titularidad de este derecho a ambos progenitores
- d) El fuero maternal a personas en proceso de adopción de menores. Esta protección fue establecida por la Ley N° 19.670 del año 2000 y se otorga a las mujeres, en general, y a los hombres solteros y viudos.
- e) El permiso posnatal parental, establecido por la Ley N° 20.545 de 2011⁵⁶, que estableció el derecho de la madre trabajadora, y eventualmente el del padre trabajador, para ausentarse total o parcialmente de sus labores a continuación del descanso posnatal, a efectos del cuidado del menor: si es por el total de la jornada su extensión es de 12 semanas, o si es por la mitad de la jornada diaria su extensión es de 18 semanas. Este permiso es financiado con el subsidio de maternidad, pero solo hasta un monto establecido⁵⁷.

Si bien también se plantea el acceso a este permiso por parte del padre trabajador, su procedencia es limitada, en cuanto la titularidad inmediata del derecho solo se genera por la muerte de la madre o en el caso de que el padre tuviese el cuidado personal del menor obtenido por sentencia judicial. En los demás casos, procede en forma subsidiaria: a partir de la séptima semana puede acceder el padre pero ello sujeto a la “elección de la madre”.

- f) El trabajo a distancia o teletrabajo. Con ocasión de la pandemia del Covid 19 se estableció el acceso a esta nueva forma para efectuar el cuidado⁵⁸. Así, tras definir una nueva modalidad contractual, tal cual es el contrato a distancia o teletrabajo señalado⁵⁹, cuya vigencia es de carácter general y, por consiguiente, no limitada a la pandemia y, además, su aplicación procede por medio de su establecimiento de común acuerdo.

Asimismo, en el último período de la pandemia, se estableció el acceso al teletrabajo del cuidador de un menor en edad preescolar⁶⁰; en cuanto, en supuesto de pandemia o epidemia a causa de enfermedad contagiosa y siempre que se haya declarado el estado de excepción de catástrofe por calamidad pública o una alerta sanitaria, procedería el teletrabajo “en la medida que la naturaleza de sus

⁵⁶ Cuyo principal contenido fue incorporado como Art. 197 bis del CT.

⁵⁷ Lo que, posteriormente, fue en parte modificado por la Ley N° 20.891, 2016.

⁵⁸ En efecto, en atención a la declaración de “catástrofe por calamidad pública”, como “estado de excepción constitucional” (Decreto Supremo 104, 2020, el que tuvo vigencia, por sucesivas renovaciones, desde el 18 de marzo de 2020 al 30 de septiembre de 2021). En este período se adoptaron diversas medidas para la organización de la vida pública y privada, entre ellas las laborales, con el fin de mantener la prestación de servicios y a la vez establecer medidas de aislamiento personal y así evitar el contagio y la propagación del virus. En este ámbito, un especial desafío fue el de enfrentar el cuidado de personas dependientes, tal como son los menores y las que están en situación de “invalidez”, debido a que por el cierre de establecimientos educacionales y de cuidado estas personas retornaron a sus hogares.

⁵⁹ Ley N° 21.220, 2020, que regula el trabajo a distancia y teletrabajo.

⁶⁰ Ley N° 21.391, 2021

funciones lo permitiese, sin reducción de sus remuneraciones”⁶¹. En todo caso, si el cuidado está a cargo de ambos progenitores⁶², “cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá hacer uso de esta prerrogativa”⁶³.

- g) La “licencia médica preventiva parental” (Ley Nº 21.247 de 2020), que corresponde a un permiso por un tiempo limitado como prórroga del permiso posnatal parental y con derecho a subsidio de “maternidad”, cuyo titular es la persona que hubiere gozado del permiso posnatal parental –que fuese establecido en la primera fase de esta etapa de medidas maternalistas, y cuyo titular es la madre trabajadora, salvo el acceso eventual del padre trabajador–, estableciéndose que si ambos progenitores hubieren gozado de dicho permiso “cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar de esta licencia médica preventiva parental”⁶⁴.
- h) El acceso a una banda horaria para anticipar o retrasar el inicio de la jornada laboral en un contexto de flexibilidad de los tiempos de trabajo (Ley 21.561 de 2023⁶⁵). Con lo anterior se estableció la facultad de la madre o del padre de menores de 12 años, como también de los cuidadores de los mismos, para acceder a “... una banda de dos horas en total, dentro de la que podrán anticipar o retrasar hasta en una hora el comienzo de sus labores, lo que determinará también el horario de salida al final de la jornada”⁶⁶. En todo caso, se reitera la norma de que, en el supuesto de ambos progenitores como cuidadores, la titularidad del derecho es de la madre⁶⁷.

3. *Medidas de cuidado de la persona trabajadora, con independencia del sexo del cuidador*

Paralelamente a las medidas de cuidados que se han reconocido a la madre trabajadora, se han establecido otras medidas respecto de la persona trabajadora cuidadora, con independencia de su sexo. Si bien la casi totalidad de estas medidas han sido establecidas en los últimos años, una de ellas es de una fecha contemporánea a la primera medida maternalista.

En orden cronológico, estas medidas son las siguientes:

- a) El permiso de la trabajadora o del trabajador para acceder a 12 semanas para el cuidado del menor inferior a seis meses con ocasión de haberse otorgado

⁶¹ Art. 206, inciso primero, CT

⁶² La expresión “progenitor” se entiende como padre o madre, de acuerdo con la tercera referencia de la RAE (visto el 14 de junio de 2024, <https://dle.rae.es/progenitor>).

⁶³ Art. 206, inciso primero, CT.

⁶⁴ Art. 1, inciso final de Ley Nº 21.247.

⁶⁵ La que, en esta materia, entró en vigencia el 26 de abril de 2024.

⁶⁶ Actual Art. 27, inciso primero, CT.

⁶⁷ En cuanto se establece lo siguiente: “Si ambos padres son trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá hacer uso de este derecho”, Art. 27, inciso tercero, CT.

- judicialmente su cuidado personal o su tuición, por el que también accede al subsidio de maternidad (Ley N° 19.250 de 1993⁶⁸).
- b) La suspensión del contrato de trabajo por motivo del cuidado de menores a causa del Covid 19⁶⁹. Al efecto, se estableció el derecho de las personas trabajadoras que tuviesen a su cuidado personal uno o más niños o niñas a suspender el contrato de trabajo. Para que proceda este derecho se requiere que esté suspendido el funcionamiento del establecimiento educacional, jardín infantil o sala cuna por motivo del Covid 19 al que asiste el menor y, además, que la respectiva persona trabajadora esté afiliada al seguro de desempleo, motivo por el que recibirá una prestación económica durante dicha suspensión.
 - c) El derecho a la modalidad del teletrabajo de las personas trabajadores que tengan el cuidado de menores de 12 años y cuyos establecimientos de educación básica sean cerrados por motivo de estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, o una alerta sanitaria con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa⁷⁰.
 - d) El derecho a la modalidad del teletrabajo de las personas trabajadores que tengan el cuidado de personas con discapacidad en el supuesto de pandemia o epidemia a causa de enfermedad contagiosa –siempre que se haya declarado el estado de excepción de catástrofe por calamidad pública o una alerta sanitaria–⁷¹, procediendo “en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permitiese, sin reducción de sus remuneraciones” y que se acredite la situación de discapacidad de la persona que se cuida⁷².
 - e) El derecho a ausentarse por emergencias de padres, madres o tutores legales de menores con trastorno espectro autista (TEA)⁷³. En el marco de medidas de promoción y protección de la normativa de los derechos de las personas con TEA se estableció el derecho de los cuidadores de menores de edad diagnosticados de tal trastorno, sean padres, madres o tutores legales, a ausentarse de sus labores “para acudir a emergencias respecto de su integridad en los establecimientos educacionales donde cursen su enseñanza parvularia, básica o media”, considerándose dichas ausencias de emergencia como tiempo trabajado para todos los efectos legales⁷⁴; debiéndose, en todo caso, cumplirse con las formalidades establecidas en la ley⁷⁵.

⁶⁸ Actual Art. 199, inciso segundo, CT.

⁶⁹ Ley N° 21.247, 2020.

⁷⁰ Ley N° 21.391, 2021.

⁷¹ Ley N° 21.391, 2021.

⁷² Incorporado como Art. 206, CT, distinguiendo su inciso cuarto entre persona discapacitada inscrita en el Registro Nacional de Discapacidad y persona asignataria de pensión de invalidez.

⁷³ Ley N° 21.545, 2023.

⁷⁴ Art. 206, inciso cuarto, CT.

⁷⁵ Art. 66 quinquies, CT.

- f) El acceso a medidas de “conciliación”, incluido el trabajo a distancia, establecidas por la Ley Nº 21.645, 2023, presentando dicho texto normativo tres tipos de medidas:

Primera, incorporación de los principios de paternidad responsable, corresponsabilidad y el de protección a la maternidad y paternidad. Para estos objetivos se declara que las normas de protección a la maternidad y paternidad –establecidas en el Título II del Libro II del Código del Trabajo– debían responder a tales principios “promoviendo la igualdad de oportunidades y de trato entre las mujeres y los hombres, debiendo preservar tanto la salud y bienestar de los niños y niñas como el de sus progenitores y progenitoras”⁷⁶.

Segunda, acceso a la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo de las personas trabajadoras que son cuidadoras, tanto de las niñas y los niños menores de 14 años y de quienes tienen una discapacidad o dependencia severa y moderada⁷⁷. Procede la respectiva solicitud salvo que “la naturaleza de las funciones de la persona trabajadora no permita la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo”⁷⁸.

Y tercera, adecuación de descansos específicos y jornadas de trabajo por motivo de vacaciones escolares, estableciéndose diversos instrumentos de ajuste de los descansos y jornadas de trabajo de la persona trabajadora en razón de las vacaciones anuales escolares de la persona trabajadora que tenga el cuidado personal de un menor de 14 años o de un adolescente menor de dieciocho años con discapacidad o dependencia severa o moderada⁷⁹.

⁷⁶ A estos efectos, se cambia el nombre del Título respectivo –“de la protección a la maternidad y la paternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”–, se incorporan tales principios en el texto de dicho título, específicamente en el Art. 194 del CT, en sus incisos primero y segundo, y, además, se establece la obligación de la empresa de promover la conciliación, y ello mediante “campañas de sensibilización y difusión realizadas directamente por el empleador o por medio de los organismos administradores de la Ley Nº 16.744”.

En todo caso, el legislador establece que “[D]ichos principios deberán aplicarse siempre en concordancia con las responsabilidades y facultades de administración que este Código reconoce al empleador.

⁷⁷ La respectiva normativa legal fue incorporada en la sección referida a “contrato de trabajo a distancia y teletrabajo” –esta es el Capítulo IX del Título segundo (contratos especiales), del Libro Primero del Código del Trabajo–, artículos 152 quáter o bis y 152 quáter o ter.

⁷⁸ Art. 152 quáter o ter, CT.

⁷⁹ A estos efectos, se establecieron tres medidas: a) Acceso preferente al feriado anual durante el período de vacaciones definido por el Ministerio de Educación (Art. 67, inciso final CT.). b) Modificación transitoria de la distribución de la jornada diaria o semanal o de los respectivos turnos, siempre que “la naturaleza de sus funciones lo permita y la empresa funcione en un horario que sea compatible” (Art. 76, bis, CT). c) Reducción transitoria de la jornada en el período de vacaciones definido por el Ministerio de Educación, requiriéndose al efecto un acuerdo colectivo para la procedencia que habilite dicha reducción, toda vez que se requiere de un pacto con la organización sindical (Art. 376, inciso final, CT).

III. PERSPECTIVA DE LA CONCILIACIÓN ENTRE EL TRABAJO Y LA FAMILIA

La pregunta que se ha planteado es si el actual ordenamiento laboral establece medidas de conciliación entre el trabajo y la familia en los términos referidos para que permitan la incorporación de las mujeres en el empleo en igualdad de oportunidades que los hombres, junto con admitir el cuidado de personas dependientes. Al respecto, la respuesta a dicha interrogante requiere calificar el tipo de política que han configurado las medidas establecidas.

1. *El debate planteado y la garantía del piso de maternidad*

Considerando a estos efectos el marco de la regulación de las relaciones de trabajo, la doctrina laboralista que se ha pronunciado pertinente a la materia lo ha hecho hace más de diez años y ha planteado que “no existe un reconocimiento generalizado acerca del tema de conciliación de la vida familiar y del trabajo”⁸⁰, pero sí se presentan normas de protección a la maternidad que establecen varios derechos concernientes a la materia⁸¹. Asimismo, a partir del antecedente de que “la conciliación de trabajo y vida familiar no encuentra una sistematización o una normativa explícita en nuestra actual legislación laboral”⁸², se afirma la potencialidad de tales medidas debido a las “actuales oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar reconocidas en la legislación chilena”⁸³, tal como son los descansos y permisos de maternidad y de paternidad, junto con los instrumentos que los acompañan, como la sala cuna y el derecho de dar alimentos⁸⁴, el teletrabajo⁸⁵ y el trabajo a tiempo parcial⁸⁶, aunque también se advierten las limitaciones de la normativa vigente⁸⁷.

Desde fuera de la doctrina laboralista se han planteado críticas abiertas a esta falta de medidas de conciliación, en cuanto las medidas de protección de la maternidad atienden solo al menor, salvo algunas dimensiones que se han incorporado en las últimas décadas⁸⁸ o que el establecimiento del permiso posnatal parental –Ley N° 20.545, 2011– refuerza “los roles de género existentes en la sociedad chilena”⁸⁹.

En definitiva, más allá de que no siempre se distinguen las diversas perspectivas de la conciliación laboral y familiar, según cuál sea la causa de dicha conciliación –de una parte, el estado de embarazo junto con los cuidados tras el parto y del recién nacido

⁸⁰ SIERRA, 2012, p. 409.

⁸¹ SIERRA, 2012, p. 409.

⁸² CAAMAÑO, 2004, p. 69.

⁸³ CAAMAÑO, 2007, p. 183.

⁸⁴ CAAMAÑO, 2007, pp. 183-197.

⁸⁵ CAAMAÑO, 2010, pp. 79-105.

⁸⁶ CAAMAÑO, 2014, pp. 3-16.

⁸⁷ CAAMAÑO, 2009, pp. 64-76.

⁸⁸ CASAS y VALENZUELA, 2012.

⁸⁹ MORAGA, 2011.

y, de la otra, los cuidados brindados a las personas dependientes del ámbito familiar—, lo cierto es que respecto de la última dimensión la doctrina jurídica solo reconoce las potencialidades de tales medidas en torno a cumplir dichos objetivos y que las que existen carecen de la necesaria corresponsabilidad.

No obstante, efectuada la revisión respectiva en el ordenamiento jurídico chileno se constata que dicho sistema establece “el piso de maternidad”, el que, si bien plantea cuestionamientos en su origen, desde hace décadas cumple el objetivo de protección a la madre trabajadora y al que está por nacer, disponiéndose además de diversas medidas de resguardo de la madre y del recién nacido en sus primeros días, tal como además se reconoce en términos comparativos con sistemas de nuestro entorno geográfico⁹⁰; sin perjuicio del debate de su cobertura referida a las trabajadoras del sector informal de la economía⁹¹, o de las exigencias y de la base de cálculo del subsidio de maternidad⁹².

2. *La definición general de medidas maternalistas*

Si bien la conciliación es un objetivo que el legislador solo ha incorporado explícitamente por medio de la Ley N° 21.561 de 2023, lo cierto es que a partir de la década de los 90 se establecen diversas medidas que, en términos generales, permiten a las mujeres trabajadoras acceder a medidas de conciliación, disponiendo de tiempos de permisos para tales efectos, y a partir de la pandemia también a realizar el trabajo a distancia o teletrabajo para el cuidado de los hijos e hijas. Solo posteriormente y en términos condicionados se permite acceder a tales medidas a las demás personas trabajadoras. Asimismo, en los últimos años se plantea una ampliación de estas medidas en dos perspectivas. De una parte, se acoge el requerimiento de los cuidados mediante la conciliación respecto de personas dependientes que no sean hijos, tal cual son los menores dependientes y las personas en estado de discapacidad. Y de otra parte, se establece una titularidad neutra respecto del cuidador, no identificándose la calidad de madre o padre para su ejercicio, tal como sucede en la citada Ley N° 21.645 de 2023.

Por consiguiente, por sobre el “piso de maternidad”, el grueso de las medidas de conciliación laboral y familiar se definen en razón del cuidado de las hijas e hijos y se entregan a la madre trabajadora, configurándose como medidas de carácter “maternalista”. Tales medidas se han establecido tradicionalmente como derechos por medio de ausencias laborales, sin perjuicio de que en los últimos años se incorporan también otros instrumentos, en particular el de flexibilidad del lugar en donde se prestan los servicios, mediante el trabajo a distancia o el teletrabajo.

Además, el grueso de las medidas de conciliación es definido respecto de las madres trabajadoras como titular única del cuidado de sus hijas e hijos, aunque en razón de la

⁹⁰ Véase, OIT-PNUD (2013).

⁹¹ Considerando su limitado acceso a los derechos de maternidad.

⁹² Toda vez que, sin perjuicio de las modificaciones incorporadas a la Ley N° 18.768, 1988, se mantiene su base de cálculo a los ingresos previos al estado de embarazo. Al respecto, véase artículo 8 de DFL 44, 1978.

ausencia de la misma puede acceder el padre trabajador y, además, puede transferir en parte su ejercicio al padre trabajador.

En este sentido, tales medidas son de carácter “maternalista”⁹³, las que refuerzan la noción “de que el cuidado de niños(as) es sobre todo una responsabilidad materna”⁹⁴, con las consiguientes consecuencias que desfavorecen a las trabajadoras en el mercado laboral, así como ha sucedido con los efectos del régimen jurídico de las salas cunas en las empresas, en cuanto limita la contratación de las mujeres⁹⁵.

De otra parte, podría refutarse que esta calificación de las bases estaría cambiando, debido a la apertura de las medidas respecto del titular del cuidado, en cuanto en algunos casos se plantea una posibilidad de traspaso al padre trabajador y, además, en una medida específica se plantea una titularidad nuestra, es decir, sin definición del sexo del cuidador.

Sin embargo, esta nueva perspectiva normativa no garantiza la superación del concepto maternalista de la conciliación. Es cierto que se plantean posibilidades de traspaso del ejercicio del cuidado, pero estas no se han verificado en la realidad, tal como ha sucedido con el acceso al permiso parental establecido en el año 2011, en cuanto las cifras de la Superintendencia de Seguridad Social plantean que en promedio en el período de 2011 a 2019 solo el 0,23% de los permisos ha sido traspasado⁹⁶. De otra parte, la medida de conciliación de titularidad compartida es reciente —en cuanto solo se estableció por la Ley N° 21.645 de 2023—, por lo que no se dispone de estudios pertinentes respecto de su eficacia. Sin embargo, a causa de la neutralidad de la misma y sin medidas de fomento del reparto de las responsabilidades familiares “inevitablemente promueve el mantenimiento de roles tradicionales”⁹⁷.

Considerando el estado actual del reconocimiento de los derechos de conciliación en nuestro país, se plantea por qué el legislador ha establecido tal titularidad solo respecto de las mujeres y madres trabajadoras. Lo cierto es que dicho análisis plantea una dimensión que excede el objetivo de este trabajo, pero se debe observar que en el debate legislativo de diversos textos normativos sí se han presentado posiciones referidas a permitir la incorporación de las mujeres en el empleo en igualdad de oportunidades que los hombres⁹⁸; sin embargo, se extraña la referencia a los instrumentos requeridos para posibilitar dicha calidad de la inserción laboral.

⁹³ En las categorías de análisis de BLOFIELD y MARTÍNEZ (2014).

⁹⁴ BLOFIELD y MARTÍNEZ (2014), p. 123.

⁹⁵ Como constata el estudio de Escobar y otros (2018), en cuanto las empresas dejan de contratar mujeres para no incurrir en el umbral de número de trabajadoras respecto de que la ley laboral establece la obligación de otorgar el beneficio de la sala cuna.

⁹⁶ BENVIN y OLMEDO, 2020, p. 27.

⁹⁷ BALLESTER (2011), p. 19.

⁹⁸ Acerca de la materia, véase entre otras BCN (1994) HL 19.250; p. 274; BCN (2000) HL 19.670, pp. 21-22; y BCN (2023) HL 21.545, pp.12 y ss.

3. *A propósito de las nuevas medidas de conciliación: la de adaptación de la jornada y del lugar de trabajo*

El grueso de las medidas de conciliación está definido como de ausenciaspermisos laborales que proceden en el supuesto de cuidado establecido, configurándose como derecho al respectivo “permiso”. Sin embargo, en el último periodo y a partir de la pandemia, se plantean nuevos instrumentos de conciliación, tales como son el trabajo a distancia –o teletrabajo– o la disposición de la bandas horarias, los que permiten que la madre trabajadora, o en su caso la persona trabajadora encargada del cuidado, pueda realizar la prestación de servicios en su domicilio u otro lugar definido por la misma persona o, también, pueda adelantar o atrasar la jornada de trabajo, configurándose como medidas de flexibilidad de la jornada laboral.

Sin embargo, la procedencia de estas últimas medidas está condicionada a la naturaleza de la prestación de servicios, a la organización del trabajo al interior de las empresas y, en el caso del teletrabajo, al requerimiento de conectividad y condiciones de seguridad y salud en el trabajo. Si bien el empleador estaría obligado a otorgar la medida, siempre que se cumplan las exigencias establecidas, su acceso está limitado a que la prestación de servicios no se requiera en términos presenciales debido a la organización del trabajo en la empresa⁹⁹. De otra parte, se ha cuestionado la medida del teletrabajo por el deterioro que plantea para la conciliación la superposición de espacios y tiempos de cuidado y de trabajo¹⁰⁰.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, es posible concluir que el ordenamiento jurídico laboral ha establecido instrumentos específicos para el objetivo del cuidado, los que coinciden en parte con los de la conciliación laboral y familiar. Sin embargo, dichos instrumentos son limitados para el objetivo de garantizar la “participación equilibrada entre mujeres y hombres en la vida familiar y en el mercado de trabajo”¹⁰¹ y, consiguientemente, la equidad de género.

En efecto, el sistema chileno ha establecido, en primer lugar, las medidas del piso de maternidad, pero esta medida es limitada para el objetivo de la conciliación, en cuanto solo cubre el cuidado por embarazo, el restablecimiento del parto y el cuidado del recién nacido. Por sobre este “piso de maternidad”, las medidas incorporadas en el sistema chileno –las que en su gran mayoría no registran una data superior a treinta y cinco años– son de carácter “maternalistas”; en cuanto definen a la trabajadora como encargada de los cuidados de las personas dependientes de su grupo familiar y, consiguientemente,

⁹⁹ Véase, artículos 27, 152 quáter o bis y 152 quáter o ter, CT.

¹⁰⁰ Véase VARAS (2021).

¹⁰¹ Objetivo de la definición de conciliación en el concepto de Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, RAE.

como la titular de los derechos que se reconocen, aunque eventualmente pueda cederlos al padre trabajador. Esta asignación de roles de cuidado a la mujer trabajadora genera los efectos de inequidad laboral que han sido denunciados por las ciencias sociales, en cuanto no garantiza la “participación igualitaria en el trabajo remunerado”. Si bien marginalmente se han establecido en los últimos años algunas medidas de corresponsabilidad, tal cual es el reconocimiento del derecho de cuidado independientemente del sexo de la persona trabajadora, tal medida ignora la exigencia de la titularidad intransferible, tal como muestra la experiencia de sistemas comparados, con el fin de que sean ejercidos por igual entre mujeres y hombres trabajadores.

En otra perspectiva, se plantean diversas interrogantes acerca del estado actual de las medidas de conciliación. De una parte ¿por qué el debate legislativo chileno no ha planteado hasta ahora medidas de corresponsabilidad con el objetivo de equidad de género señalado salvo declaraciones específicas? y, de otra parte, ¿cuáles son las medidas de corresponsabilidad que se han establecido en sistemas comparados y cuáles son los resultados obtenidos para el logro de la “participación equilibrada entre mujeres y hombres en la vida familiar y en el mercado de trabajo”¹⁰²?

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Omar, 2024: “Desigualdades de género en el uso del tiempo en parejas trabajadoras”, *Cuaderno de Investigación* N° 68, Santiago, Dirección del Trabajo.
- ARRIAGADA, Irma, 2021: “Crisis social y de la organización social de los cuidados en Chile”, en *Estudios Sociales del Estado*, Vol. 7, N° 13, pp. 6-41.
- BALLESTER, Amparo, 2012: “La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política discriminatoria”, *Revista Harvemanak* N° 25, 2012, pp. 53-77.
- BALLESTER, Amparo, 2011: “Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea”, en Jaime Cabeza y Belén Fernández (directores), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 17-49.
- BANCO MUNDIAL (2022), “Tasa de participación en la fuerza laboral”. Disponible en <https://datos.bancomundial.org/indicador/SL.TLF.ACTI.FE.ZS> (Fecha de consulta: 21.06.2024).
- BCN, Biblioteca del Congreso Nacional, 2023: Historia de Ley (HL) 21.545. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelay/nc/lista-de-resultado-de-busqueda/Ley%2021.545/> (Fecha de consulta: 24.05.2024).
- BCN, 2000: Historia de Ley 19.670. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelay/nc/lista-de-resultado-de-busqueda/Ley%2019.670/> (Fecha de consulta: 24.05.2024).
- BCN, 1994: Historia de Ley 19250. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelay/nc/lista-de-resultado-de-busqueda/Ley%2019.250/> (Fecha de consulta: 24.05.2024).
- BENERÍA, Lourdes, 2006: “Trabajo productivo / reproductivo, pobreza y políticas de conciliación”, *Revista Nómadas*, N° 24, abril de 2006, Universidad Central, Colombia. Disponible en: http://nomadas.ucentral.edu.co/nomadas/pdf/nomadas_24/24_1B_Trabajoproductivo.pdf. (Fecha de consulta: 4.04.2024).

¹⁰² Objetivo de la definición de conciliación en el concepto de Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, RAE.

- BENVIN, Evelyn y OLMEDO, Patricia, 2020: *Descripción y evolución de los subsidios maternales: Una mirada al uso de los beneficios derivados de las modificaciones de la Ley Nº 20.545*. Superintendencia de Seguridad Social, SUSESO, Unidad de Estudios y Estadísticas, Santiago de Chile.
- BLOFIELD, Merike y MARTÍNEZ, Juliana, 2015: “Maternalism, Co-responsibility, and Social Equity: A Typology of Work–Family Policies”, *Social Politics* 2015 Volume 22 Number 1, pp. 38-59.
- BLOFIELD, Merike y MARTÍNEZ, Juliana, 2014: “Trabajo, familia y cambios en la política pública en América Latina: Equidad, maternalismo y corresponsabilidad”, *Revista CEPAL* 114, Santiago de Chile, pp. 108-125.
- CAAMAÑO, Eduardo, 2014: “Trabajo a tiempo parcial y permiso posnatal parental: Un derecho para la conciliación de trabajo y familia”, *Revista Estudios Laborales*, Nº 10 de 2014, Ed. Thomson Reuters, pp. 3-16.
- CAAMAÑO, Eduardo, 2010: “El teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares”, *Revista de Derecho* (Valparaíso) 2010, Nº. 35, pp. 79-105.
- CAAMAÑO, Eduardo, 2009: “La necesidad de incluir al padre en los derechos para la conciliación de trabajo y vida familiar”, *Revista Laboral Chilena*, Nº 178, julio de 2009, pp. 64-76.
- CAAMAÑO, Eduardo, 2007: “Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena”, *Revista de Derecho* (Valparaíso) XXIX, Segundo Semestre 2007, pp. 171-202.
- CAAMAÑO, Eduardo, 2004: “Conciliación de trabajo y vida familiar. Un análisis desde la perspectiva del Derecho del Trabajo chileno”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Volumen XVI, julio de 2004, pp. 59-82.
- CABEZA, Jaime, 2011: “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”, en Cabeza, Jaime y Fernández, Belén (directores), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, Tirant Lo Blanch (pp. 77-100).
- CASAS, Lidia y VALENZUELA, Ester, 2012: “Protección a la maternidad: Una historia entre los derechos de la infancia y los derechos de las trabajadoras”, *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. XXV-Nº 1, julio de 2012, pp. 77-101.
- ESCOBAR, Diego; LAFORTUNE, Jeanne y TESSADA, José (2018), *Women and capital estimating substitution patterns using a size and gender-dependent childcare policy in Chile*, Working paper. Disponible en <https://www.dropbox.com/s/di4wbrq3k7t77fw/Draft9.pdf?dl=0>.
- FREDMAN, Sandra (2012), “Desventaja estructural” (trad.), en Natalia Gherardi (compiladora), *Justicia, género y trabajo*, Buenos Aires, Librería Ediciones, pp. 63-121.
- HUTCHISON, Elizabeth, 2014: *Labores propias de su sexo. Género, políticas y trabajo en Chile urbano 1900-1930*, segunda edición, Santiago de Chile, Ed. LOM, 344 páginas.
- INE, 2023: Brecha de género en la tasa de participación. Disponible en (<https://www.estadisticasdegenero.cl/indicadores/trabajo/>) (Fecha de consulta: 10.06.2024).
- LAHERA, Jesús y GARCÍA, Juan, 2008: *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Albacete, España. Ed. Bomarzo.
- MORAGA, Claudia, 2011. Otra mirada al impacto de la Ley Nº 20.545 que establece el permiso parental en Chile, *Revista Lan Harremanak*: Nº 25, 2011, pp. 353-363.
- OCDE, 2021: *Igualdad de Género en Chile. Hacia una mejor distribución del trabajo remunerado y no remunerado*. OECD, Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/c71105c4d-es>.
- OIT, 2023: Alcanzar la igualdad de género en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 111.ª reunión, 2023. Disponible en <https://www.ilo.org/es/resource/conference-paper/ilc/111/alcanzar-la-igualdad-de-genero-en-el-trabajo> (Fecha de consulta: 28.06.2024).
- OIT, 2019: Informe Mundial sobre Salarios 2018 / 19. ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo (Disponible en <https://www.ilo.org/sites/>

- default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_712957.pdf (Fecha de consulta: 27.03.2024).
- OIT-PNUD, 2013: Trabajo decente y cuidado compartido. Hacia una propuesta de parentalidad, Organización Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo” Disponible en https://www.oitinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/113B09_86_span.pdf (Fecha de consulta: 5.05.2024).
- SIERRA, Alfredo, 2011, “Trabajo y familia. Su conciliación en el ordenamiento laboral chileno”, en Cabeza, Jaime y Fernández, Belén (directores), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, Tirant Lo Blanch (pp. 409-422).
- VARAS, Karla, 2021, “La irrupción del teletrabajo: La promesa engañosa de conciliación y flexibilidad”, en Rojas, Irene y Planet, Lucía (coordinadoras): *Estudios sobre el trabajo de la Mujer*, Editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2021.
- ZÁRATE, Soledad y GODOY, Lorena (2005), “Análisis crítico de los estudios históricos del trabajo femenino en Chile”, *Cuadernos de Investigación* N° 2, Centro de Estudios de la Mujer, CEM, Santiago de Chile, julio de 2005.

Normas Jurídicas Citadas

- LEY N° 3.186 de 1917, “Establece el servicio de salas cunas...”, publicada el 13 de enero de 1917.
- DECRETO Ley 442 de 1925, “De la protección a la maternidad obrera”, publicado el 6 de abril de 1925.
- CÓDIGO del Trabajo de 1931, Decreto con Fuerza de Ley 178, publicado el 28 de mayo de 1931.
- LEY N° 11.452, Modifica disposiciones del Código del Trabajo, relacionadas con la protección a la maternidad, publicada el 29 de diciembre de 1953.
- LEY N° 17.928, Modifica el Código de Trabajo y amplía beneficios a la maternidad, publicada el 10 de mayo de 1973.
- LEY N° 18.768, Normas complementarias de administración financiera de incidencia presupuestaria y de personal, publicada el 29 de diciembre de 1988.
- LEY N° 19.250, “Modifica Libros I, II, y V del Código del Trabajo...”, publicada el 30 de septiembre de 1993.
- LEY N° 19.505, “Concede permiso especial de trabajadores...”, publicada el 21 de julio de 1997.
- LEY N° 19.670, “Extiende en determinados casos el beneficio de fuero maternal...”, publicada el 15 de abril de 2000.
- CÓDIGO del Trabajo (vigente), Decreto con Fuerza de Ley 1, publicado el 16 de enero de 2003.
- LEY N° 20.399, Otorga derecho a sala cuna al trabajador, publicada el 23 de noviembre de 2009.
- LEY N° 20.545, Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso posnatal parental, publicada el 17 de octubre de 2011.
- LEY N° 20.761, “Extiende a los padres trabajadores el derecho de alimentar a sus hijos...”, publicada el 22 de julio de 2014.
- LEY N° 20.891, “Perfecciona el permiso posnatal parental...”, publicada el 22 de enero de 2016.
- LEY N° 21.063, “Crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan las enfermedades que indica...”, publicada el 30 de diciembre de 2017.
- DECRETO Supremo, 104, “Declara estado de excepción constitucional de catástrofe...”, publicado el 18 de marzo d 2020.
- LEY N° 21.220, Modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia, publicada el 26 de marzo de 2020.
- LEY N° 21.227, “Faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo...”, publicada el 6 de abril de 2020.

- LEY Nº 21.247, “Establece beneficios para padres, madres y cuidadores de niños o niñas...”, publicada el 27 de julio de 2020.
- LEY Nº 21.260, “Modifica el Código del Trabajo para posibilitar el trabajo a distancia o teletrabajo de la trabajadora embarazada...”, publicada el 4 de septiembre de 2020.
- LEY Nº 21.391, “Establece modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo para el cuidado de niños o niñas y personas con discapacidad...”, publicada el 24 de noviembre de 2021.
- LEY Nº 21.400, Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo, publicada el 10 de diciembre de 2021.
- LEY Nº 21.498, “Establece trabajo a distancia o teletrabajo para mujeres embarazadas...”, publicada el 15 de noviembre de 2022.
- LEY Nº 21.545, “Establece (...) la protección de los derechos de las personas con trastorno de espectro autista...”, publicada el 10 de marzo de 2023.
- LEY Nº 21.561, Modifica el Código del Trabajo con el objetivo de reducir la jornada de trabajo, publicada el 26 de abril de 2023.
- LEY Nº 21.645, “Modifica el Título II del Libro II del Código del Trabajo...”, publicada el 29 de diciembre de 2023.

Los deberes de cuidado de directores y ejecutivos de sociedades anónimas en Chile y su *enforcement*

Oswaldo Lagos Villarreal*
Javier Wilenmann von Bernath**

RESUMEN

¿Cuáles son los deberes de cuidado a los que quedan sujetos los directores y cómo se pueden hacer cumplir en el derecho chileno, particularmente después de la nueva ley de Delitos Económicos? Este trabajo justifica que la regla de juicio de los negocios es parte del derecho chileno, pero que se encuentra fuera del ámbito del principal deber de cuidado de los directores y ejecutivos de sociedades anónimas chilenas, que es el deber de estar atento. Asimismo, muestra cómo el ámbito de enforcement mejor adaptado a la sanción del incumplimiento de deberes de cuidado es el de la responsabilidad administrativa. La responsabilidad penal, por su parte, se restringe a casos en los que la infracción a los deberes de cuidado se confunde con la infracción a deberes propiamente fiduciarios.

Gobierno corporativo; deberes de directores y ejecutivos; administración desleal

The duty of care of directors and executives of corporations in Chile and their enforcement

ABSTRACT

What are the duties of care to which directors are subject and how can they be enforced under Chilean law, particularly after the new Economic Crimes law? This paper justifies that the business judgment rule is part of Chilean law, but that it is outside the scope of the main duty of care of directors and officers of Chilean corporations, which is the duty to be vigilant. It also shows how the area of enforcement best adapted to the sanction of breach of duty of care is that of administrative liability. Criminal liability, on the other hand, is restricted to cases in which the breach of duty of care is confused with the breach of fiduciary duties.

Corporate governance; directors' and officers' duties; unfair management

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Profesor de Derecho Comercial, Universidad Adolfo Ibáñez. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5991-6350>. Correo electrónico: oswaldo.lagos@uai.cl.

**Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Albert-Ludwig Universität Freiburg, Alemania. Profesor Asociado, Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4237-3537>. Correo electrónico: javier.wilenmann@uai.cl.

Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación FONDECYT regular N° 1201124, sobre problemas institucionales del sistema de gobiernos corporativos chileno.

Artículo recibido el 24.10.2024 y aceptado para su publicación el 5.4.2025.

INTRODUCCIÓN

Sabemos sorprendentemente poco respecto del régimen de deberes de ejecutivos principales y directores de empresas en Chile. Pese a tratarse de una de las materias más discutidas del derecho societario comparado, prácticamente no hay tratamientos sistemáticos que intenten dar cuenta del estado de la cuestión en el derecho chileno¹. La imposición de sanciones a ejecutivos y directores en casos emblemáticos chilenos recientes como el caso La Polar o el caso FASA, la tipificación del delito de administración del desleal o, incluso, la generación de percepciones de temor relevante por parte de ejecutivos y directores a propósito de la promulgación de la Ley Nº 21.595 de Delitos Económicos (LDE) no han impulsado a la generación de reconstrucciones sistemáticas de esta clase. Esto es: pese a que el régimen de imposición de sanciones frente a infracciones de los deberes de ejecutivos y directores para con sus mandantes, así como la magnitud de las sanciones que enfrentan, al menos en apariencia se ha modificado sustancialmente, el tratamiento de los deberes mismos sigue estando sujeto a espacios importantes de indeterminación. El objeto de este artículo es contribuir a hacerse cargo del problema por medio de una reconstrucción de las clases de obligaciones asociadas al régimen en cuestión y, en particular, a la imposición de las infracciones a las obligaciones de cuidado de los directores y ejecutivos.

El artículo procede en cinco secciones. La primera sección introduce al lector a la conocida diferencia entre deberes de cuidado y deberes de lealtad asociada al régimen de responsabilidad de directores y ejecutivos. La introducción de la distinción permite explicar el foco del artículo: todo su contenido, desde la segunda sección, se vincula exclusivamente al aspecto más difícil, a saber, dar cuenta del contenido y forma de *enforcement* de las obligaciones de cuidado asociadas al régimen de los directores y ejecutivos.

La segunda sección reconstruye los deberes de cuidado generales de los directores y ejecutivos dando cuenta de su lógica regulatoria. El contenido, condiciones de infracción y de *enforcement* de esa infracción es el objeto del resto de las secciones. La tercera y cuarta secciones tematizan las infracciones que solo generan responsabilidad civil o administrativa, distinguiendo entre el régimen asociado a la toma de decisiones imprudentes (tercera parte) y la omisión de la toma de una decisión relevante (cuarta parte). Como veremos, la distinción es crucial para interpretar la práctica chilena y asociarla a los deberes de los directores y ejecutivos por falta de supervisión y a la así llamada *business judgment rule*. La quinta sección, finalmente, reconstruye las obligaciones más generales que están sujetas a *enforcement* penal por infracción de deberes de cuidado con

¹ Existe, en cambio, una nutrida literatura que interpreta las normas de la ley de sociedades anónimas que imponen responsabilidad a los directores, con la finalidad de sistematizar el régimen de responsabilidad civil. Entre otros, se puede citar a BARROS, 2020; CORRAL, 2013; PUGA, 2023, y antes que ellos ALCALDE, 2007, LYON, 2006, LAGOS, 2005, pp. 119-156, VIDAL, 2005 y un informe en derecho de ATRIA, 2010. Asimismo, PARDOW, 2008, y BERNET, 2007, tienen trabajos específicos acerca de deberes fiduciarios y deber de lealtad. El trabajo más reciente en este sentido es el de VÁSQUEZ, 2022, quien propone completar la casuística normativa chilena recurriendo a los Principios de Gobiernos Corporativos de la OCDE.

carácter fiduciario, con especial énfasis en las limitadas condiciones en que es punible la administración desleal asociado a ello y la punibilidad por delitos de fraude contable.

I. DEBERES DE CUIDADO Y DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS DIRECTORES, EJECUTIVOS Y ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS Y POR ACCIONES EN CHILE

En este artículo nos interesa tematizar las condiciones de *enforcement* de responsabilidad –civil, penal o administrativa– de los ejecutivos y directores de sociedades por su infracción de deberes de cuidado con el patrimonio de la empresa. Su alcance depende, en ese sentido, de la distinción básica entre obligaciones de cuidado y obligaciones de lealtad (o fiduciarias propiamente tales) en el derecho societario². En esta sección explicamos brevemente la distinción.

Una de las premisas centrales del derecho societario es que el régimen de obligaciones de los directores y ejecutivos se encuentra cubierto por dos clases de obligaciones: deben mantener un nivel de cuidado al menos equivalente al de una persona ordinaria en la administración de sus negocios y deben comportarse de modo leal con la sociedad, favoreciendo la satisfacción del interés social antes que el suyo y que el interés de terceros³.

La Ley de Sociedades Anónimas chilena (LSA) hace referencia a ambas clases de obligaciones⁴. Los directores y ejecutivos de sociedades anónimas y por acciones en Chile tienen un deber general de cuidado al ejercer su cargo. El estándar general de cuidado para los directores de sociedades anónimas se encuentra en el artículo 41 LSA⁵. La disposición indica que “los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios”⁶. La regla está escrita en términos análogos a la definición de culpa leve del artículo 44 del Código Civil. No es sorprendente, entonces, que buena parte de los autores que

² El uso de la categoría de “deber fiduciario”, por diferenciación con otros deberes de administradores, no es unívoco. Para el derecho de Delaware, todos los deberes de los directores son deberes de naturaleza fiduciaria. En cambio, en Reino Unido y de Australia la calidad de fiduciario está reservada para los deberes de lealtad. Al respecto HILL y CONAGLEN, 2018, pp. 307-308.

³ Sobre la distinción PAZ-ARES, 2007, p. 16; BARROS, 2020, p. 119. En el derecho norteamericano, véase solo BRUNER, 2006, p. 1133.

⁴ Véase ZEGERS y ARTEAGA, 2004, pp. 249 y ss.; LAGOS, 2005, pp. 125 y ss.

⁵ Norma que también corresponde aplicar a los ejecutivos (gerentes) a partir del artículo 50 LSA y a los administradores de una SpA en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 424 del Código de Comercio.

⁶ Nótese la similitud con el estándar establecido en *Hun v. Cary*, 82 N.Y. 65, 1880: *the care and diligence that an ordinarily prudent man would exercise in the management of his own affair*. El artículo 78 NRLSA establece que “el deber de cuidado y diligencia de los directores incluye, pero no está limitado a, efectuar con el esfuerzo y atención que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, las gestiones necesarias y oportunas para seguir de forma regular y pronunciarse respecto de las cuestiones que plantea la administración de la sociedad, recabando información suficiente para ello, con la colaboración o asistencia que consideren conveniente”.

han analizado este punto en Chile estimen que a los directores se les exige un grado de diligencia mediana⁷.

Al mismo tiempo, en cuanto administradores de un patrimonio ajeno, los directores y ejecutivos de sociedades de capital tienen el deber general de ejercer su cargo con el objetivo de promover el interés del titular de ese patrimonio. En el caso de la sociedad anónima, el titular inmediato del patrimonio de la sociedad es ella misma, en cuanto persona jurídica. En consecuencia, a los directores, ejecutivos y administradores les corresponden deberes fiduciarios ante la sociedad, consistentes en anteponer el interés social al interés propio o de terceros (artículo 39 LSA). En esto consiste la actuación leal.

El deber general de lealtad tiende a ser asociado con la parte final del artículo 42 N°1 LSA, que establece que los directores “No podrán (...) adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social”⁸. Esta regla general de conducta se reitera en diversas disposiciones de la misma ley, aunque estableciendo deberes específicos de comportamiento como concreción de este deber general⁹.

Como estándar de definición del tipo de conducta que se espera de ellos, ambas clases de obligaciones son centrales a la administración de patrimonios ajenos. Con toda seguridad, los socios o accionistas de cualquier empresa esperan que su gerente general intente favorecer el interés social antes que otros y que ponga todo el cuidado y conocimiento necesario para ello.

Sin embargo, uno de los pilares más conocidos del régimen jurídico aplicable a administradores de sociedades consiste en la afirmación de que la exigibilidad de ambos tipos de deberes tiene un comportamiento inverso¹⁰. Las condiciones de imposición de sanciones asociadas al incumplimiento de deberes de cuidado se consideran muy restringidas. En cambio, las condiciones de imposición de infracciones a deberes de lealtad son mucho menos exigentes. En el primer caso, el recurso a remedios jurídicos es considerado excepcional. En el segundo, se trata en cambio del tipo de remedio primario. Hay tres clases de razones que se citan a favor de esta configuración.

Una primera clase de razones es de eficacia regulatoria. Respecto del cumplimiento de deberes de cuidado habría una alineación natural entre intereses sociales y del administrador: a ambos les conviene el empleo del máximo cuidado disponible. La sociedad puede además incentivarlo, premiando al administrador por su buen desempeño. Buenas prácticas de reclutamiento, incentivos económicos y el recurso al despido serían los mecanismos centrales de *enforcement* de los deberes de cuidado del administrador. Los incentivos naturales serían al comportamiento cuidadoso y al uso de todas las habilidades¹¹.

⁷ CORRAL, 2013, pp. 288-289.

⁸ De igual modo, el artículo 79 NRLSA.

⁹ O “reglas intermedias” como las designa ATRIA, 2010, p. 29.

¹⁰ PAZ-ARES, 2007, p. 16.

¹¹ Véase ARMOUR *et al.*, 2017, p. 35 y STOUT, 2002, pp. 675-693, quien sostiene que la literatura de economía del comportamiento justifica que los directores tienen una tendencia a actuar en beneficio de la firma, salvo que sus costos para comportarse de este modo sean excesivamente altos.

La configuración sería la inversa en materia de deberes de lealtad. Asumiendo el paradigma del *homo oeconomicus*, los administradores tendrían un interés natural a favorecer su interés propio sobre el social siempre que ambos entren en conflicto. En casos de propiedad concentrada en que la sociedad tenga un controlador claro, habría también incentivos para el alineamiento con el interés del controlador contra aquel de los minoritarios. El óptimo de comportamiento, aquel que evita satisfacer estos intereses particulares, solo podría ser inducido por dos vías: *ex ante*, removiendo los conflictos de interés en la adopción de decisiones sociales¹²; *ex post*, mediante el *enforcement* sancionatorio suficientemente disuasivo.

Una segunda clase de razones dice relación con la regulación del comportamiento del mandatario desde un punto de vista de justicia distributiva. Un régimen muy estricto de imposición de obligaciones de cuidado daría lugar a una distribución inequitativa: la empresa internalizaría todos los beneficios del comportamiento riesgoso del administrador, mientras externalizaría sus costos en el administrador¹³.

Finalmente, una tercera clase de razones dice relación con la dificultad e inconveniencia de juzgar *ex post* decisiones de negocios. Este es el tipo de consideraciones que ha tenido mayor influencia doctrinal. El juicio *ex post* del incumplimiento de obligaciones de cuidado se toma con sesgos de confirmación, puede imponer por ello riesgos excesivos en el actuar de los tomadores de decisión, y puede llevar a una subrogación de las competencias de decisión de los administradores por jueces. Con facultades muy intensas de revisión, se desincentivaría la toma de decisiones riesgosas. Esta es la razón que se cita más directamente en conexión con la limitación de la imposición de obligaciones de cuidado, a saber, la así llamada *business judgment rule* del derecho norteamericano¹⁴.

II. EL ESTÁNDAR DE CUIDADO Y SU LÓGICA REGULATORIA

El objeto central de desarrollo en este artículo es el *enforcement* asociado a incumplimiento de obligaciones de cuidado. No nos interesa concentrarnos así en el ámbito de infracciones asociadas a conflictos de interés. En esta sección explicamos, por ello, con mayor detalle el contenido de los deberes de cuidado de directores y administradores de sociedades.

La formulación doctrinal del contenido de los deberes de cuidado en el derecho de sociedades se construye sobre una paradoja que ya hemos visitado: los deberes se encuentran establecidos en términos semánticamente muy amplios, al mismo tiempo de que sus condiciones de imposición son muy limitadas. Esto tiene explicaciones relevantes de lógica regulatoria.

¹² ARMOUR *et al.*, 2017, p. 35.

¹³ BRUNER, 2006, p. 1132.

¹⁴ ALLEN, KRAAKMAN y KHANNA, 2021, p. 261, citando el desarrollo del argumento contenido en *Gagliardi vs. Trifoods International, Inc.* 683 A.2d 1049, Del Ch. 1996; BRUNER, 2006, p. 1136; ALLEN *et al.*, 2002, pp. 449 y ss.

La expresión de los deberes de cuidado en términos amplios se estructura sobre las ventajas y desventajas que ofrecen los estándares al fijar el contenido de obligaciones: aunque son más ambiguos, la propia ausencia de un contenido formal claro limita el uso de defensas elusorias. El contrato de sociedad es un contrato fuertemente expuesto al problema de los contratos incompletos¹⁵. El hecho de que sea imposible anticipar todas las circunstancias que enfrentará una organización en el futuro hace también imposible que el contrato –o la ley– pueda regular cada una de ellas de manera específica¹⁶. Por lo mismo, el reconocimiento de reglas como estándares generales impide su elusión por medio del cumplimiento de las formas necesarias para la adopción de acuerdos sociales¹⁷. El reconocimiento de un estándar permite al juez “completar” el contrato.

Pero, el problema con esta técnica legislativa reside en el mismo lugar en el que radica su virtud. La indeterminación dificulta a los operadores definir con precisión los límites de su conducta lícita. Analíticamente, el alcance ambiguo de los deberes de cuidado de los administradores genera así tanto una posibilidad de sobreinclusión como de infrainclusión frente a un estándar óptimo. Una aplicación sobreinclusiva tendría lugar en todos aquellos casos en que un evaluador *ex post* fije el alcance de los deberes del administrador de un modo excesivamente exigente frente a un óptimo de regulación. Una aplicación infrainclusiva, en cambio, tendría lugar siempre que un juez exima de responsabilidad en condiciones en que un óptimo de regulación debiera considerar que el comportamiento era exigible.

Buena parte de las reglas de responsabilidad por el comportamiento de los administradores puede entenderse como una decisión institucional abierta y consciente por minimizar los riesgos de sobreinclusión, asumiendo el costo de infrainclusión. Después de todo, en caso de que se detecten comportamientos descuidados de los directores y gerentes, el control y sanción central –en sistemas de propiedad concentrada– estaría determinado por el despido¹⁸.

Aunque una descripción de esta clase no es incorrecta, ella está afectada por una sobregeneralización. Para reconstruir de modo más preciso los deberes de los administradores es conveniente, en cambio, distinguir dos clases de acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones de cuidado del administrador tomada del derecho norteamericano¹⁹.

Una primera clase de acciones dice relación con la omisión negligente de toma de decisiones necesarias para el buen funcionamiento de la empresa. En general, se considera que el estándar que gobierna directamente este tipo de acciones es el deber de cuidado legalmente exigido, y que los jueces –o el regulador– deben apreciarlo en su mérito.

¹⁵ Véase EASTERBROOK y FISCHER, 1996, pp. 1-39.

¹⁶ En el derecho chileno, ALCALDE, 2013.

¹⁷ ARMOUR *et al.*, 2017.

¹⁸ Asimismo, el director no obtiene una ganancia económica por infringir el deber de cuidado, a diferencia de lo que usualmente ocurre con la infracción al deber de lealtad.

¹⁹ GEVURTZ, 2021, pp. 280, 290.

Una segunda clase de acciones tiene por objeto hacer responsable a los administradores por las consecuencias perjudiciales producidas por una decisión de negocios conscientemente tomada. Aunque el estándar es el mismo, el juicio de infracción de ese estándar es mucho más exigente²⁰. Este es el ámbito de la *business judgment rule*. En la próxima sección tematizamos directamente el contenido de las obligaciones a este respecto y de las reglas de responsabilidad referidas a ello.

III. DECISIONES DE NEGOCIOS, LA REGLA DEL JUICIO DE LOS NEGOCIOS Y EL ESPACIO DE SU ENFORCEMENT

Probablemente el ámbito del ejercicio del cargo de administrador acerca del que más se ha debatido es el de la decisión de negocios. Cuando el directorio, como órgano de la sociedad, adopta una decisión de administración o, incluso, propone una reforma estructural al negocio que deberá ser sometida a los accionistas constituidos en junta ¿qué significa ejercer “el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios”?

La respuesta consiste en que, en la medida en que procedan libres de conflictos de intereses —pues en ese caso es un asunto que se debe examinar bajo la lógica del deber de lealtad— y de buena fe, el deber de diligencia de los directores y administradores se traduce en actuar debidamente informados y deliberar de modo suficiente²¹. La razón estriba en que es inconsistente con la estructura de la sociedad anónima imponer el riesgo de una decisión de negocios a sus administradores. Los accionistas elegirían a los directores teniendo en consideración su pericia como gestores de negocios y gestionar negocios significa, en lo que corresponde a la adopción de decisiones, determinar el nivel de riesgo al que se expone el principal, esto es, la propia sociedad²².

Por tanto, “el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios” al ejercer el cargo de director, ejecutivo o administrador de una sociedad de capital implica actuar de manera debidamente informada y deliberar adecuadamente o de manera proporcional a la relevancia del negocio que se acordará. Esto

²⁰ Acerca de esta distinción entre estándares de acción y estándares de revisión de la acción, véase el clásico artículo de EISENBERG, 1993, pp. 437 y ss.

²¹ Para el American Law Institute, 1994, un director que adopta una decisión de negocios cumple el estándar de diligencia si: “i) no tiene interés en el tema de la decisión de negocios; ii) se encuentra informado respecto del tema de la decisión de negocios al punto que el director (...) razonablemente cree que sea apropiado bajo las circunstancias; y iii) racionalmente cree que su juicio de negocios es en el mejor interés de la sociedad.

²² En el mismo sentido, ARMOUR *et al.*, 2017, p. 69: “es tentador ver violaciones al deber de cuidado de directores o ejecutivos como una suerte de *malpractice* corporativa, análoga a una negligencia profesional cometida por otros profesionales, como los médicos. Pero la analogía es débil porque definir “cuidado razonable” es mucho más difícil para directores que para doctores: las decisiones de negocios son incluso más idiosincráticas que las decisiones médicas. Es por esto que las cortes en todas las jurisdicciones muestran algún tipo de deferencia al proceso de decisión de los directores de sociedades anónimas”.

es lo que se describiría como un procedimiento razonable para adoptar una decisión de negocios, que cumple con la exigencia del artículo 41 LSA²³. La *business judgement rule* o regla de juicio de negocios es, en consecuencia, una regla que se desprende del significado preciso del rol de director, ejecutivo o administrador de una sociedad de capital²⁴.

La *business judgment rule* tiene por función limitar la aplicabilidad de consecuencias jurídicas negativas para el administrador por sus decisiones de negocios. Sea que se trate de reglas de responsabilidad civil o de otros regímenes sancionatorios dependientes de la verificación de infracciones de obligaciones del administrador, el estándar de verificación de incumplimiento tiende a tener un contenido similar y estricto en el ámbito cubierto por la *business judgment rule*.

En rigor, se trata de un estándar de revisión (dirigido al juez) y no un estándar de conducta (dirigido al director o ejecutivo). Tratándose de una decisión de negocios, el juez no puede revisar el contenido de la decisión cuando se cumple con las exigencias para quedar bajo la protección de la regla. Los comportamientos que permiten excluir esta regla de revisión deferente se expresan con formulaciones diversas, como que la decisión debe ser indefendible, o que debe ser tomada por negligencia extrema²⁵. La jurisprudencia norteamericana en Delaware²⁶ y otras jurisdicciones ofrecen muchas otras formulaciones de la misma idea²⁷.

Sistemáticamente, debido a que la infracción de la obligación de cuidado –asumida que sea la regla del juicio de negocios– se refiere tanto a procedimientos de toma de decisión deficientes como a contenidos absolutamente injustificables, es posible identificar infracciones en dos tipos de situaciones. Una primera situación se refiere al procedimiento de toma de decisión: hay infracción del deber de cuidado, pese a la regla del juicio de negocios, allí donde no se toman decisiones con información o atención

²³ El caso de referencia en esta materia es *Smith vs. Van Gorkom*. En este caso, los directores decidieron la venta de la sociedad en la que ejercían su cargo (Trans Union Corp) en una sesión de directorio de dos horas, a partir de un precio propuesto por el propio presidente de Trans Union Corp, en base al valor del flujo de caja de la sociedad, pero sin considerar otros factores de generación de mayor valor para alguna empresa potencialmente adquirente. COX y HAZEN, 2020, p. 224, señalan que la sentencia recaída en *Smith vs. Van Gorkom* “no sostiene que los directores aprobaron la venta de su sociedad a un precio demasiado bajo; lo que sostiene es que la sociedad fue privada de una determinación razonable de los precios de venta por sus directores”.

²⁴ De hecho, como sostienen COX y HAZEN, “a pesar de que leyes en materia de sociedades en casi todos los Estados actualmente contemplan una declaración expresa definiendo los deberes de los directores y omiten cualquier referencia a una *business judgement rule*, las cortes continúan aplicando la regla”. La discusión de la jurisprudencia y doctrina estadounidenses se da más bien en términos finalistas e intentando controlar el sesgo ex post (*bindsight bias*). Esto ha llevado a EISENBERG, 1993, pp. 437-468 a plantear una distinción entre el deber de cuidado como aspiración y la *business judgement rule* como parte de las condiciones conforme a las cuales los jueces estarían dispuestos a reconocer responsabilidad.

²⁵ CLARK, 1986, p. 123; GEVURTZ, 2021, p. 293.

²⁶ Los casos son *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, 964 A.2d 106, Del. Ch. 2009, y *Oberlandesgericht (Higher Regional Court) Düsseldorf, decision of 9 December*, 2009, 6 W 45/09, BeckRS 2010, 532 (IKB), respectivamente.

²⁷ ALLEN *et al.*, 2002, p. 457. Sobre el reconocimiento de este estándar en Alemania y sus diferencias frente al caso norteamericano, véase GERNER-BAUERLE, 2021, p. 220-Párrafo 93 (1) y (2) Aktiengesetz.

suficiente, esto es, de forma proporcional a la importancia de la decisión. En este caso, el ámbito de infracción es más amplio, pero el *enforcement* de la responsabilidad está naturalmente restringido al ámbito civil o administrativo (no penal). La razón es sencilla: si hay un déficit de atención en la toma de decisión entonces casi necesariamente habrá ausencia de dolo en la producción de un resultado perjudicial.

El segundo ámbito de infracción se refiere a la toma de decisiones injustificables. Aunque no se pueda probar un conflicto de interés directo, la regla de juicio de los negocios no permite justificar la toma de decisiones conscientemente orientadas a la producción de perjuicio²⁸, o decisiones que carezcan de fundamento racional alguno²⁹. Todas ellas se considerarían conductas ilícitas, aun si se trata de decisiones de negocios, por constituir infracciones evidentes al deber de cuidado. En todos estos casos, además, por definición hay conjunción de perjuicio e infracción de un deber fiduciario y la configuración hace probable que se pueda probar dolo. Se trata, en eso, de un espacio en que el *enforcement* penal por vía de administración desleal es posible, como veremos en la última sección.

IV. DEBER DE CUIDADO DE LOS DIRECTORES FUERA DEL ÁMBITO DE LAS DECISIONES DE NEGOCIOS: EL *ENFORCEMENT* CIVIL Y ADMINISTRATIVO

El incumplimiento de los deberes de los directores y ejecutivos da lugar a responsabilidad administrativa, siempre que se trate de sociedades sujetas a la supervisión de la Comisión para el Mercado Financiero o que de algún modo entren en su perímetro regulatorio. Para que dé lugar, también, a responsabilidad civil, es necesario que se verifiquen los demás requisitos de este tipo de responsabilidad. En el caso de los ilícitos

²⁸ La actuación de mala fe consiste en la convicción subjetiva de parte de los directores o ejecutivos de que no están adoptando la decisión correcta en beneficio de la sociedad y sus accionistas. GEVURTZ, 2021, p. 293. En *The Walt Disney Co. Derivative Litig.*, 906 A2d 27, Del. 2006, se sostiene que un abandono intencional del deber, una desatención consciente de las propias responsabilidades puede constituir una ausencia de buena fe, incluso si no hay conflicto de intereses.

²⁹ *Irrationality* o *waste*. La exigencia de racionalidad de la decisión es bastante baja. Si se trata de una decisión de negocios, basta que tenga la apariencia de ser una respuesta con fundamento racional ante una determinada situación. *Kamin vs. American Express Company*, 383 N.Y.S 2d 807 (Sup. Ct.) ilustra con claridad este criterio. En el primero de estos casos, el directorio decidió distribuir como dividendos acciones en otra compañía. La decisión de distribuir las acciones y no de venderlas, dio lugar a la pérdida de un crédito tributario en favor de American Express por 25 millones de dólares de pérdida, lo que constituyó un perjuicio para la sociedad de alrededor de 8 millones de dólares. La defensa de los directores argumentó que había una razón para no vender: el reconocimiento de la pérdida de 25 millones de dólares podría haber afectado el precio de la acción de American Express. COX y HAZEN, 2020, p. 227, consideran que un inversionista sofisticado difícilmente no habría detectado la razón de negocios de la decisión sensata (la decisión de vender las acciones para aprovechar el crédito tributario), lo que hace implausible la defensa de los directores. Sin embargo, “la corte resolvió que los directores actuaron razonablemente bajo tales circunstancias y desestimó la demanda”, p. 227.

corporativos, el principal obstáculo para obtener indemnización es la relación de causalidad entre el ilícito y el daño (daño directo) y la existencia de un daño cierto³⁰.

El cuidado (artículo 41 LSA) con el que los directores deben cumplir su rol de administradores sociales (artículos 1 y 40 LSA) excede el ámbito de la decisión de negocios. Desde luego, los directores deben asistir a las reuniones ordinarias o extraordinarias legalmente convocadas (artículos 39 y 47 LSA y 78 inciso segundo NRLSA), deben diseñar el organigrama de la sociedad y designar y supervigilar a sus ejecutivos (artículo 49 inciso 1 LSA), deben cuidar que los libros sociales sean llevados de manera fidedigna (artículo 7 inciso 2 LSA), deben informarse acerca de la marcha de la sociedad e informar a los accionistas y al público —o guardar reserva— en conformidad con la ley (artículos 46 LSA y 78 NRLSA), entre otros deberes establecidos en la ley y recogidos por la literatura jurídica nacional³¹. Los deberes establecidos en estas reglas son expresiones del deber de cuidado general, formulado en los siguientes términos por el artículo 78 NRLSA: los directores deben “seguir de forma regular y pronunciarse respecto de las cuestiones que plantea la administración de la sociedad, recabando la información suficiente para ello, con la colaboración o asistencia que consideren conveniente”³². Dos casos emblemáticos ilustran esta exigencia.

En el caso FASA, los directores fueron sancionados por el regulador de valores, por no informarse acerca de una investigación de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) ante un posible caso de colusión. El presidente del directorio de FASA y principal accionista, probablemente desconfiando de los vínculos comerciales de algunos de los demás directores, condujo la defensa de la investigación por su cuenta, evitando informar a los demás directores³³. La Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) sancionó a los directores por no informarse respecto de la investigación, infringiendo así el artículo 39 LSA en relación con el artículo 41 LSA. La SVS impuso la sanción en consideración a que la investigación había sido del dominio público por más de un año³⁴. El regulador justificó su sanción a los directores por no participar de manera activa en la discusión pertinente a la estrategia de defensa de la sociedad y, en cambio, simplemente limitarse a aprobar o rechazar una propuesta sin mayor análisis.

Los directores sancionados reclamaron la ilegalidad de la multa, pero la Corte Suprema confirmó el criterio de la SVS. La Corte desechó, en particular, el argumento de los reclamantes de que se les estaría imponiendo un estándar de suma diligencia, indicando que la circunstancia de que el vicepresidente ejecutivo calificara el requerimiento notificado como “sin fundamento” no impedía a los directores exigir más

³⁰ Véase LAGOS, 2011, para un análisis de cómo este problema se manifestó en los casos Chispas, Campos y FASA.

³¹ Por todos, PUGA, 2023, pp. 574-617.

³² Esta elaboración del deber de cuidado es análoga a la obligación de estar atento (*obligation to be attentive*) que la literatura de derecho de sociedades induce de la jurisprudencia (COX y HAZEN, 2020, pp. 216-223).

³³ SVS, 31.12.2009, resolución exenta 854.

³⁴ “Es indudable que los directores de FASA desatendieron la materia, lo cual se manifestó en la falta de cuestionamiento y de solicitud de información sobre la misma”. SVS, 31.12.2009, resolución exenta 854.

antecedentes. Considerando todas las circunstancias del caso ya conocidas por los directores, la Corte estimó exigible que un director medianamente diligente hubiese requerido más información. De haberlo hecho, los directores habrían podido adoptar otras medidas adicionales, las que les habrían persuadido de la importancia de discutir el asunto en una sesión de directorio³⁵.

En el caso La Polar, el regulador “sigue la doctrina que sentó en el caso FASA”³⁶. Un grupo de ejecutivos de La Polar crearon un sistema de repactaciones unilaterales de créditos otorgados a sus clientes, lo que redundó en un aumento artificial del activo de la sociedad³⁷. Para esconder la información al mercado, los ejecutivos elaboraron un sistema de doble contabilidad: la real y la informada al regulador. El directorio había sido informado por la administración del aumento constante de la cartera de créditos desde 2006 (90% solo desde 2006 a 2008) y del deterioro de la tasa de pagos en agosto de 2008. Esta información era incongruente con el hecho de que la morosidad y la cartera renegociada no presentaba aumento³⁸. No obstante, ni los auditores externos, ni las clasificadoras de riesgo, ni el directorio de la sociedad detectaron el fraude.

La Polar informó al regulador las irregularidades el día 9 de junio de 2011, luego de las reuniones de directorio de los días 6 y 8 de junio del mismo año³⁹. Dos hechos externos a la compañía precipitaron el descubrimiento del fraude por parte del directorio; una investigación del Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) por denuncias de repactaciones unilaterales, comunicada a La Polar en julio de 2010; y la investigación de un abogado recién titulado, motivada por sospechas por el desempeño de la acción de la Polar y sus informes financieros, que envió presentaciones al regulador de valores, al de bancos y al Banco Central⁴⁰.

Los directores de La Polar fueron sancionados por el regulador por infracción a los artículos 39 y 41 LSA (y 50 bis LSA para el caso de los miembros del comité de directores). Se les imputó:

³⁵ Corte Suprema, 3.12.2015, rol 3.389-2015.

³⁶ GASPAR, 2012, p. 237.

³⁷ La Polar era una sociedad anónima cotizada en bolsa dedicada a la venta minorista (*retail*), cuyo negocio fue evolucionando hacia el crédito a los consumidores de menores ingresos. Como era previsible, la morosidad de este segmento era alta. Los ejecutivos intentaron remediar este problema mediante un sistema –ilegal– de repactaciones unilaterales (modificaciones de las condiciones del crédito no aceptadas por los consumidores). Mientras tanto, el activo de “cuentas por cobrar” de La Polar aumentaba, en gran medida, como consecuencia de no eliminar de la cuenta los créditos incobrables. Estos créditos eran incobrables tanto porque eran ilícitos, por haber sido acordados mediante repactaciones unilaterales, como porque este mismo sistema redundaba en un aumento exponencial del monto de la deuda original, con lo que correspondía “castigarlos” en la contabilidad (o hacer en el pasivo las provisiones de incobrabilidad correspondientes). Como consecuencia, el precio de la acción de La Polar se encontraba, también, inflado artificialmente.

³⁸ SVS, 9.03.2012, resolución exenta 077.

³⁹ Hecho esencial La Polar S. A., 9.6.2011.

⁴⁰ Véase artículo publicado en la revista *Qué Pasa*, 2.6.2017. <http://www.quepasa.cl/articulo/negocios/2017/06/despues-de-la-ola-polar.shtml>

no efectuar un diligente análisis de la información de la cartera de La Polar que le era desplegada por la administración, lo que se tradujo en la falta de ejercicio del derecho a ser informado de la marcha de la empresa con el grado de diligencia que le era exigible (...).

Todos los directores que ejercieron su cargo durante el tiempo en que tuvieron lugar los ilícitos fueron sancionados, aunque fijando el monto de la multa en consideración al tiempo que habían ejercido su cargo⁴¹. La Corte de Apelaciones de Santiago ratificó el criterio de la SVS⁴².

Como queda de manifiesto, cuando se está fuera del ámbito de la decisión de negocios, el deber de cuidado de los directores se analiza por el regulador nacional y por las Cortes como un estándar que se aplica mediante una comparación hipotética con el actuar de un director cuidadoso respecto de los procedimientos de información. Reconstruyendo en detalle los hechos del caso, la Corte Suprema consideró que en el caso FASA un director diligente debiera haber preguntado por el contenido de una acción legal potencialmente muy intensa en sus efectos⁴³. En el caso La Polar, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró que un director diligente debiera haber solicitado más información acerca de gestión contable, lo que habría aumentado la probabilidad de reacción al fraude. El criterio jurídico expresado en ambos fallos es análogo al estándar de responsabilidad establecido en el párrafo 8.31. de la *Model Business Corporation Act, 2011*⁴⁴.

Las Cortes nacionales también han considerado otros factores para ponderar si los directores han actuado con diligencia media, como el tamaño de la sociedad, la recepción

⁴¹ Véase GASPAR, 2012, p. 237, “la SVS pondera el monto de la sanción a aplicar, distinguiendo entre los directores según la duración de sus cargos (desde UF 400 por seis meses en el cargo a UF 2.800 por cuatro a ocho años en el cargo) y si tenían o no la responsabilidad adicional de ser miembros del comité de directores (con un monto adicional de entre UF 300 a UF 700, según la duración en el cargo)”.

⁴² Véase Corte de Apelaciones de Santiago, 25.05.2015, rol 5.071-2014. Dos de los directores que presentaron recursos ante la Corte Suprema, desistieron indicando que los tribunales habían demostrado que la administración los había engañado, aunque lamentando la confirmación de las multas a partir de “un errado entendimiento sobre cuál es el estándar de diligencia aplicable a los directores”. Véase artículo publicado en “Diario Financiero”, 23.9.2015. (<https://www.df.cl/empresas/actualidad/caso-la-polar-desisten-de-recurso>).

⁴³ “Los directores habrían advertido que no tenían a su disposición los elementos de juicio suficientes para evaluar en su real magnitud el riesgo del daño que podía sufrir la empresa, tanto desde un punto de vista económico como reputacional y así poder acordar la mejor defensa de los intereses sociales respecto de las imputaciones formuladas en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica. La mediana diligencia implicaba adoptar acciones positivas ante la duda razonable en cuanto a la existencia de riesgos para la compañía, que se habría satisfecho, por ejemplo, a través de la solicitud de un informe razonado a Alejandro Roseblatt, que diera cuenta de por qué se estimaba que el requerimiento no debía prosperar; una cuenta detallada a la abogada experta que estaba a cargo de la defensa de la sociedad o la efectiva celebración de las sesiones extraordinarias de directorio, convocadas específicamente para la discusión del tema. Nada de aquello ocurrió”. Corte Suprema, 3.12.2015, rol 3.389-2015.

⁴⁴ “Una falla sostenida del director de dedicar atención a la supervisión del día a día del negocio y los asuntos de la sociedad, o una falla en dedicar atención oportuna, haciendo (o provocando que se haga) una investigación apropiada, cuando hechos particulares y circunstancias de relevancia significativa se materializan, tal que alertarían a un director razonablemente atento a aquella necesidad”. MBCA § 8.31, pp. 8-45.

de inversión de parte del público, la circunstancia de tener o no controlador⁴⁵, la relevancia del asunto objeto de la controversia⁴⁶. Las circunstancias que rodean al caso también son consideradas por la jurisprudencia de Delaware, al determinar si se cumple o no con el deber de cuidado de los directores. Entre ellas, se tienen en cuenta: el tamaño de la sociedad; la estructura de control; el grado de conocimiento general y de supervisión de los directores; el grado de fe pública que involucra el respectivo negocio o la gravedad de los hechos específicos respecto de los cuales el directorio omitió intervenir⁴⁷.

Los criterios que se desprenden de los casos comentados son análogos a los del derecho de Delaware. La sola ignorancia no es suficiente para exonerarse de responsabilidad. Todo director tiene un deber de investigar los posibles ilícitos de los demás directores, ejecutivos y subordinados de la sociedad. Por tanto, ante situaciones objetivamente sospechosas, los directores deben investigar. No solo eso, sino que, si en la investigación encuentran nueva información que pueda constituir un indicio de ilícito, deben actuar razonablemente a partir de esa nueva información recabada. Solo pueden descansar en el criterio de otros directores, ejecutivos o terceros, en la medida de que no existan sospechas razonables⁴⁸.

Los casos analizados ilustran, además, un hecho que seguramente no es casual. Tanto en Estados Unidos como en Europa, el rol de los directores en sociedades anónimas abiertas ha ido evolucionando desde la gestión general o estratégica (*internal directors*) a un rol de monitoreo o supervigilancia de los ejecutivos y de los directores internos (*outside directors*). En este sentido, *Smith vs. Van Gorkom* se puede entender más como un caso de infracción de la obligación de atención o monitoreo (*attentive*) que un problema en la aplicación de la *business judgment rule*. Por medio de este caso, los jueces habrían marcado un hito al reconocer la expectativa que tenía la sociedad norteamericana, llegado ese momento, respecto de lo que debía ser la conducta exigible a los directores⁴⁹. FASA y la Polar, en Chile, parecen tener un rol análogo. Dicho de modo más directo: el ámbito central de responsabilidad de los directores, fuera de sus obligaciones de lealtad propiamente tal, no se relaciona con el contenido de sus decisiones sino con sus deberes de atención.

⁴⁵ “La Polar, a la época en que se generó esta política de renegociación, no tenía controlador, es decir, la propiedad de la compañía era difusa (...) El directorio no podía ignorar esta circunstancia de la compañía, que hacía que el principal mecanismo de resguardo de los intereses de los accionistas recayese en ellos. A este respecto no podemos dejar de lado que el art. 41.1°, precedentemente transcrito, se refiere a “(...) los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas”, y en el caso *sub lite* el perjuicio de la no ejecución del deber de diligencia o cuidado sobre la administración ha tenido directas consecuencias sobre los accionistas”. Corte de Apelaciones de Santiago, 25.05.2015, rol 5.071-2014.

⁴⁶ “La importancia del asunto exigía pedir dicha información y, de hacerlo, solicitar constancia expresa de ello en las actas respectivas, siendo un hecho no controvertido que nada de aquello se hizo”. Corte Suprema, 3.12.2015, rol 3.389-2015.

⁴⁷ PALM y KEARNEY, 1995, p. 1306.

⁴⁸ COX y HAZEN, 2020, pp. 217-218.

⁴⁹ COX y CLAUSEN, 1992, p. 44. La misma evolución del rol de los directores tuvo lugar en Europa. DAVIES y HOPT, 2013, pp. 323-326.

V. EL ESPACIO DE *ENFORCEMENT* PENAL DE DECISIONES DE NEGOCIOS

Un rasgo llamativo del régimen de responsabilidad de directores y gerentes en Chile es la alta superposición al menos formal de acciones penales y civiles⁵⁰. Inspirada en esta parte en la regulación alemana⁵¹, la introducción del delito general de administración desleal genera una situación –distinta de la del derecho norteamericano– en que el espacio de *enforcement* penal parece tener altos niveles de coextensión con las acciones civiles.

La amplia cobertura semántica del delito de administración desleal ha sido objeto de resistencia en el derecho comparado, donde típicamente ha sido atacado como una regla indeterminada y que no ofrece certeza jurídica⁵². Ella ha sido asimismo motivo de preocupación en el derecho chileno, pudiendo conducir a un exceso de litigación penal en un ámbito en que hay buenas razones para que los regímenes de acciones sean más bien privados. Pero el problema puede ser abordado parcialmente como una cuestión puramente dogmática: una buena interpretación de la relación sistemática entre el delito del artículo 470 número 11 CP y las obligaciones de los directores y ejecutivos de sociedades anónimas permite otorgarle contornos definidos y más razonables al *enforcement* penal de sus obligaciones.

El punto de partida es el reconocimiento explícito de que la administración desleal es ante todo un delito asociado a la infracción de deberes de lealtad propiamente tales y no de obligaciones de buena administración del patrimonio⁵³. Tratándose de obligaciones de cuidado –aquellas que no se refieren a obligaciones frente a conflictos de interés demostrados– la administración desleal tiene aplicación, en lo esencial, en dos ámbitos centrales. El primer espacio se refiere a la toma de decisión sustancialmente problemática. La *business judgment rule* tiende a ser aplicada de modo reforzado en este ámbito: los ejecutivos y directores no son punibles por tomar una mala decisión de negocios, a menos que la decisión sea, en su contenido, derechamente indefendible (*waste*). Aunque el desarrollo de la administración desleal en el derecho continental ha sido algo distinta e independiente del desarrollo del derecho societario norteamericano, la dogmática de la administración desleal tiende a hacer diferencias equivalentes al juzgar los estándares de infracciones de obligaciones fiduciarias vinculadas a la toma de decisiones riesgosas (*Risikogeschäfte*)⁵⁴. Al igual que con la *business judgment rule*, el estándar de verificación de obligaciones fiduciarias a este respecto es extremadamente restrictivo: a menos que exista un incumplimiento de instrucciones explícitas del mandante⁵⁵, el requisito solo se

⁵⁰ Respecto de esta preocupación véase recientemente GARCÍA, 2024, p. 34.

⁵¹ Una buena reconstrucción de origen de la regla se encuentra en GARCÍA, 2024, pp. 36ss.; CONTRERAS y CASTRO, 2023, pp. 830s.

⁵² La discusión en Alemania condujo a la famosa decisión del tribunal constitucional en BVerfGE 126, 170, en que afirmó que el tipo era compatible con el mandato de determinación, pero solo a causa de la existencia de un mandato de concreción impuesta a la jurisprudencia.

⁵³ Así también GARCÍA, 2024, pp. 54s.; MAÑALICH, 2020, p. 49.

⁵⁴ FISCHER, 2015, § 266 Nm. 63; DIERLAMM/BECKER, (2022), Nm. 260.

⁵⁵ CONTRERAS y CASTRO, 2023, pp. 854ss.

realiza en caso de que la infracción del cuidado sea “clara y evidente”⁵⁶ o que la decisión sea indefendible (*unvertretbar*)⁵⁷. Ello no puede además deducirse exclusivamente de la causación de daño, ya que ello implicaría una confusión (*Verschleiferung*) entre la exigencia de infracción típica de la obligación fiduciaria y la exigencia típica de perjuicio⁵⁸.

En la práctica, ello significa que si un fiscal no puede probar que una mala decisión de negocios fue tomada para favorecer un interés privado –un caso de deslealtad directamente probado– la administración desleal solo es aplicable cuando la decisión es abiertamente irracional. Es probable que en ese caso el ejecutivo haya actuado por motivos espurios (resentimiento, venganza) o con un conflicto de intereses desconocido. En cualquier caso, la abierta irracionalidad permite dar cuenta de una acción que no buscó favorecer el interés del mandante. En este ámbito, la responsabilidad civil y administrativa se superponen con la responsabilidad penal.

No hay superposición, en cambio, en el ámbito de la falta de deberes de atención (*attentive*). La toma de malas decisiones de negocios acompañadas de falta de diligencia en la obtención de información a su respecto es un ámbito puramente civil/administrativo de imposición de obligaciones de los ejecutivos, a menos que la decisión sea abiertamente irracional con la información con que contaba el ejecutivo. De otro modo no puede haber punibilidad por falta de dolo –la regla central de responsabilidad en materia penal–.

El segundo espacio conocido de aplicación de la administración desleal en atención al contenido de las decisiones del administrador se refiere al impulso de acciones ilícitas⁵⁹. En el derecho alemán, la doctrina de la punibilidad en estos casos se construye asumiendo que los administradores tienen una obligación fiduciaria general, no necesariamente asociada a sus mandantes, de actuar conforme con la ley. Cuando toman decisiones abiertamente ilegales –en su origen: formar cajas negras para pagar coimas– incumplen sus obligaciones fiduciarias⁶⁰. Si ello genera perjuicio –algo problemático de observar, ya que típicamente las acciones ilícitas en cuestión tienden a buscar favorecer al mandante–, entonces se consumaría el delito de administración desleal: habría un acto manifiestamente contrario al interés del mandante y perjuicio.

La construcción es evidentemente problemática y supone una ampliación de las obligaciones fiduciarias desde unas centradas inmediatamente en accionistas como mandantes hacia concepciones más amplias, en que los administradores representan intereses sociales generales⁶¹. Confundir el régimen específico de obligaciones de los

⁵⁶ BVerfGE 126, 170, 210.

⁵⁷ Véase FISCHER, 2015, § 266 Nm. 67 y ss., DIERLAMM/BECKER, (2022), Nm. 264, con múltiples referencias al uso de esta expresión. Por cierto, la expresión solo da cuenta de la magnitud de la desviación frente a expectativas establecidas. Ella requiere complemento relativo al tipo de negocio para establecer qué era “defendible” o “indefendible” en un ámbito determinado. El criterio tiende a extenderse, en general, a decisiones de directorios y gerencias (FISCHER, 2015, Nm. 108).

⁵⁸ FISCHER, 2015, § 266 Nm. 64.

⁵⁹ Entre nosotros PASTOR y COCA, 2015, p. 4 y ss., con múltiples referencias a la discusión alemana.

⁶⁰ En general, véase solo DIERLAMM y BECKER, 2022, Nm. 275 y ss.

⁶¹ PAZ-ARES, 2023, pp. 86-91.

administradores y directores con otros deberes genera deformación institucional⁶². Las acciones propias del derecho de sociedades están diseñadas para resolver los problemas derivados de las relaciones propiamente societarias, en este caso, la relación entre directores y accionistas⁶³. Por ello, la referencia del artículo 42 N° 7 LSA a que “los directores no podrán: practicar actos ilegales” debe considerarse simplemente una repetición del deber general de cumplimiento de la ley, no un espacio de inserción de todo el ordenamiento jurídico en la definición de las obligaciones de los administradores⁶⁴.

Por cierto, los ejecutivos y directores pueden ser también punibles por otros delitos que generalmente se cometen en su posición. El caso más relevante, para efectos de perfilar el *enforcement* de sus deberes de atención, se enmarca en el ámbito del fraude de estados financieros (artículo 134 LSA). La regla sanciona la producción o la aprobación de estados financieros entregados a terceros (en la memoria u otros instrumentos) que contengan aspectos sustanciales falsos. Desde el punto de vista de los directores, el delito en cuestión tiende a generar preocupación y ansiedad, ya que entienden que falta de atención en la revisión de los estados financieros podría generarles responsabilidad penal por “aprobar” estados financieros falsos. Pero su deber de atención es materia penal no es asimilable a sus deberes civiles. En materia penal, el estándar de responsabilidad sigue estando fuertemente limitado por la exigencia de dolo. En el caso normal, la responsabilidad penal de directores y gerentes encargados de aprobar los estados financieros requiere demostración de conocimiento (típicamente con algún motivo) de la falsedad. Incluso la imputación a dolo eventual requiere, en casi todas sus reconstrucciones, de que el sujeto al menos se represente la posibilidad de que los estados financieros sean falsos. Ello debe ser objeto de prueba. No hay *enforcement* penal de la falta de atención negligente de los directores y ejecutivos al cumplir su función de directores.

CONCLUSIONES

El carácter de la relación entre los directores y ejecutivos con la sociedad determina la tendencia del derecho de sociedades a evitar la sobreinclusión de conductas que pueden dar lugar a la infracción de deberes de cuidado.

No obstante, la necesidad de evitar esta sobreinclusión se expresa con mayor intensidad a propósito de las decisiones de negocios conscientemente tomadas. La regla de juicio de los negocios se erige como un estándar de revisión de decisiones, válido para todos los regímenes de *enforcement* (civil, administrativo y penal). La regla impide

⁶² No obstante, se considera universalmente que la infracción de ley impide la aplicación de la *business judgement rule* como estándar de revisión. Véase VENTORUZZO *et al.*, 2017, p. 270 y ROTH, 2012, p. 2.

⁶³ Cox, 1984, p. 765.

⁶⁴ La distinción corresponde a PAZ-ARES, 2023, pp. 9-100, para el derecho español. Según el autor referido, entre los efectos ante el incumplimiento del deber general de legalidad pueden nombrarse la nulidad de un acuerdo social o de un acto adoptado contra una norma imperativa o la responsabilidad civil de los administradores frente a terceros perjudicados por la infracción legal. PAZ-ARES, 2023, p. 14.

la revisión de este tipo de decisiones de administración, a menos que exista un déficit evidente en el procedimiento de la decisión o que la decisión sea racionalmente injustificable. La ausencia de dolo hace que la infracción al deber de cuidado en este ámbito no sea perseguible penalmente, a menos que se trate de una decisión injustificable.

En cambio, los casos FASA y La Polar ilustran que el ámbito principal de riesgo de responsabilidad de los directores y ejecutivos por infracción al deber de cuidado es el que se encuentra fuera del de las decisiones de negocios. Se trata del deber de estar atento, tal como se recoge en el artículo 78 NRLSA. El ámbito de *enforcement* administrativo se adapta mejor que el civil a la sanción del incumplimiento de este tipo de deber de cuidado. Esto no solamente se debe a los problemas tradicionales del sistema de *enforcement* civil en Chile, derivados del diseño defectuoso de la acción derivativa y de la necesidad de acreditar daño directo. Se debe, también, a que la multa administrativa puede graduarse en consideración a la gravedad de la infracción. En cambio, la cuantía de la responsabilidad civil depende del monto del daño que sea imputable a los directores o ejecutivos.

En materia penal, el *enforcement* de los deberes de cuidado se limita a aquella parte en la que este tipo de deberes se confunde con el ámbito de los deberes fiduciarios. Las decisiones indefendibles o racionalmente injustificables se pueden considerar dolosas, por lo que, de producir daño, dan lugar no solo a responsabilidad civil y administrativa, sino también penal. Por su parte, no hay acuerdo unánime acerca de si las decisiones ilegales pueden dar lugar a la infracción de un deber de cuidado de los directores que, eventualmente, pueda perseguirse civil, administrativa o penalmente. No obstante, lo más sensato parece ser considerar que los directores no tienen un deber general de cuidado de la legalidad, más allá de los deberes específicos que esta le imponga. Lo contrario implicaría una ampliación del ámbito de los deberes de los directores y ejecutivos que generaría una deformación institucional.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE, Enrique, 2007: *La sociedad anónima. Autonomía privada, interés social y conflictos de interés*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALCALDE, Enrique, 2013: *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- ALLEN, W. T., JACOBS, J., y STRINE, L. E., 2002: "Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy", *Northwestern University Law Review*, volumen 96, N°2, pp. 449-466.
- ALLEN, W. T., KRAAKMAN, R. y KHANNA, V., 2021: *Commentaries and Cases on the law of Business Organization*, Nueva York: Aspen Publishers.
- ARMOUR, John; HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier, 2017: "Agency Problems and Legal Strategies", en KRAAKMAN *et al.* (editores), *The Anatomy of Corporate Law* (3ª edición), Oxford: Oxford University Press, pp. 29-47.
- ATRIA, Fernando, 2010: "Régimen de responsabilidad de los directores y ejecutivos principales de sociedades anónimas, con especial referencia a la posición que respecto de ese régimen le cabe a la Superintendencia de Valores y Seguros". Informe en Derecho.

- BARROS, Enrique, 2020: *Tratado de responsabilidad extracontractual* (2ª edición), Santiago: Editorial Jurídica.
- BERNET, Antonio, 2007: “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°8, pp. 107-153.
- BRUNER, Christopher M., 2006: “Good faith, state of mind, and the outer boundaries of director liability in corporate law”, *Wake Forest Law Review*, volumen 41, pp. 1131-1189.
- CLARK, Robert C., 1986: *Corporate Law*, Nueva York: Aspen Publishers.
- CONTRERAS, Lautaro, y CASTRO, Álvaro, 2023, “Sobre el injusto del comportamiento del tipo básico de administración desleal y el alcance de la locución ‘de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado’”, en CARNEVALI (ed.), *Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 829-861.
- CORRAL, Hernán, 2013: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (2ª edición), Santiago: Thomson Reuters.
- COX, James D., 1984: “Compensation, Deterrence, and the Market as Boundaries for Derivative Suit Procedures”, *George Washington Law Review*, N°52, pp. 745-788.
- COX, James D. y CLAUSEN, Nis Jul, 1992: “The Monitoring Duties of Directors Under the EC Directives: A View from the United States Experience”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, volumen 2, pp. 29-64.
- COX, James D. y HAZEN, Thomas, 2020: *Business Organizations Law* (5ª edición), St. Paul: West Academic Publishing.
- DAVIES, Paul L. y HOPT, Klaus J., 2013: “Corporate Boards in Europe—Accountability and Convergence”, *American Journal of Comparative Law*, volumen 61, N° 2, Spring 2013, pp. 301–376. <https://doi.org/10.5131/AJCL.2012.0020>
- DAVIES, Paul. S., y VIRGO, Graham, 2019: “Fiduciary Obligations”, en P. S. DAVIES y G. VIRGO (editores), *Equity & Trusts* (3ª edición), Oxford: Oxford University Press.
- DIERLAMM y BECKER, 2022: “§ 266 StGB”, en HEFENDEHL (editor), *Münchener Kommentar zum StGB Band 5*, München: Beck.
- EASTERBROOK, Frank H. y FISCHER, Daniel R., 1996: *The economic structure of corporate law*, Cambridge: Harvard University Press.
- EISENBERG, Melvin A., 1993: “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law”, *Fordham Law Review*, volumen 62, pp. 437-468.
- FISCHER, Thomas, 2015: *Strafgesetzbuch* (62.), Munich: C.H. Beck.
- GARCÍA, Gonzalo, 2024: “El marco de relaciones de confianza en la estructura del delito chileno de administración desleal”, *Política Criminal*, Volumen 19, Número 37, pp. 33-68.
- GASPAR, José Antonio, 2012: “Deber de diligencia y cuidado de los directores de sociedades anónimas. Caso La Polar. Superintendencia de Valores y Seguros y Seguros exentas N° 073, 074, 075, 076, 077, 078, 079, 080, 081 y 082, todas de 9 de marzo de 2012”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°19, pp. 227-238. <https://doi.org/10.32995/S0718-80722012204>
- GERNER-BEUERLE, Carsten, 2021: “The duty of care and the business judgment rule: a case study in legal transplants and local narratives”, en Afra AFSHARIPOUR y Martin GELTER (editores), *Comparative Corporate Governance*, pp. 220-241. <https://doi.org/10.4337/9781788975339.00020>
- GEVURTZ, Franklin. A., 2021: *Corporation Law* (3ª edición), St. Paul: West Academic Publishing.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2011: “Aproximación a la problemática de la estafa”, *Problemas actuales de derecho penal*, Temuco: Universidad Católica de Temuco, pp. 148-190.
- HILL, Jennifer G. y CONAGLEN, Matthew, 2018: “Directors’ duties and legal safe harbours: a comparative analysis”, en D. G. SMITH, Andrew S. GOLD (editores), *Research Handbook in Fiduciary Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp. 305-330. [10.4337/9781784714833.00027](https://doi.org/10.4337/9781784714833.00027)

- HOPT, Klaus J., 2011: "Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation", *American Journal of Comparative Law*, volumen 59, pp. 1-73.
- KORSMO, Charles R., 2018: "Illegality and the business judgement rule", en GRIFFITH *et al.* (editores), *Research Handbook on Representative Shareholder Litigation*, Cheltenham: Edward Elgar, pp 98-107.
- LAGOS, Osvaldo, 2005: "La responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas", *Revista de Derecho de La Empresa*, N°1, pp. 119-156.
- LAGOS, Osvaldo, 2011: "El daño imputable al accionista o al director infractores como límite a la responsabilidad civil en conflictos de sociedades cotizadas", en FIGUEROA, G.; BARROS, E.; TAPIA; M. (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI*, Santiago: Legal Publishing, pp. 707-718.
- LYON, Alberto, 2006: *Persona jurídica* (4ª edición), Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- MAÑALICH, Juan P., 2020: "La estructura típica de la administración desleal: Un enfoque contrastivo", *En Letra: Derecho Penal*, volumen 6, N°10, pp. 31-53.
- MAÑALICH, Juan P., 2022: "La infidelidad patrimonial como variante de administración desleal: una reconstrucción restrictiva", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen 35, N°2, pp. 297-316. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502022000200297>
- OSSA, Juan Luis, 2013: *Tratado de Derecho de Minería, Tomo I* (5ª edición), Santiago: Editorial Jurídica.
- PALM, Craig, W. y KEARNEY, Mark A., 1995: "A primer on the basics of directors' duties in Delaware: the rules of the game (Part I)", *Villanova Law Review*, volumen 40, N°5, pp. 1297-1364.
- PARDOW, Diego, 2006: "Potestades de administración y deberes fiduciarios: Una aproximación analítica a los deberes asociados a la administración de un patrimonio ajeno", en H. CORRAL y M. S. RODRÍGUEZ (editores), *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago: Legal Publishing, pp. 89-112.
- PARDOW, Diego, 2008: "La parábola del administrador infiel", en A. GUZMÁN (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago: Legal Publishing, pp. 567-582.
- PASTOR, Nuria y COCA, Ivó, 2015: "¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?", *InDret*, volumen 1.
- PAZ-ARES, Cándido, 2023: "¿Existe un deber de legalidad de los administradores?", *Revista de derecho mercantil*, N°330, pp. 9-100.
- PAZ-ARES, Cándido, 2007: *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid: Fundación Registral.
- PUGA, Juan Esteban, 2023: *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado* (3ª edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RIOSECO, Gabriel, 1985: "Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas", *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, año LIII (Jul-Dic, 1985), N° 178.
- ROTH, Markus, 2022: Business Judgment Rule (https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Business_Judgment_Rule).
- SALE, Hillary. A., 2004: "Delaware's Good Faith", *Cornell Law Review*, volumen 89, N° 6, pp. 456-495.
- SCHLACK, Andrés, 2008: "El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 35, N°2, pp. 261-292. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372008000200003>
- SMITH, Lionel. D., 2020: "Conflict, Profit, Bias, Misuse of Power", en P. B. MILLER y M. HARDING (editores), *Fiduciaries and Trust*, Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108616225.011>

- STOUT, Lynn A., 2002: "In Praise of Procedure: An Economic and Behavioral Defense of Smith vs. Van Gorkom and the Business Judgment Rule", *Northwestern University Law Review*, volumen 96, Nº 2, pp. 675-693.
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE, 1994: *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*.
- VÁSQUEZ, María Fernanda, 2022: "Propuesta de reconstrucción dogmática del sistema de responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas en Chile a la luz del buen gobierno corporativo", *Vniversitas (Pontificia Universidad Javeriana)*, volumen 71. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.prd>
- VENTORUZZO, M., CONAC, P.H., GOTO, G., MOCK, S., NOTARI, M. y REISBERG, A., 2017: *Corporations. A Comparative Perspective*, St. Paul: West Academic Publishing.
- VIDAL, Álvaro, 2005: "Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas", en J. A. VARAS y S. TURNER (editores), *Estudios de Derecho Civil*, Santiago, Lexis-Nexis,
- WELLS, Harwell, 2017: "The Life (and Death?) of Corporate Waste", *Washington and Lee Law Review*, volumen 74, pp.1239-1292.
- ZEGERS, Matías y ARTEAGA, Ignacio, 2004: "Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: Un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 31, número 2, 239-268.

Normas Jurídicas

CÓDIGO Civil.

CÓDIGO Penal.

LEY Nº 18.046, Ley sobre Sociedades Anónimas, publicada el 22 de octubre de 1981.

DECRETO 702, Aprueba nuevo reglamento de Sociedades Anónimas, publicado el 6 de julio de 2012.

MODEL Business Corporation Act, actualizado al 5 de abril de 2024.

Jurisprudencia

CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 25 de mayo de 2015, rol 5.071-2014.

CORTE Suprema, sentencia de 3 de diciembre de 2015, rol 3.389-2015.

SUPERINTENDENCIA de Valores y Seguros, resolución sancionatoria de 31 de diciembre de 2009, resolución exenta 854.

Derecho propio indígena y derechos de las mujeres. Jurisprudencia y consulta indígena respecto de la derogación de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua

Amaya Alvez Marín*
Nicolás Díaz Carrillo**
Flores Alvez Marín***

RESUMEN

El presente artículo aborda la consulta indígena como mecanismo que permite expresar la autonomía indígena en medio de las posibles tensiones entre el derecho y cultura indígena, y los derechos fundamentales de las mujeres. Para lo anterior se analizan críticamente los argumentos y justificaciones esgrimidos con ocasión de la derogación de los artículos 13 y 14 de la Ley Nº 16.441 (1966), denominada Ley Pascua. A partir del caso de estudio se puede concluir que existen potencialidades y desafíos institucionales de la consulta indígena frente a este tipo de tensiones. En primer término, puede expresar fidedignamente y en forma dinámica la cultura indígena y su relación con el derecho propio vigente. En segundo lugar, puede integrar otras perspectivas interseccionales más allá de lo estrictamente ligado a la identidad indígena, en particular el enfoque de género. Finalmente, puede generar un intercambio virtuoso con otras formas de participación indígena y con instituciones jurisdiccionales, legislativas y ejecutivas.

Consulta indígena; derecho propio indígena; derechos fundamentales de las mujeres

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. Magíster en Derecho, Universidad de Toronto, Canadá. Doctora en Derecho, Universidad de York, Canadá. Profesora Titular, Universidad de Concepción, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1510-7770>. Correo electrónico: aalvez@udec.cl.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-5271-9001>. Correo electrónico: diazcarrillo.nicolas@gmail.com

*** Licenciada en Derecho, Universidad del Desarrollo, Chile. Magíster en Ciencias y Gestión del Medioambiente, Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Profesora de Derecho, Universidad de Las Américas, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9645-8953>. Correo electrónico: falvez@gmail.com

Los coautores Amaya Alvez Marín y Nicolás Díaz Carrillo agradecen a ANID, FONDECYT Regular Nº 1211529 “El Derecho Internacional en contra de los Pueblos Indígenas de América Latina” el financiamiento para este trabajo de investigación.

Esta publicación ha recibido apoyo financiero respecto de las coautoras Amaya Alvez Marín y Florencia Alvez Marín, como equipo de investigación en Chile de la iniciativa *Just Futures* de la Fundación Mellon, beca N-2009-09221 proyecto “Dispossessions in the Americas: the Extraction of Bodies, Land, and Heritage from the Conquista to the Present”, administrada por la Universidad de Pensilvania y coordinada por Tulia Falletti, investigadora principal y coinvestigadores principales: Margaret Bruchac, Ricardo Castillo-Neyra, Ann Farnsworth-Alvear, Michael Hanchard, Jonathan D. Katz, Richard M. Leventhal, y Michael Z. Levy”.

Artículo recibido el 27.3.2024 y aceptado para su publicación el 25.9.2024.

*Indigenous legal system and women rights. Jurisprudence
and indigenous consultation regarding the repeal
of sections 13 and 14 of the Pascua Law*

ABSTRACT

This paper aims to delve deeper into indigenous prior consultation as an expressive mechanism of indigenous autonomy. The study addresses the possible tensions between indigenous law and culture, and the fundamental rights of women. Arguments and justifications used on the occasion of the repeal of sections 13 and 14 of law 16.441 (1966) known as Law Pascua. Particular potentialities and institutional challenges can be built upon indigenous consultation confronted to these type of tensions. Firstly, to faithfully and dynamically express indigenous culture and current indigenous legal systems, secondly, to integrate other intersectional perspectives, particularly an advance gender approach more than the strictly linked to indigenous identity, and finally, generate a virtuous interchange with other forms of indigenous participation in relation to jurisdictional, legislative and executive institutions.

Indigenous consultation; indigenous legal system; women rights

I. LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y CULTURA INDÍGENA PROPIA Y LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MUJERES

El derecho propio indígena es un fenómeno dinámico, fruto de la imbricación y sincretismo de la interacción de relaciones históricas entre las comunidades indígenas y la sociedad nacional y regional¹. No se trata de un fenómeno estático frente al derecho nacional, sino por el contrario, es un derecho vivo, no escrito². Esta realidad desafía los sistemas jurisdiccionales domésticos a compatibilizar las culturas indígenas con los derechos humanos universales, que suelen ser concebidos como límites a las primeras. La idea que encierra la diversidad de sistemas legales en una misma jurisdicción se conoce con el nombre de pluralismo legal, y se ha utilizado para estudiar la gobernanza y el modo en que relaciones de poder se insertan en el derecho, y a su vez el modo en que el derecho regula el acceso a los recursos y a la justicia, o lo invisibiliza³. Se persigue considerar el derecho estatal y el derecho propio indígena en permanente evolución, y el modo en que sus relaciones, así como con el Derecho Internacional, dan pie a nuevos híbridos jurídicos⁴.

Una de las perspectivas teóricas que puede encuadrar estos desafíos es la “justicia dialógica”, al involucrar no solo a los poderes legislativos en la revisión de constitucionalidad

¹ SIERRA, 1997.

² CONFEDERACIÓN DE NACIONALIDADES INDÍGENAS DEL ECUADOR, 1992.

³ VON BENDA-BECKMANN y TURNER, 2018, p. 264.

⁴ SIEDER 2018, p. 344.

de las normas antes de convertirse en ley⁵, sino también al resto de las ramas políticas de gobierno y al resto de la sociedad⁶. La revisión judicial dialógica capitaliza la ventaja institucional de las Cortes en cuanto estas conectan el debate de valores constitucionales con problemas específicos⁷. En definitiva, este modelo teórico promueve la idea de autogobierno democrático, siendo uno de sus presupuestos el que todos los afectados por las distintas leyes deban tener un acceso razonable al debate acerca de las mismas⁸. Incluso algunos han extendido el concepto de diálogo a los escenarios en que la revisión judicial se ve influenciada por las nuevas interpretaciones constitucionales que emergen de la ciudadanía movilizada⁹.

La idea de diálogo ha puesto el foco en diversas propuestas institucionales: la composición de jurados constitucionales compuestos por ciudadanos¹⁰, el rol de los jueces de instancia como mecanismos de alerta para la decisión de invalidez de la Corte competente¹¹, los “litigios de reforma estructural” que permiten un diálogo entre la judicatura y las autoridades representativas, y las “respuestas legislativas” que enfrentan las iniciativas del poder legislativo con las decisiones de las Cortes, en cuanto también permiten un espacio para la intervención de la ciudadanía¹². Entre las propuestas de “creación de mayores espacios para la consulta a los propios afectados”¹³, se ha indicado el derecho de consulta de los pueblos indígenas, en cuanto permite a estos intervenir en las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarles¹⁴.

No obstante, se ha advertido que las soluciones dialógicas requieren de una estructura institucional que efectivamente esté al servicio de intercambio de razones¹⁵. Esto, pues, suele ocurrir que pesa más el marco dado por el sistema de frenos y contrapesos, el carácter reaccionario de las estructuras institucionales¹⁶, o los diferentes estatus sociales de los actores, de modo que las razones de los nuevos actores involucrados terminan por

⁵ GARGARELLA, 2014, p. 119.

⁶ GARGARELLA, 2014, pp. 139.

⁷ TUSHNET, 2014, p.112.

⁸ TUSHNET, 2014, pp. 107-109.

⁹ TUSHNET, 2014, p. 111. Siguiendo a Reva Siegel y Robert Post que enfatizan el punto desde la igualdad de género y la emergencia del movimiento feminista.

¹⁰ SPECTOR, 2014, pp. 195, 199, 201, 204-206.

¹¹ LINARES, 2014, p. 188.

¹² LINARES, 2014, pp. 190-191.

¹³ GARGARELLA, 2014, p. 144.

¹⁴ GARGARELLA, 2014, pp. 119-120, 149.

¹⁵ GARGARELLA, 2014, p. 122.

¹⁶ GARGARELLA, 2014, pp. 144-

no importar demasiado en la decisión final¹⁷ o en definitiva haya poco espacio protagónico para la ciudadanía¹⁸.

Desde la perspectiva de la colisión o tensión entre el multiculturalismo que suponen los derechos culturales y los derechos de las mujeres, Susan Okin ha remarcado la hipótesis que los derechos culturales de grupo (que incluye a los pueblos indígenas)¹⁹ son problemáticos para alcanzar mayor equidad de género. Señala que la promoción de estos derechos, especialmente en grupos cuya cultura patriarcal es mayor que la de la sociedad en que se insertan²⁰, no necesariamente irá en el mejor interés de las niñas y mujeres de aquel grupo, por el contrario, las limitará favoreciendo la posición de los hombres a partir de roles sociales asignados según el sexo²¹. Señala como ejemplo ilustrativo, la defensa cultural en beneficio de los hombres victimarios en casos de rapto y violación, eximiéndoles o disminuyendo su responsabilidad²². No obstante, la autora agrega que debe ponerse especial atención acerca de las inequidades presentes entre los sexos al interior de los grupos culturales, de modo que las políticas públicas orientadas a dichos grupos debieran asegurar la voz y representación de los miembros con menos poder dentro de los mismos, esto es, las mujeres, y especialmente las más jóvenes²³. Agrega que en muchos casos son precisamente los hombres quienes determinan y articulan las creencias, prácticas e intereses del grupo²⁴, de modo que no puede haber justificación para asumir que esos liderazgos representarán los intereses de todos los miembros del grupo²⁵. Al respecto, Sassen agrega que dicha negociación intracultural debiera considerar por un lado las inequidades de género dentro de dichos grupos, y por otro, la opresión intercultural que frecuentemente motiva la reivindicación de aquellos derechos culturales²⁶. Desde una perspectiva más receptiva de la multiculturalidad, la visión de Okin ha sido criticada por Shachar por tener una mirada estática de los grupos culturales y limitada acerca de la agencia de las mujeres de dichos grupos, lo que lleva las tensiones a un resultado de suma cero²⁷. Para Shachar existe una “paradoja de la vul-

¹⁷ GARGARELLA, 2014, p. 141-142. Es importante notar que el autor ejemplifica el punto con el caso de audiencias públicas organizadas por la Corte Suprema argentina para discutir con comunidades indígenas la explotación de litio en sus territorios, cuyo resultado describe como problemático por el “distanciamiento y falta de empatía” que mostraron los jueces. Y lo reitera señalando: “el peso más bien reaccionario que las viejas estructuras institucionales tienen sobre las nuevas prácticas (...) ha sido muy visible en el área de los derechos indígenas, donde la obligación de consulta a los pueblos afectados a menudo terminó socavada o desnaturalizada (...)” (p. 144).

¹⁸ GARGARELLA, 2014, p. 147.

¹⁹ OKIN, 1999, pp. 9-11.

²⁰ OKIN, 1998, pp. 662-664; 672-673, 679-680.

²¹ OKIN, 1999, p. 23.

²² OKIN, 1999, p. 18-19.

²³ OKIN, 1998, pp. 683-684; 1999, pp. 10, 23-24.

²⁴ OKIN, 1999, p. 12.

²⁵ OKIN, 1999, p. 24.

²⁶ SASSEN, 1999, p. 78.

²⁷ SHACHAR, 2001, pp. 65-68.

nerabilidad multicultural”, quien aborda las consecuencias de políticas públicas, como la Ley Pascua en nuestro caso de análisis, como una acomodación cultural al pueblo Rapa Nui que se traduce en una carga desproporcionada para las mujeres de esa comunidad. La solución propuesta por Shachar es una acomodación cultural transformativa que reduzca la injusticia entre grupos culturales mayoritarios y minoritarios, pero también promueva la justicia interna para sus propios miembros más vulnerables²⁸, sugiriendo soluciones institucionales que distribuyan la competencia en la toma de decisiones y permita la negociación entre el Estado y los grupos culturales²⁹. Esta propuesta de gobernanza compartida también se orienta a crear múltiples jurisdicciones con diversa jerarquía y reconocer la agencia de individuos y comunidades para optar entre su calidad de ciudadanas o de miembros de una determinada identidad colectiva. Esto permite un diálogo entre culturas y tradiciones jurídicas y permite reimaginar el sistema jurídico de forma más inclusiva³⁰.

Benhabib, por su parte, recomienda atención a la institucionalización de jurisdicciones multiculturales, ya que se puede correr el riesgo de un eclecticismo legal. Por eso argumenta que debemos establecer claras líneas entre los valores constitucionales no negociables y las adecuaciones posibles abiertas al diálogo político-cultural, como lo demuestra el caso de estudio³¹.

Todas estas perspectivas convergen en relación con la pregunta por los mecanismos y diseños institucionales de diálogo que puedan armonizar debidamente las dimensiones de los derechos culturales y los derechos fundamentales de las mujeres. A partir del caso de estudio, estimamos que la consulta indígena sí puede cumplir un rol virtuoso, sin necesariamente inclinarse de modo unilateral y excluyente en favor de la dimensión cultural de grupo.

Desde las fuentes de Derecho Internacional de los derechos humanos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas afirma que estos tienen derecho a mantener y desarrollar su cultura con sus sistemas e instituciones (artículo 20.1), ello como manifestación de la libre determinación (artículo 3). No obstante, agrega que las tradiciones, costumbres, responsabilidades individuales y sistemas jurídicos indígenas han de ser conformes con las normas internacionales de derechos humanos (artículos 34 y 35).

El Convenio N° 169 de la OIT junto con consagrar el deber de los Estados de considerar las costumbres y derecho consuetudinario para aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados (artículo 8.1), señala que los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos deben ser compatibles, estableciéndose “procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio” (artículo 8.2). Ahora bien, esta

²⁸ SHACHAR, 2001, pp. 138-140.

²⁹ SHACHAR, 2001, pp. 128-131.

³⁰ SHACHAR, 2000, p. 405.

³¹ BENHABIB, 2002, p. 128.

implementación ha de contar con una adopción flexible en consideración a las condiciones de cada país (artículo 34), sin menoscabar los derechos de los pueblos y sus miembros (artículo 35). Una particular atención existe acerca de la cultura indígena en lo que respecta a su aplicación en materias penales (artículos 9 y 10). Si puede compatibilizarse, las autoridades y tribunales deben considerar la cultura y respetar los métodos con que los pueblos interesados tradicionalmente reprimen los delitos cometidos por sus miembros. Asimismo, la aplicación de sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos debe considerar su situación particular, dándosele preferencia a sanciones distintas del encarcelamiento.

El sistema interamericano refrenda estas perspectivas. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas vincula la libre determinación y la participación indígena a los derechos de identidad cultural, obligando a los Estados al reconocimiento de esta y prohibiendo en consecuencia su destrucción o acciones de asimilación (artículos 3, 10.1, 10.2 y 21.2). También se reitera el principio de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 22).

La concepción de los demás derechos humanos como “límites” adquiere especial relevancia respecto de las mujeres. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) establece que los Estados parte deben seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra las mujeres (artículo 2). Este objetivo refiere explícitamente a la derogación de disposiciones penales que constituyan discriminación contra la mujer (artículo 2 letra g y artículo 3). En efecto, este deber de debida diligencia implica la pronta investigación, enjuiciamiento y sanción³². Además de derogar, los Estados deben abstenerse de dictar leyes y políticas que directa o indirectamente impliquen violencia y discriminación contra la mujer en el goce de sus derechos³³.

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer reitera aquel principio de “debida diligencia” (artículos 7 y 8) en sus alcances concernientes a la justicia, la investigación y adecuada sanción y reparación tras conductas de violencia sexual y de género, lo que se ha manifestado en su jurisprudencia³⁴. Así se ha indicado que la “debida diligencia” también implica considerar la situación de vulnerabilidad de ciertas mujeres en razón de su raza y etnia (artículo 9)³⁵. La Comisión IDH ha enfatizado que la violencia múltiple contra las mujeres debe ocupar un lugar prioritario en las iniciativas legislativas y las políticas públicas de los Estados³⁶, reiterando incluir aquellas medidas de naturaleza legislativa para modificar normativa

³² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2017, párr. 24.

³³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2012, párr.9.

³⁴ CORTE IDH, 22.11.2009, sentencia del caso Yarce y Otras *versus* Colombia; Corte IDH, 16.11.2009, sentencia del cas González y otras (Campo Algodonero) *versus* México, párr. 87; CORTE IDH, 2012, párr. 127; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006, párr. 104.

³⁵ CORTE IDH, 2011, párr. 127.

³⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010, p. 50.

vigente o prácticas judiciales o consuetudinarias³⁷. La Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer señala que la violencia contra la indemnidad sexual de las mujeres muchas veces deriva de pretendidas “prácticas tradicionales” (artículo 2 letra a). El Comité CEDAW en su Observación General N°19, ha abordado críticamente este vínculo de justificación en “actitudes tradicionales” o “prácticas perpetuadas por la cultura o la tradición”³⁸.

A pesar de este tratamiento que tiende a un modelo de tensión y conflicto, existe actualmente una búsqueda de soluciones integradas entre el desarrollo de la cultura de los pueblos indígenas y el rol de las mujeres indígenas en ello. En este sentido, la ex Relatora Especial sobre Violencia contra la mujer de Naciones Unidas, ha enfatizado en la intersección de múltiples sistemas de desigualdad que convergen en diferentes grados de discriminación, violencia y vulnerabilidad para ciertos grupos de mujeres³⁹. Asimismo, la Relatora de Naciones Unidas acerca de los pueblos indígenas ha señalado que entre las causas de violencia doméstica están aquellas vinculadas al ejercicio del derecho de libre determinación de indígenas mujeres, encontrándose en una posición de subgrupo vulnerado dentro de sus propias comunidades. La Relatora indica una “falsa dicotomía” y prejuicios de desintegración de la autodeterminación indígena, viéndose los derechos de las mujeres como ajenos a las reivindicaciones indígenas, por vincularse a “valores externos” u “occidentales” que priorizan los derechos individuales sobre los derechos colectivos⁴⁰.

Se ha indicado que el tratamiento de las culturas indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos no ha incorporado mayormente el enfoque de género⁴¹ a pesar de la evidencia que muestra que la violencia contra los pueblos indígenas aumenta la violencia contra las mujeres y las niñas indígenas⁴², tanto fuera como dentro de sus propias comunidades⁴³. Ante este diagnóstico, la Corte IDH ha propuesto ciertos principios que deben guiar la acción del Estado para hacer frente a la violencia contra mujeres indígenas, los que en gran medida destacan precisamente el ejercicio de su participación y autodeterminación⁴⁴.

Coincidimos con parte de la doctrina nacional que ha identificado dos lecturas erróneas pertinentes a la tensión entre el derecho propio indígena y los derechos de las mujeres. La primera es la cuestión de la jerarquía normativa, pues ambas esferas normativas se encuentran igualmente reconocidas por instrumentos internacionales ratificados por Chile y vigentes. La segunda consiste en concebir siempre, y únicamente, al derecho

³⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, párr. 68. Sobre la base de CORTE IDH, 2011 y CORTE IDH, 2001.

³⁸ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 1992, p. 2-3.

³⁹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2005, p.10.

⁴⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2015, párr. 13 y párr. 59.

⁴¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2022, p.4, párr. 10.

⁴² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2013, párrafo 31.

⁴³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, párr. 10.

⁴⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, pp. 32 y siguientes.

propio indígena como el que debe respetar y someterse a los “límites” determinados por otros derechos fundamentales, conclusión que nos parece debatible⁴⁵.

El caso de estudio se inserta, además, en una jurisprudencia del Tribunal Constitucional con particulares alcances respecto de la consulta indígena, la diversidad cultural y los derechos de las mujeres. A propósito de la determinación del sentido y alcance del concepto “pueblos indígenas” ha señalado que debe ser considerado como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y ser consultadas en materias que les conciernen, pero con estricta sujeción a la Constitución del respectivo Estado de cuya población forman parte⁴⁶. A su vez, respecto de la consulta indígena, ha señalado que constituye una forma de recabar opinión, la que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece⁴⁷. Así, ha descartado un vicio en el procedimiento de formación de la ley al no haber consulta, afirmando un rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos inferior al de la Constitución⁴⁸. En su concepto la consulta indígena opera como mero mecanismo para recabar información⁴⁹, sin perjuicio de hacer presente la necesidad de regular su rol en el marco de los procesos legislativos⁵⁰. Esta perspectiva se relaciona con el limitado rol epistémico con que la consulta indígena ha sido abordada en la jurisprudencia de la Corte Suprema y tribunales ambientales, limitada en su procedencia para expresar los conocimientos propios y válidos, y operar como mecanismo de visibilización de impactos en contextos de diversidad cultural⁵¹.

Respecto de los derechos de las mujeres, el Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse en escenarios de colisión. A propósito del proyecto de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, indica un marco de colisión entre la autonomía decisoria de la mujer con la protección –desde la concepción– de la vida del que está por nacer, resolviendo por proporcionalidad una ponderación en favor de la despenalización en tres causales⁵², pero con un resguardo a la objeción de conciencia (individual e institucional), fundada en la libertad de conciencia y de credo⁵³. Esta regulación ha sido duramente criticada por una parte de la doctrina nacional debido

⁴⁵ CARMONA, 2015.

⁴⁶ Tribunal Constitucional, 4.8.2000, rol 309-2000, considerando cuarto

⁴⁷ Tribunal Constitucional, 3.4.2008, rol 1050-2008, considerando décimo cuarto.

⁴⁸ Tribunal Constitucional, 23.1.2013, rol 2387-2013, considerandos décimo a décimo segundo.

⁴⁹ Tribunal Constitucional, 23.1.2013, rol 2387-2013, considerandos décimo cuarto a décimo sexto.

⁵⁰ Tribunal Constitucional, 23.1.2013, rol 2387-2013, considerandos vigésimo segundo y vigésimo cuarto.

⁵¹ GUERRA y SÁNCHEZ, 2021, pp. 39-40.

⁵² Tribunal Constitucional, 28.8.2017, rol 3729-2017, considerandos octogésimo quinto y centésimo décimo tercero y siguientes.

⁵³ Tribunal Constitucional, 28.8.2017, rol 3729-2017, considerandos centésimo vigésimo segundo y siguientes.

a la construcción de una cláusula de objeción de conciencia institucional voluntarista actuando como legislador negativo⁵⁴.

Por último, es oportuno recordar que la primacía de los derechos de la mujer (en particular, sexuales y reproductivos) frente a dimensiones culturales, morales o religiosas, no ha sido la tendencia histórica en el Tribunal Constitucional. Al razonar acerca de la distribución de la píldora de anticoncepción de emergencia, su orientación radicaba en si constituía o no un método abortivo que colisionara con la vida del que está por nacer⁵⁵. Solo voces aisladas remarcaron que el régimen constitucional debía descartar toda creencia o doctrina que buscara la imposición de su pensamiento o valores, de modo de conculcar derechos al libre desarrollo de la personalidad, en este caso de la mujer⁵⁶.

II. EL DEBATE POR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 13 Y 14

En este trabajo nos remitiremos al debate a propósito de los beneficios que en materia penal establecían los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua⁵⁷. El artículo 13 señalaba que: “En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal⁵⁸, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables”. Por su parte, el artículo 14 indicaba que “En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión, podrá disponer que hasta dos tercios de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario (...)”

En junio de 2020, el Juez Titular del Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua, Alex Guzmán, formuló de oficio un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua. Este requerimiento se originó con ocasión de un delito de violación cometido por un hombre Rapa Nui en contra de

⁵⁴ MARSHALL y ZÚÑIGA, 2020, pp. 112-113.

⁵⁵ Tribunal Constitucional, 18.4.2008, rol 740-07-CDS, considerandos vigésimo noveno a trigésimo noveno, cuadragésimo noveno y quincuagésimo.

⁵⁶ Tribunal Constitucional, 18.4.2008, rol 740-07-CDS. Ver voto disidente del Sr. Ministro Hernán Vodanovic Schnake.

⁵⁷ Para los antecedentes históricos de su tramitación legislativa, en particular el carácter inconsulto y la suposición de una pretendida cultura o idiosincrasia Rapa Nui como justificación de la normativa, ver Boletín N° 2.325 de la H. Cámara de Diputados. CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 1964a, p. 374; CONGRESO NACIONAL DE CHILE, 1964b, p.189; BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1966, *Historia de la Ley 16.441 que Crea la Comuna Subdelegación de la Isla de Pascua*.

⁵⁸ En general delitos sexuales y delitos contra la propiedad. El Título VII del Libro Segundo del Código Penal tipifica los crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual, tales como la violación, el estupro y otros delitos sexuales, el abandono de niños y personas desvalidas, la explotación sexual comercial y pornografía infantil. El Título IX, los crímenes y simples delitos contra la propiedad, tales como robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, hurto, abigeato, usurpación, estafa, entre otros.

una mujer no isleña en octubre de 2019⁵⁹, ante ello la defensa del agresor solicitó la aplicación de los mentados artículos.

Entre los argumentos del requerimiento del juez destaca la derogación tácita de las normas del orden doméstico resultado de un control de convencionalidad. En segundo término, la consideración de la historia de la Ley, cuyo objetivo –a juicio del requerimiento– ya se habría logrado, quedando desactualizada la *ratio legis* frente al desarrollo cultural del pueblo Rapa Nui. Y, por último, la idea de ponderación, pues los principios de integridad física y psíquica de la víctima de delitos sexuales primaban por sobre el principio pro reo y su vínculo con la cultura e identidad indígena del imputado.

En el análisis a desarrollar profundizaremos críticamente solo acerca de aquellos argumentos desde una perspectiva de colisión, que como veremos, se hacen medulares y remiten constantemente a la validación de la cultura del pueblo Rapa Nui, donde el rol y deferencia con la consulta indígena sería disímil entre las instituciones y poderes intervinientes.

1. *Sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Tribunal Constitucional, ROL 8792-2020, 29 de enero de 2021*

Para abordar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad sometida a su conocimiento, el Tribunal Constitucional encuadró su análisis en una colisión de derechos fundamentales⁶⁰. Indica (considerandos sexto, noveno y décimo), siguiendo la línea del requerimiento, que la dificultad interpretativa planteada se encuadra dentro de derechos convencionales contrapuestos, protegiendo unos el género y los otros la etnia, existiendo una colisión de contenidos convencionales entre instrumentos de derecho internacional referente a los pueblos indígenas y las mujeres, privilegiando unos las costumbres indígenas y otros la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres, especialmente, en el ámbito de su indemnidad sexual.

Como se adelantó en la primera sección, la aludida colisión tiene efectivamente expresiones en el plano normativo de las fuentes de derecho internacional. De allí que el TC lo precisara como una contraposición de reglas convencionales donde la obligación para los Estados impondría una jerarquía a favor de los derechos de las mujeres frente a la diferenciación positiva a favor de la identidad de los pueblos originarios. Esto implicaría en la práctica “debilitar los mandatos de un tratado internacional de derechos humanos por sobre otro” (considerando decimosegundo), planteando una interpretación armónica de “reglas aparentemente contrapuestas” entre los artículos 23 de la CEDAW y los artículos 34 y 35 del Convenio N°169 de la OIT. De estas consideraciones lo clave era

⁵⁹ El episodio activó masivas protestas en la isla. Ver: *La Tercera*, “Rapa Nui y su creciente movimiento feminista”, 25 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/rapa-nui-creciente-movimiento-feminista/951675/>

⁶⁰ En similar sentido la prevención del ministro Pozo Silva, a fojas 1149, puntos 19°, 21° a 23°, 38° y 39°. También desde una perspectiva de colisión de paradigmas, aunque proponiendo un enfoque interseccional, la prevención del ministro Pica Flores, a foja 1158, punto 12° y ss.

determinar si “los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 podría o no ser una costumbre indígena” (considerando decimotercero a vigesimonoveno).

En su análisis referente a la costumbre como fuente del derecho y la costumbre indígena aplicable al derecho penal, los jueces constitucionales razonan acerca de sus límites a la luz del derecho internacional de los derechos humanos (considerando vigésimo a vigesimosegundo y considerando trigésimo cuarto). Aunque destacan que el estándar doméstico es que la costumbre indígena no puede ser incompatible con la Constitución y debe ser probada, acreditada en juicio, pero especialmente con el informe pericial que deba evacuar la CONADI⁶¹. El TC subrayó que la propia Ley 16.441 no contempla prueba alguna de la costumbre indígena ni por tanto la posibilidad de debatir en torno a ella (considerando quincuagésimo primero).

En este punto adquiere relevancia la expresión del derecho propio indígena y la cultura ancestral por medio de la consulta o bien la participación y representación indígena. El Consejo de Ancianos Rapa Nui-Mau Hatu, organización legalmente reconocida como integrante de la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua (CODEIPA)⁶², solicitó el rechazo del requerimiento de inaplicabilidad⁶³ sosteniendo el respeto a las instituciones representativas y al derecho consuetudinario al aplicarse legislación nacional (artículo 6 y 8 del Convenio OIT N°169). Reivindicando, en sus palabras, la cultura ancestral y cosmovisión Rapa Nui concerniente a “lo sexual, el cuerpo y el erotismo”. A juicio del Consejo se trataba de “un problema étnico, y no de género”. No obstante, tras las protestas de organizaciones de mujeres Rapa Nui⁶⁴, el Consejo de Ancianos moderó su criterio⁶⁵. En una presentación posterior, el presidente del Consejo retiró todo lo indicado en relación con violencia en contextos sexuales⁶⁶, y agregó que las mujeres Rapa Nui sí tenían un rol, representación y liderazgo en todas las esferas de la comunidad. Esta disonancia abre el análisis pertinente a los medios adecuados para determinar cuál es la cultura indígena vigente (considerando sexagesimocuarto). El Consejo de Ancianos enfatizó que la reconfiguración y variación de la cultura en el tiempo exigía considerar el mecanismo de la consulta indígena⁶⁷.

⁶¹ Ley N° 19.253, 1993, artículo 54. La especialidad del medio probatorio del informe pericial de CONADI no es excepcional en nuestro ordenamiento. En efecto, deriva de las funciones de este organismo señaladas en el artículo 39 de la Ley N° 19.253 y expresada en otros informes requeridos en otras diversas materias. Ver como ejemplo los artículos 8 y 10 de la Ley N° 20.249 que Crea el espacio costero marino de los pueblos originarios, y artículos 3 y 6 de su respectivo Reglamento, contenido en el Decreto N°134 (2009) del Ministerio de Desarrollo Social y Familia.

⁶² Ley 19.253, 1993, artículo 68.

⁶³ Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, fojas 675 y ss.

⁶⁴ Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, fojas 1008-1009. Véase *El Correo del Moai*, edición del 14.08.2020, disponible en <https://www.elcorreodelmoai.com/?p=1910>. En efecto, el presidente del Consejo de Ancianos, Carlos Edmunds Paoa, emitió unas disculpas públicas a la comunidad Rapa Nui por la presentación previa, el 14 de agosto de 2020, acompañadas al segundo escrito presentado.

⁶⁵ Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, foja 1006 y ss.

⁶⁶ Punto que es señalado como crítico por el TC a la hora del análisis de la determinación de la cultura indígena para el caso en examen. Ver considerando sexagesimocuarto.

⁶⁷ Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, fojas 1011-1012.

Asimismo, la organización comunitaria funcional MAROA, integrada por mujeres Rapa Nui, sostuvo que la normativa impugnada no respondía ni a una cultura Rapa Nui de antaño ni actual, al mismo tiempo que concordaba con el carácter dinámico de la cultura y derecho propio, y de su vínculo con la autodeterminación indígena⁶⁸.

La CONADI, por su parte, refrendó lo señalado por el Consejo de Ancianos en su segunda presentación, sin embargo aun así entendió que, teóricamente, el caso en cuestión se trataba de una colisión entre derechos fundamentales⁶⁹. SERNAMEG, entidad querellante en la causa penal de origen, apuntó que la Ley Pascua había sido redactada a base de un supuesto reconocimiento cultural y sin consulta al pueblo Rapa Nui, ni a una comisión técnica de expertos, siendo equívoco justificar los artículos en cuestión en consideración o pertinencia a elementos culturales. En similar sentido argumentó lo propio el Ministerio Público⁷⁰.

De la perspectiva de las autoridades tradicionales, organismos técnicos y la historia de la Ley Pascua⁷¹ el TC concluye que los artículos 13 y 14 no corresponden a la costumbre indígena Rapa Nui. Al mismo tiempo indica que el derecho consuetudinario no es estático ni ancestral, sino presente y dinámico, y que la Ley Pascua fue anterior a todo tipo de mecanismos de consulta previa a los involucrados (considerando vigésimo noveno y trigésimo cuarto). En efecto, respecto del carácter inconsulto de la Ley la describe como “legislación a tuestas”, carente de motivación suficiente para vincularla a una determinada cultura Rapa Nui (considerando vigesimocuarto y sexagesimocuarto)⁷².

Al descartar el TC un fundamento antropológico o ancestral, estima que la falta de motivación normativa de los artículos 13 y 14 impide justificar un tratamiento desigual y una finalidad constitucionalmente legítima. Con ello, lo que pudo ser un beneficio en atención a un razonable particularismo cultural colectivo deviene en una distinción y privilegio arbitrario en razón de la identidad personal individual (considerandos cuadragésimoctavo a quincuagesimoquinto, quincuagesimonoveno y sexagesimocuarto).

Por todo esto, el TC señala que existe una necesidad sobreviniente de “antropología Rapa Nui” (considerando quincuagesimocuarto), pero no profundiza más allá. De hecho, desde su posición, estima que su propia labor como magistratura constitucional y su declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, genera un “fortalecimiento de la tradición cultural Rapa Nui” (considerando quincuagesimoquinto).

De estos razonamientos se observa un consenso en la argumentación por “validar o actualizar la cultura” para poder abordar adecuadamente la pretendida colisión de

⁶⁸ Ver las respectivas presentaciones de dicha organización en Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, a fojas 373 y ss.; y Tribunal Constitucional, 05.04.2022, rol 12.415-2021, a fojas 198 y ss.

⁶⁹ CORPORACIÓN NACIONAL DE DESARROLLO INDÍGENA, en Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, fojas 1037 y ss., en particular ver fojas 1050 y ss.

⁷⁰ Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, fojas 204 y ss. y fojas 345 y ss., respectivamente.

⁷¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1966; Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, fojas 515 y siguientes.

⁷² En un sentido similar las prevenciones de los ministros Aróstica Maldonado, Letelier Aguilar y Vásquez Márquez a fojas 1138 y siguientes. También el ministro Pica Flores, en fojas 1160 y 1162, puntos 18° y 25°.

paradigmas. Sin embargo, hasta aquí, la consulta indígena como un mecanismo de autonomía idóneo para ese propósito no tuvo mayor cabida.

Uno de los ministros del TC profundizó acerca de la idea de “conflicto aparente” entre paradigmas, pues no habría razonabilidad posible de una cultura orientada a la sexualidad forzada⁷³, y otro por su parte se refirió explícitamente a la noción de “pluralismo jurídico” y su carácter híbrido y dinámico⁷⁴. Nuestra propuesta de análisis es diversa: supone preguntarnos quién(es) y desde cuáles instituciones se construye el derecho y la cultura indígena propia. Puede apreciarse que las alternativas ofrecidas por la judicatura para dirimir el contenido y extensión de la cultura indígena solo derivan de la intervención exógena y técnica, ya de la judicatura (penal o constitucional) o bien de un servicio público especializado (CONADI). Nuestra pregunta es ¿Qué rol cabe a la autonomía del pueblo indígena, con especial referencia a sus integrantes mujeres, respecto de la definición vigente de su cultura y derecho propio?

Cuando el TC menciona en su sentencia la consulta indígena que se encontraba en curso en lo que respecta a los artículos 13 y 14, solo se limita a indicar que estaba suspendida, como un antecedente adicional a la historia de impugnación social de aquellas normas (considerando cuadragésimoprimer). Solo el ministro Pica Flores subrayó la relación con el estado procesal del caso *sub lite* que motivaba el requerimiento invocado, pues se “entrelaza lo jurisdiccional con la propia consulta”⁷⁵. Por su parte, el voto disidente del Ministro Romero Guzmán⁷⁶ precisó que la “vía para enmendar” el problema de inconstitucionalidad de las normas impugnadas tenía su “procedimiento idóneo” en “la dictación de una ley que las derogue”. En este punto de la cronología, la consideración a la autonomía indígena y la consulta como mecanismo plausible de solución no alcanzó más desarrollo que el aquí indicado. Finalmente, por 8 votos contra 1, el pleno del TC declarararía inaplicables por inconstitucionalidad ambos artículos.

2. *Consulta indígena al pueblo Rapa Nui 2020-2021*⁷⁷

El proceso de consulta indígena (la Consulta) se inició el 11 de febrero de 2020. Esta tuvo que suspenderse en abril y mayo de 2020 atendida la pandemia por COVID-19, reanudándose recién el 13 de febrero de 2021 para culminar cuatro meses después de la ya comentada sentencia de inaplicabilidad.

⁷³ Ministro Pica Flores a foja 1162, en particular puntos 26° a 30°.

⁷⁴ Ministro Pozo Silva a fojas 1140 y ss., en particular puntos 5°, 11° y siguientes.

⁷⁵ Ministro Pica Flores en Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, foja 1157, punto 5°.

⁷⁶ Tribunal Constitucional, 29.01.2021, rol 8792-2020, fojas 1134 y ss.

⁷⁷ Desarrollado sobre la base de Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2021; y Resoluciones Exentas del Ministerio de Desarrollo Social y Familia: N° 74 de fecha 11 de febrero de 2020, N°186 de fecha 07 de abril de 2020, N° 279 de fecha 25 de mayo de 2020, y N°907 de fecha 13 de febrero de 2021.

En términos de convocatoria y difusión se puede indicar que estas se efectuaron conforme con la normativa aplicable⁷⁸, logrando activarse además un plan comunicacional durante la suspensión⁷⁹. En efecto, luego de la reanudación formal del proceso se inició un trabajo conjunto entre el MIDESOC, las autoridades de la Isla y los representantes electos del pueblo Rapa Nui que permitiría ejecutar todas las etapas contempladas en los literales del artículo 16 del Reglamento con la flexibilidad exigida por el artículo 10 y las propias del contexto sanitario⁸⁰.

En las etapas de planificación e información se realizaron reuniones virtuales y presenciales con miembros del pueblo Rapa Nui tanto dentro como fuera de la isla. En estas se aclararon dudas, levantaron observaciones e identificaron propuestas que fueron sistematizadas en sus mayores frecuencias⁸¹. Entre las propuestas de mayor frecuencia se proponía mantener el beneficio del artículo 13 para los delitos de usurpación y piratería en la referencia que la norma hacía a los crímenes y simples delitos contra la propiedad y cambiar la expresión “naturales” por “pueblo Rapa Nui”. Además, los resultados revelaban diferencias de opinión en la referencia a crímenes y delitos contra el orden de la familia, la moralidad pública y la integridad sexual, procurándose mantener el beneficio en el caso del delito de aborto y otros delitos menores en esas materias. Solo en el caso del artículo 14 predominó la propuesta de una absoluta derogación.

En las etapas de deliberación interna y de diálogo, sostenidas entre el pueblo Rapa Nui y el Estado, se definió la redacción de las alternativas en la papeleta de la consulta. Como resultado preliminar, en el caso del artículo 13, se esbozaron diversas modificaciones además de la alternativa de derogación, entre estas se incluía mantener el beneficio para el delito de aborto siempre que se realizara con consentimiento de la mujer y de quien realizara el procedimiento, y en la referencia a delitos contra la propiedad determinar su alcance solo respecto del delito de abigeato o el de usurpación con algunos matices. En el caso del artículo 14 también se definieron ciertas alternativas a la derogación, apuntando a la limitación temporal o de reiteración del beneficio.

Como se puede apreciar, si bien respecto del artículo 14 la opción mayoritaria fue derechamente derogarlo, respecto del artículo 13 se observan matices con propuestas que, al parecer, se vinculan con la identidad Rapa Nui: derechos de autonomía sexual de la mujer (aborto) o a lo menos vinculadas con sus prácticas culturales y cosmovisión en relación con la propiedad privada (abigeato y usurpación). Esto evidentemente introdujo elementos no confirmados y no observados hasta ese entonces respecto de la legitimidad del contenido de las normas y su vínculo con cierta cosmovisión o costumbre Rapa Nui.

Asimismo, en el marco de los diálogos y reuniones de consulta, surgieron propuestas que trascendieron la mera modificación o derogación de normas. Dichas propuestas

⁷⁸ Decreto Supremo N°66 (2013) del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, que Aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena.

⁷⁹ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA, 2021, p. 6.

⁸⁰ Resolución Exenta N° 907 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, de fecha 13 de febrero de 2021, considerandos 8° y 9°.

⁸¹ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA, 2021, p. 7.

incorporaron perspectivas indígenas y de género de manera integral, abordando aspectos como el diagnóstico, el análisis, la educación cívica y sexual, la reparación, la rehabilitación y el desarrollo de programas dotados de infraestructura pertinente. En efecto, de estas propuestas se firmó un acta de acuerdo para su trabajo con la Subsecretaría de Servicios Sociales y la Subsecretaría de la Mujer y Equidad de Género⁸².

Finalmente, la votación propiamente tal se realizó el domingo 9 de mayo de 2021 con mesas en la isla, Santiago y Viña del Mar. Del padrón de 2.700 personas habilitadas para sufragar participó el 33% (897 personas), a pesar de que solo se proyectaba una participación de 500 personas⁸³. Los resultados de esta votación⁸⁴ arrojaron como propuesta mayoritaria solo modificar el artículo 13 manteniendo el beneficio para ciertos delitos contra la propiedad⁸⁵ y derogar completamente el artículo 14.

3. *Sentencia de inconstitucionalidad de oficio. Tribunal Constitucional, ROL 12.415-2021, de 5 de abril de 2022*

Teniendo como presupuesto la sentencia de inaplicabilidad, el TC inició de oficio el procedimiento de inconstitucionalidad en noviembre de 2021, declarándola así respecto de la remisión del artículo 13 a los crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual, e íntegramente respecto del artículo 14.

Si bien el TC acordó poner en conocimiento del Presidente de la República y de los presidentes de ambas cámaras del Congreso Nacional la cuestión de constitucionalidad, ninguna de estas autoridades allegó observaciones o antecedentes durante la tramitación. Sí hubo audiencias públicas de terceros interesados que ya habían intervenido en este devenir: Consejo de Ancianos Rapa Nui, OCT MAROA, SERNAMEG, CODEIPA, entre otros.

La organización MAROA hizo presente los resultados de la Consulta, agregando que su principal preocupación era la pronta tramitación del proyecto de ley que derivaba de la misma. Para MAROA la consulta expresaba un “verdadero diálogo intercultural que respeta acuerdos y promueve su cumplimiento”, enfatizando que el resultado de la votación demostraba fehacientemente la voluntad del pueblo Rapa Nui⁸⁶. Por su parte,

⁸² MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA, 2021, p. 12.

⁸³ Estimada sobre la base de cinco consultas anteriores al pueblo Rapa Nui efectuadas entre los años 2015 y 2017, registrando un margen oscilante entre 251 y 1411 participantes, esto último en la Consulta sobre Ley de Residencia.

⁸⁴ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA, 2021, pp. 13-15.

⁸⁵ Primaron las opciones de mantener el beneficio respecto del delito de abigeato (312 votos) y de usurpación (350 votos) siempre que esta no afectara a miembros del pueblo Rapa Nui.

⁸⁶ Tribunal Constitucional, 05.04.2022, rol 12415-2021, fojas 201 y 202.

SERNAMEG acompañó como antecedentes el propio proyecto de ley y mensaje presidencial (Boletín N° 14.610-06) y el informe de sistematización de la consulta indígena⁸⁷.

En lo que interesa para nuestro análisis el TC reitera sus razonamientos acerca de un “privilegio inmotivado y sin justificación razonable en la dimensión indígena”, que “no es justificable y no pudo fundarse en una particularidad del pueblo rapanui”. A juicio del TC, el legislador de la época no constató la existencia de una cultura ancestral (considerando décimo).

Si bien todos los ministros concurrieron en derogar completamente el artículo 14, cuatro de ellos indicaron que la inconstitucionalidad del artículo 13 afectaba solo la remisión a los delitos sexuales, pero se mantenía respecto de los delitos contra la propiedad, siendo esto congruente con la sentencia previa de inaplicabilidad (considerando sexto, décimo octavo, cuadragésimo cuarto, cuadragésimo séptimo, cuadragésimo octavo y quincuagésimo segundo)⁸⁸. Lo interesante es que esta distinción dialogaría notoriamente con las preferencias levantadas en el proceso de consulta y en las presentaciones y audiencias públicas de organizaciones de mujeres Rapa Nui⁸⁹. En esta sentencia, la consulta fue explícitamente considerada como “antecedente adicional” para sostener la inconstitucionalidad total del artículo 14 y solo parcial respecto del artículo 13 (considerando vigésimo quinto y cuadragésimo noveno a quincuagésimo primero). Como veremos, este giro de deferencia con la consulta no se mantendría en los debates posteriores ante el Congreso Nacional.

4. *Ley N° 21.451 de 28 de mayo de 2022, que deroga los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua*

Un mes después de la sentencia de inconstitucionalidad de oficio se publicaría la Ley N° 21.451, que derogaría íntegramente los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua.

El mensaje del proyecto⁹⁰ reconocía explícitamente el devenir de impugnación de los preceptos en cuestión y su rechazo por parte del pueblo Rapa Nui⁹¹, refiriendo a la transcendencia del asunto tanto para los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

Sobre la cultura indígena, el proyecto reiteraba la conclusión del TC en torno a que las normas cuestionadas no constituían costumbre penal indígena. En lo que respecta a la Consulta y sus resultados dedicó un apartado especial, describiéndola como una instancia en que “se vio reflejada la voz del pueblo Rapa Nui y de la cual el proyecto era su fiel resultado”⁹². En este marco el ejecutivo enfatizó en la voluntad de la comunidad

⁸⁷ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 2021 y MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA, 2021.

⁸⁸ En el mismo sentido la prevención de los ministros/as García Pino, Pozo Silva y Silva Gallinato, párrafos 8°, 9°, 12° y 14°.

⁸⁹ Prevención de los ministros/as García Pino, Pozo Silva y Silva Gallinato, párrafo 13°.

⁹⁰ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 2021.

⁹¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, pp.17-20.

⁹² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, sección II, pp. 12 y ss., 29, 38-39 y 50.

isleña por mantener el beneficio del artículo 13 solo respecto de ciertos delitos contra la propiedad⁹³. Así, concordante con la Consulta y con lo que resultaría del procedimiento de inconstitucionalidad de oficio, el proyecto inicial proponía derogar el artículo 14 y solo reemplazar el 13 en los términos ya referidos.

Sin embargo, en la tramitación aquello cambiaría, concluyendo con la derogación total de ambas normas. Relativo a la justificación e insistencia del Ejecutivo amparada en los resultados de la Consulta, la opinión categórica de algunos senadores/as fue que estos no eran vinculantes al proceso legislativo⁹⁴. En el fondo de aquella argumentación se retoma la lógica de la colisión, favoreciendo la potencia del paradigma de género como suficiente para anular cualquier matiz o distinción derivada de la cultura indígena. Paradójicamente, la tramitación legislativa se había suspendido para esperar los resultados del proceso de consulta y estos no trastocarían en mayor medida la protección de la indemnidad sexual. Sin embargo, en la votación en general y en particular de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado hubo unanimidad de sus miembros⁹⁵ en derogar ambos artículos. En ese tenor pasaría el proyecto a la discusión y aprobación en sala.

Solo voces aisladas plantearon dudas si el tema que se estaba discutiendo y votando se correspondía exactamente con el resultado de la consulta indígena efectuada⁹⁶. En efecto, el Consejo de Ancianos envió una carta al Congreso para defender la distinción respecto del delito de usurpación⁹⁷. Sin embargo, el debate legislativo avanzaría con inercia en la postura hegemónica⁹⁸ de descartar toda deferencia a la Consulta y protección de la cultura indígena manifestada en ella, sin presentarse indicaciones al respecto⁹⁹.

Así aprobado y despachado, el TC se pronunciaría nuevamente, esta vez en examen preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley. Aquí destaca su precisión respecto de cuál era el texto vigente a derogar por el legislador considerando la sentencia previa de inconstitucionalidad de oficio. Allí apuntaría que se trataba solo del remanente del beneficio del artículo 13 en su alcance para los delitos contra la propiedad. Y además,

⁹³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, p. 14.

⁹⁴ Ver palabras de la H. Senadora Ebensperger y del H. Senador Ossandón. En BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, pp. 21, 26 y 31.

⁹⁵ H. Senadores/as Ebensperger, Insulza, Ossandón y Carvajal.

⁹⁶ Ver intervención y téngase presente de la H. Senadora Allende, e intervenciones de la H. Senadora Rincón, del H. Diputado Rathgeb y del H. Diputado Ibáñez. En BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, pp. 29, 30, 46-48.

⁹⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, p. 43.

⁹⁸ Ver como ejemplos ilustrativos las intervenciones de los H. Diputados Jorge Alessandri y Leonardo Soto. En BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, pp. 40, 41 y 46.

⁹⁹ Aprobado en general y en particular en el Senado el 21 de diciembre de 2021, con 30 votos a favor y 2 abstenciones (de un total de 43 en ejercicio), en calidad de cámara de origen. En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, aprobado por unanimidad de sus cuatro miembros. En sala de la Cámara de Diputados aprobado también por unanimidad.

señalaría que esto era consistente con una “mayor deferencia con los resultados de la consulta indígena desplegada con el Pueblo Rapa Nui”¹⁰⁰.

III. CONCLUSIONES

El caso de estudio, esto es los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua, muestra los matices con que los órganos jurisdiccionales, legislativos y ejecutivos inciden en la validez del derecho y la cultura indígena propia Rapa Nui, expresando diferentes grados de deferencia y diálogo con la autonomía y la consulta indígena.

Asimismo, el caso ilustra cómo las posturas y argumentos diversos de las organizaciones indígenas contrastan con las vías de representación y deliberación autónoma de la población indígena en particular desde la perspectiva de género. En este marco, la consulta indígena destacó por la particularidad de sus resultados y como una culminación de las diversas vías con que las mujeres Rapa Nui históricamente impugnaron las normas en cuestión.

Algunos autores han comentado específicamente la sentencia de inaplicabilidad de este estudio¹⁰¹ apuntando a integrar los elementos teóricos y dogmáticos más allá del argumento de tensión o colisión entre diversidad cultural y derechos de las mujeres en que se resuelve, priorizando un paradigma sobre otro. Villavicencio y Zúñiga proponen y concluyen como solución tentativa agregar la perspectiva interseccional que considera las diferencias intragrupalas determinada por diversos rasgos de la identidad (género, clase y raza)¹⁰².

Como hemos visto, el esquema dual de la colisión fue dominante en todo el devenir institucional y argumentativo de la controversia. El Tribunal Constitucional (TC) finalmente optó por una postura de deferencia hacia la Consulta, aunque de manera tímida. Sin embargo, la fuerza determinante recayó en el poder legislativo, que desestimó los resultados de la Consulta y, con ello, el respeto por la cosmovisión y la cultura Rapa Nui, particularmente en lo que respecta a la integración de la perspectiva de género en su contexto cultural específico.

Aquí sostenemos que, a pesar del resultado, la consulta indígena se ha proyectado, tanto a la interna como en su relación con los demás mecanismos de participación indígena e instituciones estatales, como un mecanismo deliberativo y de diálogo intercultural e intragrupal, que bien implementado puede realzar la posición e influencia del subgrupo

¹⁰⁰ Tribunal Constitucional de Chile, 05.05.2022, rol 12862-2022, considerando décimo primero: *El efecto que ha de producir entonces el proyecto de ley sometido a control, se limita a la penalidad asignada a los delitos contemplados en el Título IX del Libro Segundo del Código Penal (crímenes y simples delitos contra la propiedad), regla especial que había subsistido tras la sentencia de inconstitucionalidad y que evidenció la mayor deferencia con los resultados de la consulta indígena desplegada con el Pueblo Rapa Nui, proceso que tuvo una duración de 16 meses, con todas las dificultades propias de la pandemia y que fue considerado en el motivo 50° de la decisión de este Tribunal.*

¹⁰¹ VILLAVICENCIO y ZÚÑIGA, 2022.

¹⁰² VILLAVICENCIO y ZÚÑIGA, 2022, p. 185.

de mujeres indígenas, sin por ello desatender los matices de la cultura y cosmovisión del grupo indígena que integran.

Una hipótesis propia del esquema de colisión de ambos paradigmas habría sostenido que, frente al enfoque de género, la consulta indígena habría blindado un derecho y cultura indígena opresivos. Sin embargo, el caso de estudio muestra que la consulta indígena puede trascender los límites de una sola perspectiva y materializar el carácter dinámico de la cultura y el derecho indígena.

El caso de estudio realiza la interacción entre la consulta indígena, las audiencias públicas y los diversos Poderes del Estado, como asimismo el debate en torno a su carácter vinculante. Las aristas del caso pueden constituir un punto de referencia para el diseño institucional doméstico de un modelo dialógico constitucional en beneficio de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, como también del derecho propio indígena y la consulta en el ordenamiento constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- BENHABIB, Seyla, 2002, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, Princeton University Press.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1966, *Historia de la Ley 16.441 que Crea la Comuna Subdelegación de la Isla de Pascua*.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2022, *Historia de la Ley 21.451 que Modifica la Ley N° 16.441, que crea el departamento de isla de pascua, en el sentido que indica*.
- CARMONA CALDERA, Cristóbal, 2015, “Hacia una comprensión “trágica” de los conflictos multi-culturales: acuerdos reparatorios, violencia intrafamiliar y derecho propio indígena”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, N°3, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300010>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, Documento: OEA/Ser.L/V/II., Doc. 67.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010, *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos*, Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc 69.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en Las Américas*, Documento OEA/Ser.L/V/II.Doc. 44/17.
- CONFEDERACIÓN DE NACIONALIDADES INDÍGENAS DEL ECUADOR, 1992, Publicación del Órgano de Difusión, septiembre, No 2.
- CORTE IDH, 2001, *Informe del caso María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala)*, Informe N° 4/01, del 19 de enero de 2001.
- CORTE IDH, 2011, *Informe del caso Jessica Lenaban (Gonzales) y otros (Estados Unidos) N°12.626*, Informe N°80/11, del 21 de julio de 2011.
- GARGARELLA, Roberto, 2014, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en Gargarella, Roberto (compilador), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, pp. 119-158.
- GUERRA, Felipe y SÁNCHEZ, Gonzalo, 2021, “La función epistémica del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en Chile”, *Revista Ius et Praxis*, Año 27, N°3.

- LINARES, Sebastián, 2014, “Justicia dialógica interinstitucional: de lege ferenda y de lege lata”, en Gargarella, Roberto (compilador), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, pp. 187-192.
- MARSHALL, Pablo y ZÚÑIGA, Yanira, 2020 “Objeción de conciencia y aborto en Chile”, *Derecho PUCP*, N° 84, pp. 99-130. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.004>
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA, 2021, *Sistematización del Proceso de Consulta Indígena para la “modificación y/o derogación de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua”*.
- OKIN, Susan M., 1998, “Feminism and Multiculturalism: Some Tensions”, *Ethics*, Vol. 108, N°4, pp. 661-684.
- OKIN, Susan M., 1999, “Is multiculturalism bad for women?”, en Cohen, Joshua; Howard, Matthew y Nussbaum, Martha (editores), *Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with respondents*, Nueva Jersey, Princeton University Press, pp. 7- 24.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, 1989, *Recomendación General N°12: Violencia contra la mujer*, Octavo periodo de sesiones, Documento A/44/38. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/196595?ln=es>
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, 1992, *Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer*, Decimoprimer periodo de sesiones.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Asamblea General, 1993, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, 20 diciembre 1993, Documento A/RES/48/104.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comisión de Derechos Humanos, 2005, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer. Misión a Guatemala, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk*, Documento E/CN.4/2005/72/Add.3. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/541832?ln=es>
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 2013, *Estudio sobre la incidencia de la violencia contra las mujeres y las niñas indígenas teniendo presente lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 22 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Documento E/C.19/2013/9. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/746509?ln=es&v=pdf>
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, 2012, *Recomendación General N° 28: relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Documento CEDAW/C/GC/28. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/1303099?ln=es>
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 2015, *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz*, Documento A/HRC/30/41.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, 2017, *Recomendación General N° 35: sobre la violencia por razón de género contra la mujer*, Documento CEDAW/C/GC/35*. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/1305057?ln=es>
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos, 2022, *Las mujeres indígenas y el desarrollo, la aplicación, la preservación y la transmisión de los conocimientos científicos y técnicos, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, José Francisco Calí Tzay*, 51^{er} periodo de sesiones, 09 de agosto de 2022, Documento A/HRC/51/28. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/3985759?ln=es>
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 2021, *Mensaje N° 185-369 al Honorable Senado en Boletín N° 14.610-06*, Sesión 79, Legislatura 369, de fecha 28 de septiembre de 2021.

- SASSEN, Saskia, 1999, "Culture beyond Gender", en Joshua Cohen, Matthew Howard y Martha C. Nussbaum (editores), *Is multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with Respondents*, New Jersey, Princeton University Press, pp. 76-78.
- SIEDER, Rachel, 2018, "Pluralismo jurídico y los derechos de las mujeres indígenas en México: Las ambigüedades de su reconocimiento", en Roger Merino and Areli Valencia (coordinadores), *Descolonizar el Derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*, Lima, Palestra.
- SIERRA, María Teresa, 1997, "Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas", *Revista Alteridades*, Vol. 7, N°14.
- SPECTOR, Horacio, 2014, "Un sistema democrático de control constitucional", en Gargarella, Roberto (compilador), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, pp. 193-208.
- TUSHNET, Mark, 2014, "Revisión judicial dialógica", en Gargarella, Roberto (compilador), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, pp. 105-116.
- VILLAVICENCIO, Luis y ZÚÑIGA, Yanira, 2022, "El caso de la "Ley Pascua". Un enfoque más allá del todo o nada", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXV, N°1.
- VON BENDA-BECKMANN, Keebet y TURNER, Bertram, 2018, "Legal pluralism, social theory, and the state", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2019, Vol. 50, N°3. <https://doi.org/10.1080/07329113.2018.1532674>

Jurisprudencia

- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de noviembre de 2009, caso Yarce y Otras *versus* Colombia.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 16 de noviembre de 2009, caso González y otras (Campo Algodonero) *versus* México.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 4 de agosto de 2000, rol 309-2000.
- TRIBUNAL Constitucional de Chile, sentencia de 18 de abril de 2008, rol 740-07-CDS.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 3 de abril de 2008, rol 1050-2008.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 23 de enero de 2013, rol 2387-2013.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 28 de agosto de 2017, rol 3729-2017.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 29 de enero de 2021, rol 8792-2020.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 5 de abril de 2022, rol 12415-2021.
- TRIBUNAL Constitucional de Chile, sentencia de 5 de mayo de 2022, rol 12862-2022.

Normas jurídicas

- LEY 16.441, Crea el departamento de Isla de Pascua, publicada el 1 de marzo de 1966.
- CONVENCIÓN sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), adoptada el 18 de diciembre de 1979. Publicada en Chile el 9 de diciembre de 1989 por el Decreto N°789 del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- DECLARACIÓN de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada el 20 de diciembre de 1993.
- LEY 19.253, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, publicada el 5 de octubre de 1993.
- CONVENCIÓN Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém Do Pará), adoptada el 6 de septiembre de 1994. Publicada en Chile el 11 de noviembre de 1998, por el Decreto N°1640 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

- CONVENIO Nº 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado el 27 de junio de 1989. Publicado en Chile el 14 de octubre de 2008, por el Decreto Nº 236 (2008) del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- DECLARACIÓN de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada el 13 de septiembre de 2007.
- DECLARACIÓN Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada el 14 de junio de 2016.
- DECRETO Supremo Nº 66 (2013) del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, que Aprueba el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena, publicado el 4 de marzo de 2014.
- RESOLUCIÓN Exenta Nº 74 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, de fecha 11 de febrero de 2020.
- RESOLUCIÓN Exenta Nº 186 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, de fecha 07 de abril de 2020
- RESOLUCIÓN Exenta Nº 279 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, de fecha 25 de mayo de 2020
- RESOLUCIÓN Exenta Nº 907 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, de fecha 13 de febrero de 2021.
- LEY Nº 21.451, Modifica la Ley Nº 16.441, que crea el Departamento de Isla de Pascua, en el sentido que indica, publicada el 28 de mayo de 2022.

El derecho a la asistencia letrada ante la Administración Pública: un derecho reconocido pero no asegurado

*Alejandro Cárcamo Rigbetti**

RESUMEN

El ejercicio del derecho a la defensa en su sentido más amplio es una cuestión que tiene numerosas aristas y presenta diversas complejidades, tanto normativas como de naturaleza práctica. No obstante, uno de sus componentes esenciales, como lo es el derecho a la asistencia letrada, resulta particularmente sensible en el ámbito de la Administración del Estado, por cuanto las personas cotidianamente se ven forzadas o en la necesidad de relacionarse con sus organismos. En dicho contexto, se analizará el actual escenario normativo, demostrando la total insuficiencia de reglas que aseguren efectivamente dicho derecho frente a la Administración Pública.

Derecho a la defensa; racional y justo procedimiento; Administración del Estado

*The right to legal aid before the Public Administration:
a right recognized but not insured*

ABSTRACT

The exercise of the right to defense in its broadest sense is an issue that has numerous aspects and presents various complexities, both normative and practical in nature. However, one of its essential components, such as the right to legal assistance, is particularly sensitive in the field of State Administration, since people are daily forced or in the need to interact with their organisms. In this context, the current regulatory scenario will be analyzed, demonstrating the total insufficiency of rules that effectively ensure said right before the Public Administration.

Right to defense; rational and fair procedure; State Administration

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Talca, Chile. Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, Chile. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Católica del Maule, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5223-0890>. Correo electrónico: alejandrocaramoabogado@gmail.com

Artículo recibido el 18.7.2024 y aceptado para su publicación el 13.1.2025.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo analiza la insuficiencia normativa e institucional existente en el ordenamiento jurídico chileno para asegurar y efectivizar el ejercicio del derecho fundamental a la defensa en el ámbito de la actividad de los órganos de la Administración del Estado —lo que algunos autores relacionan, en términos amplios, con el derecho de acceso a la justicia o a la “justicia pronta o cumplida”¹—, específicamente, en lo que dice relación con el derecho a contar con asesoría o asistencia letrada en el contexto de un procedimiento administrativo, cualquiera sea la naturaleza de este.

Es un hecho público y notorio el que los particulares a diario se ven forzados o, a lo menos, en la necesidad de relacionarse con diferentes organismos que forman parte de la Administración Pública —como la Contraloría General de la República, las Municipalidades o los Servicios Públicos—, ya sea para presentar solicitudes, realizar trámites exigidos por el ordenamiento jurídico o por tener que intervenir en calidad de interesados en procedimientos administrativos de mayor complejidad. En la generalidad de los casos, dichas actuaciones, no dependen de la voluntariedad del sujeto.

En otras palabras, como lo destaca Cordero, “[...] no existe poder estatal de tanta significación cotidiana para los ciudadanos y para el desarrollo institucional del estado de Derecho”², como aquel que se configura al alero del entramado de órganos que constituyen la Administración del Estado.

La situación antes señalada se manifiesta de una manera particularmente sensible, entre otros, en aquella parte de la población que no posee los medios económicos suficientes para costear los gastos de un abogado que pueda asesorar o representar al administrado frente a estos órganos administrativos, muchos de ellos con competencias altamente técnicas o especializadas, ámbito donde el derecho a la defensa jurídica y a la asistencia letrada se debiese presentar, en nuestra opinión, como un derecho de naturaleza “prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida”³.

El análisis que realizaremos demostrará la escasa importancia o la nula preocupación que la problemática planteada genera en el legislador, pese a la existencia de ciertas garantías consagradas a nivel constitucional y en el Derecho internacional de los derechos humanos que se vinculan con la materia.

Esta precaria situación normativa e institucional parece ser el natural correlato de la ausencia de una convicción doctrinaria acerca de la conveniencia de aplicar estándares mínimos de actuación administrativa en favor de los administrados o, en otras palabras, a la tensión que supuestamente generaría en la actividad administrativa la existencia de garantías, por un lado, y la necesidad de un actuar regido por el principio de la eficacia,

¹ ROJAS 2011, p. 186.

² CORDERO 2015, p. 535.

³ GARCÍA y CONTRERAS, 2013, p. 244.

por el otro⁴. En definitiva, parece entenderse *prima facie* que el aumento de lo uno trae aparejado inexorablemente la disminución de lo otro.

Así, es posible preguntarse “hasta qué punto alcanza la extensión de garantías irreductibles y esenciales que hacen a la protección de intereses y derechos fundamentales legítimos y la interdicción de la indefensión, y hasta dónde comienza la estructura regular de procedimientos legales de diverso alcance y materias apropiados al procedimiento específico”⁵.

En este contexto, no es de extrañar que el problema jurídico que pretendemos abordar, es decir, el afianzamiento del derecho a la defensa jurídica y, en particular, a la asistencia letrada ante la Administración del Estado, no haya sido considerado ni analizado mayormente en nuestra dogmática y jurisprudencia nacional.

La hipótesis planteada en este trabajo y que pretendemos demostrar, es que, en la actualidad, no existe en nuestro ordenamiento jurídico un adecuado aseguramiento del derecho fundamental de acceso a la justicia en materias administrativas, particularmente en lo que dice relación con el derecho a contar con asesoría o representación letrada al momento de actuar como interesado en un procedimiento administrativo, cualquiera sea su naturaleza.

El artículo se sistematizará en el siguiente orden. Primeramente, se abordará sucintamente el derecho a la defensa para comprender su vinculación con el derecho de acceso a la justicia (I). En segundo lugar, se examinará la necesidad de exigir garantías mínimas de racionalidad y justicia en los procedimientos administrativos (II). Luego, se revisará y analizará la consagración constitucional del derecho a la defensa o asistencia jurídica (III). En cuarto término, se estudiará el reconocimiento y efectividad de estos derechos a nivel legal en el ámbito administrativo (IV). Finalmente, se expondrán las principales conclusiones que es posible desprender de la investigación.

Desde la perspectiva de la metodología empleada para el desarrollo del trabajo, es importante advertir que este es el de la dogmática jurídica.

I. EL DERECHO A LA DEFENSA Y SU ESTRECHA VINCULACIÓN CON EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Para la adecuada comprensión del derecho a la defensa jurídica en la dimensión específica de contar con asesoría o representación letrada, se torna indispensable relacionar dicha garantía con el derecho de acceso a la justicia, pudiendo advertir que en la dogmática comparada se consigna que:

“El acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental, representa para las personas la puerta de entrada a los distintos cauces institucionales provistos por

⁴ SOTO 2012, p. 309.

⁵ GARCÍA y CONTRERAS, 2013, p. 231.

los Estados para la resolución de sus controversias. Ello implica que, además de abstenerse de incurrir en violaciones, los Estados tienen la obligación positiva de remover los obstáculos que impiden o limitan el acceso a la justicia. Como medio para exigir el goce o restablecimiento de otros derechos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, etc.) ...”⁶.

Según Balmaceda, el acceso a la justicia es “la posibilidad cierta de que las personas obtengan una solución eficaz a sus necesidades jurídicas y judiciales”⁷, aunque, como lo destaca Rosenberg, no basta “con la posibilidad cierta de resolver nuestros problemas de relevancia jurídica, sino que esta debe ser una posibilidad en igualdad y es el Estado el llamado a asegurarnos que así sea, de manera eficaz y eficiente”⁸.

Por su parte, se sostiene que el acceso a la justicia implica que esta “debe ser abierta por igual a todos, sin barreras discriminatorias de ningún tipo, ya sean económicas, culturales, ideológicas, religiosas, étnicas, de ubicación geográfica o, incluso lingüísticas”⁹.

Así, si bien el derecho de acceso a la justicia podría ser entendido limitadamente al ejercicio de derechos ante los tribunales de justicia, lo cierto es que este proyecta sus consecuencias o efectos en todos los espacios institucionales del Estado y, por esta razón, también a la atención o satisfacción de necesidades jurídicas ante y por la Administración, de la que en muchas ocasiones dependerá, al menos inicialmente, el reconocimiento de un derecho o el resguardo de un interés o posición jurídica.

Como lo advierte Bernales, “...el acceso a la justicia, cualquiera sea la denominación que le demos, tiene un origen difuso que impide, como en general con todas las instituciones, establecer un único contexto y una única conceptualización como punto de partida”¹⁰.

El derecho a la defensa, funcional al de acceso a la justicia, se concretiza con la tutela que el orden jurídico les otorga a las personas “para que cuenten con la debida asistencia o intervención de un letrado, independiente si es en el ámbito judicial, administrativo o juicio político. Por tanto, esta prerrogativa es de carácter jurídico y no tan solo judicial”¹¹.

Ahora bien, el panorama en cuanto al reconocimiento y ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia y, con ello, del derecho a la defensa en el ámbito administrativo, no es baladí. Por el contrario, reviste la máxima importancia si comprendemos al procedimiento administrativo ya no solo como un mero elemento formal o adjetivo del acto administrativo, sino que como el cauce oficial previsto por la ley para que el órgano administrativo, con la activa participación y colaboración de los particulares, conozca, determine y compruebe los antecedentes fácticos, técnicos y jurídicos necesarios para

⁶ DESPOUY 2008, p. 115.

⁷ BALMACEDA 2000, p. 722.

⁸ ROSENBERG 2009, p. 201.

⁹ AHRENS *et al.*, 2015, p. 57.

¹⁰ BERNALES 2019, p. 282.

¹¹ ULLOA 2024, p. 297.

adoptar fundadamente la decisión terminal correspondiente y, a su vez, el espacio institucionalizado dentro del cual el administrado puede efectivamente hacer valer sus intereses.

Se suma a lo anterior, la relevancia que el procedimiento administrativo reviste desde la perspectiva del eventual control jurisdiccional posterior de lo decidido en dicha sede, ya que el juez, en la medida que exista un racional y justo procedimiento previo, donde el administrado haya podido intervenir con asistencia técnica, efectuando alegaciones, rindiendo pruebas, impugnando el acto terminal, etcétera, podrá escrutar no solo el acto respectivo, sino que también lo obrado en el procedimiento y el respeto, en ese contexto, a los derechos del administrado.

Desde esta perspectiva, el derecho a la defensa jurídica, siguiendo las nociones de García y Contreras¹², se vincula, sustantivamente, a la interdicción de la indefensión y, formalmente, al principio de contradicción. Este último principio, dicho sea de paso, es uno de los que rigen el procedimiento administrativo conforme con los artículos 4° y 10 de la Ley N° 19.880¹³, constituyéndose “en una manifestación del derecho constitucional a un procedimiento racional y justo, dentro del cual se comprende el derecho a la defensa (artículo 19 N° 3 de la Constitución), tal como lo ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional”¹⁴⁻¹⁵.

Esto, a nuestro juicio, constituye una pieza estructural del engranaje que compone el derecho de acceso a la justicia para la satisfacción de las necesidades jurídicas de la población.

II. ACERCA DE LA EXIGIBILIDAD DE LA OBSERVANCIA Y APLICACIÓN DE GARANTÍAS MÍNIMAS DE RACIONALIDAD Y JUSTICIA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Como lo señalamos en la introducción de este trabajo, en la actualidad no parece existir un amplio acuerdo en la doctrina nacional respecto de la conveniencia o necesidad de considerar determinadas garantías en favor de los administrados dentro de los procedimientos administrativos que permitan cristalizar su racionalidad y justicia.

En efecto, se cuestiona la supuesta tensión que generaría en la actividad administrativa la existencia de garantías, por un lado, y la necesidad de un actuar regido por el principio de la eficacia, por el otro¹⁶. En otros términos, la exigencia de observar el interés público por sobre los intereses privados involucrados, quedaría, eventualmente, en entredicho.

En nuestra opinión, dicha dicotomía resulta artificiosa, fruto de una inadecuada comprensión de la relación que existe o debe existir entre el ejercicio de los derechos de

¹² GARCÍA y CONTRERAS, 2013, p. 261.

¹³ Ley 19.880, 2003.

¹⁴ CORDERO 2023, p. 632.

¹⁵ Tribunal Constitucional, 18.10.2018, rol 3770-17.

¹⁶ SOTO 2012, p. 309.

los administrados y los fines que la Administración del Estado debe alcanzar por medio de sus potestades públicas.

Como lo consigna Cordero, “el principio de celeridad y su claro predominio no significan en modo alguno la posibilidad del desarrollo de los procedimientos con desconocimiento de los derechos e intereses legítimos a los que la resolución que recaiga en ellos pudiera afectar”¹⁷.

El razonable aseguramiento de los derechos de los interesados en el marco de un procedimiento no persigue entorpecer su desarrollo ni aumentar la conflictividad en sede administrativa, sino que, por el contrario, busca alcanzar decisiones ajustadas a los antecedentes fácticos y a los criterios técnicos y jurídicos concurrentes en cada caso, para conseguir una buena administración¹⁸, entendida como “una Administración que atiende a los fines que la justifican”¹⁹.

Ferrada y Fernández, por su parte, derechamente se preguntan si la exigencia del debido proceso establecida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, es aplicable a los órganos administrativos, respondiendo a ello que:

“la jurisprudencia y doctrina mayoritaria ha sido constante en exigir este requisito respecto de los procedimientos administrativos, no solo en los casos en que los órganos de la Administración actúen en el marco de un procedimiento disciplinario, sino también cuando resuelven ordinariamente cualquier tipo de materias. Ello [...] no nos parece acertado jurídicamente, ya que confunde la jurisdicción, como actividad, con la capacidad resolutoria inicial de la Administración del Estado, atribuyendo a esta última los principios y reglas de la primera”²⁰⁻²¹.

En nuestra opinión, el reconocimiento de la racionalidad y justicia en el procedimiento administrativo, en cuanto exigencia constitucional, no se puede interpretar como una translación automática de todas y cada una de las garantías constitutivas de un debido proceso judicial –con igual naturaleza e intensidad– al ámbito administrativo, ya que, lógicamente, como lo precisan los mismos autores citados, “ello llevaría al absurdo de que en los procedimientos administrativos siempre se estaría infringiendo un aspecto del debido proceso, como es la imparcialidad del órgano resolutor, ya que este es siempre parte del conflicto administrativo”²².

Por el contrario, desde nuestra perspectiva, se trata de exigir la observancia de mínimas garantías de actuación en favor de los administrados, las que deben ser establecidas y modeladas adecuadamente por el legislador, para asegurar que la decisión que

¹⁷ CORDERO 2023, p. 632.

¹⁸ VAQUER 2011, p. 107; FERNÁNDEZ, 2020, p. 63.

¹⁹ ALAGÓN 2019, p. 680.

²⁰ FERRADA y FERNÁNDEZ, 2004.

²¹ A la misma respuesta habían arribado en un trabajo anterior, los autores BORDALÍ y FERRADA, 2002, pp. 187-205.

²² FERRADA y FERNÁNDEZ, 2004.

se adopte por el órgano al término del procedimiento administrativo aparezca revestida de justicia y razonabilidad. Estas dependerán “del objeto del procedimiento, es decir, de la relación o las relaciones jurídicas sustantivas que estén en su base y, en consecuencia, de la naturaleza y el alcance de los derechos e intereses de personas distintas a la Administración actuante en el implicado, así como el grado de esta implicación”²³.

En definitiva, no puede ni podría existir una incompatibilidad absoluta entre el desarrollo de una actividad administrativa tendiente a alcanzar y satisfacer fines de interés general, con el debido respeto a derechos mínimos de actuación reconocidos a los administrados, ya que lo contrario implicaría sacrificar todo medio en pos del fin. El valor constitucional del bien común y el principio de servicialidad del Estado –artículo 1º, inciso 4º– abonan nuestro planteamiento.

Por esta razón, como lo sostiene Navarro, dentro de las particularidades del justo y racional procedimiento e investigación se encontraría –entre otros– su plena aplicabilidad a las actuaciones de los órganos que integran la Administración del Estado²⁴.

Lo señalado aparece ratificado por la jurisprudencia constitucional, la que sostiene que “aunque se trate de potestades que no suponen ejercicio de jurisdicción ciertamente deben sujetarse a los parámetros propios de un debido proceso”²⁵. Claro está, los órganos integrantes de la Administración del Estado de modo alguno están facultados para ejercer funciones judiciales²⁶, lo que no obsta a que sus decisiones pueden y, en la mayoría de los casos, afecten directamente a los administrados.

De este modo, adhiriendo a la tesis jurídica de que toda actividad administrativa debe sujetarse a ciertos parámetros de razonabilidad y justicia, sin que ello deba confundirse con el debido proceso judicial, a continuación analizaremos un aspecto integrante de aquello pero escasamente tratado en la dogmática nacional, como lo es, el derecho a la defensa jurídica y, en particular, a la asistencia letrada en los procedimientos administrativos.

III. EL DERECHO A LA DEFENSA JURÍDICA Y A LA ASISTENCIA LETRADA EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Nuestra Constitución Política de la República²⁷ vigente se preocupa de modelar en sus aspectos mínimos o bases esenciales la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y, dentro de ello, el derecho a la defensa y el derecho a un racional y justo procedimiento, todo, en su artículo 19 N° 3.

Desde ya, es oportuno consignar que la Constitución Política no refiere –al menos expresamente– al derecho fundamental de acceso a la justicia, como tampoco al debido

²³ CORDERO 2023, p. 632.

²⁴ NAVARRO 2011, p. 23.

²⁵ Tribunal Constitucional, 26.6.2008, rol 766-07.

²⁶ Tribunal Constitucional, 5.9.2006, rol 499-06; Tribunal Constitucional, 30.1.2007, rol 554-06.

²⁷ Decreto 100, 2005.

proceso²⁸, ni mucho menos al debido procedimiento administrativo. Así, de aceptar su reconocimiento, nos encontraríamos frente a derechos implícitos, es decir, aquellos que constituyen “una expansión del contenido de un derecho expreso por su aplicación a supuestos fácticos nuevos”²⁹.

La norma constitucional referida asegura a todas las personas –sin distinciones– la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, estableciendo dentro de ello el derecho a la defensa jurídica –incisos 2º, 3º y 4º–, referido fundamentalmente –aunque no exclusivamente³⁰– al ámbito judicial, agregando en su inciso 6º que: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Según lo ha precisado el Tribunal Constitucional, conforme con la “historia fidedigna de la disposición constitucional es posible comprender, en primer lugar, que se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso”³¹.

Por su parte, según lo consignan Verdugo, Pfeffer y Nogueira,

“[...] en el actual texto, la garantía comprende a todo “órgano que ejerza jurisdicción”. Esto es, según se dijo durante el debate: todo órgano que resuelva una controversia en el orden temporal, tribunales ordinarios, administrativos, Contraloría General de la República, Impuestos Internos, arbitrales, etc. (Sesión N° 103, pág. 14). El vocablo “sentencia” no se refiere exclusivamente a la sentencia judicial, en el sentido técnico-procesal, sino a cualquier “resolución”, de cualquier autoridad que le corresponda conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado en relación con un asunto civil o criminal, es decir, que ejerza jurisdicción. Ahora bien, la validez de dicha “resolución” dependerá de si se ha fundado o no en un “proceso previo legalmente tramitado”. Si no se sustenta o apoya en un proceso que tenga el carácter de previo, y que haya sido tramitado de acuerdo con la ley, podría solicitarse su nulidad”³².

Desde dicha dimensión y pese al claro tenor procesal judicial de la garantía, en nuestra opinión –como lo adelantábamos en el acápite precedente–, la misma se extiende y resulta plenamente exigible en el ámbito de la actuación de los órganos de

²⁸ GARCÍA y CONTRERAS, 2013, p. 230.

²⁹ REY 2010, p. 1478.

³⁰ El inciso 2º, del artículo 19 N° 3, prescribe: “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos”.

³¹ Tribunal Constitucional, 21.10.2010, rol 1518-09.

³² VERDUGO *et al.*, 1999, p. 222.

la Administración del Estado, en cuanto constituyen entidades públicas dotadas de poder de decisión, ello, sin perjuicio de las matizaciones que se requieran en atención a la especial situación posicional de la Administración del Estado, la naturaleza de su actividad y los fines que debe satisfacer. En otras palabras, las garantías deben ser adaptadas por el legislador a la naturaleza de los procedimientos³³, con diferente intensidad. No obstante, ellas no pueden ser ignoradas o suprimidas, por cuanto es innegable que los procedimientos –incluidos los administrativos– buscan preservar “la garantía de la seguridad jurídica del individuo frente al poder”³⁴.

En este contexto el derecho a la defensa jurídica y, en particular, a la asistencia letrada, se presenta como un componente central –básico y esencial–, debido a que el “mundo jurídico es constitutivo de un lenguaje nuevo, técnico, sistemático e impenetrable”³⁵, lo que no se limita solo al ámbito jurisdiccional, sino que también al administrativo.

Así, tal y como lo señalamos en la introducción de este trabajo, dicho aspecto resulta “particularmente sensible en amplios sectores de la ciudadanía, en ámbitos socioeconómicos postergados y en minorías especiales”³⁶.

Según Oelckers,

“[...] la garantía del debido proceso que reconoce el Art. 19 N° 3 inc. 5°, en el ámbito administrativo se manifiesta en una doble perspectiva: a) el derecho a defensa que debe ser reconocido como la oportunidad para el administrado de hacer oír sus alegaciones, descargos y pruebas y también b) como el derecho de exigir de la Administración Pública el cumplimiento previo de un conjunto de actos procedimentales que le permitan conocer con precisión los hechos que se imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos”³⁷.

Así, a modo de resumen, es admisible consignar que el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República mandata bajo una amplia fórmula al legislador³⁸ para: a) definir la forma en que toda persona tiene derecho a defensa jurídica –inciso 2°–; b) regular dicho derecho a la defensa en lo que concierne a los aspectos administrativos o disciplinarios de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública –inciso 2°–; c) arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos –inciso 3°–; y, d) modelar las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos –inciso 6°–.

En este escenario normativo no es posible olvidar que, conforme con lo dispuesto en el artículo 63 N° 18 de la Carta Fundamental, es materia propia de ley, “las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública”,

³³ GARCÍA y CONTRERAS, 2013, p. 243.

³⁴ RIVERO 1997, p. 21.

³⁵ GARCÍA y CONTRERAS, 2013, p. 261.

³⁶ GARCÍA y CONTRERAS, 2013, pp. 261-262.

³⁷ OELCKERS 1999, p. 272.

³⁸ GARCÍA y CONTRERAS, 2013, p. 240.

espacio en el que deben o deberían contemplarse las garantías mínimas de actuación, en especial, el aseguramiento del derecho a contar con asistencia letrada.

El Tribunal Constitucional ha señalado que “el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso”³⁹.

Todo lo anterior debiera augurar la existencia de una legislación que complemente y regule las garantías y derechos mínimos consagrados en el texto constitucional, en el ámbito administrativo, pero, como lo veremos más adelante, en lo que refiere a la efectividad del derecho a contar con asesoría o representación letrada, ello constituye solo un espejismo.

Según lo advierte la doctrina⁴⁰, “[...] como una muestra de la configuración semántica de nuestra CPR, encontramos una serie de derechos fundamentales que no son sino meras directrices de contenido tan amplio que terminan siendo, lamentablemente, tristes declaraciones de buena voluntad al no alcanzar un adecuado y cabal desarrollo legislativo”. Así, se realza “la necesidad de contar con un Estado que participe activamente, generando condiciones y medios eficaces de acceso a la justicia para toda la población y no limite su rol al de mero promotor pues, con ello, se evita que los derechos sean meramente simbólicos y se consigue su real protección al posibilitarse su ejercicio por parte de todos los integrantes de la nación”.

Lo prescrito en la Carta Fundamental debe ser complementado con lo dispuesto en el Derecho internacional de los derechos humanos, en particular, con lo señalado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴¹ y en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴², tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, los que en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° del texto constitucional, forman parte de nuestro Derecho interno constituyendo un límite al ejercicio de la soberanía.

Así, resulta

“[...] evidente que las garantías de carácter procesal consagradas en estos cuerpos normativos, se encuentran interrelacionadas influyéndose mutuamente, por ello es casi una perogrullada concluir que para que haya una igual protección en el ejercicio de los derechos de las personas, estas deben contar con la posibilidad real y efectiva de ejercerlos, lo cual se logra con un adecuado sistema de acceso a la justicia”. “En palabras simples, la normativa internacional le exige resultados a los discursos de buenas intenciones; exige que se ejecuten las políticas gubernamentales necesarias

³⁹ Tribunal Constitucional, 7.7.2011, rol 1838–10.

⁴⁰ ROSENBERG 2009, p. 201.

⁴¹ Decreto 778, 1989.

⁴² Decreto 873, 1991.

para el real, eficaz y suficiente ejercicio de los derechos fundamentales que nuestra carta fundamental consagra, porque de nada sirven las garantías de papel”⁴³.

En definitiva, el derecho a la defensa y la garantía del racional y justo procedimiento ante todo órgano público dotado de poder de decisión es, sin lugar a duda, un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política de la República y en el Derecho internacional, no obstante, es posible advertir que ello es solo un aspecto o dimensión del derecho de acceso a la justicia, no siendo cuestiones totalmente coincidentes⁴⁴.

Conforme fue revisado del artículo 19 N° 3 de la Constitución, corresponde al legislador, en términos simples, determinar la forma en que toda persona tiene derecho a la defensa jurídica –especialmente, respecto de quienes carecen de los medios económicos para financiarla–, estableciendo así una de las garantías mínimas de un racional y justo procedimiento.

Conforme con el Diccionario de la Real Academia Española, el término “racional” significa “arreglada a la razón” y “razón” es “justicia”. Por su parte, “justo” significa “que obra según justicia y razón” y “justicia” es “derecho, razón, equidad”⁴⁵.

Según lo señala nuestra doctrina nacional,

“como estos conceptos son, ciertamente, muy genéricos y se prestan para entenderlos con variado criterio, la Comisión de Estudio que elaboró la norma prefirió referirse al “racional y justo procedimiento” en vez de enumerar cuáles son las garantías reales del debido proceso, obviando así la dificultad de tipificar específicamente los elementos que lo componen y el riesgo de omitir algunos. Con todo, acordó dejar constancia en actas, para la historia fidedigna de la disposición, que sus miembros coincidían en que eran garantías mínimas de un racional y justo proceso permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba correspondiente (Sesión N° 103, págs. 19 y 20)”⁴⁶.

Desde dicha dimensión dogmática, la adecuada defensa, no es posible comprenderla, si no es asegurando –efectivizando– el derecho de las personas –particularmente de quienes carecen de los medios de subsistencia necesarios– a contar con asesoría o representación letrada al momento de presentar solicitudes o intervenir en un procedimiento de naturaleza administrativa, en la medida que ello sea requerido.

No obstante, aquella doctrina nacional que refiere a la garantía de la racionalidad y justicia del procedimiento administrativo, omite pronunciarse acerca de la exigibilidad de una norma que asegure –o de una institucionalidad que preste– el servicio de asistencia o representación profesional en ese contexto.

⁴³ ROSENBERG 2009, pp. 207-208.

⁴⁴ CAPELLETTI y GARTH, 1983, pp. 19-23.

⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2024.

⁴⁶ VERDUGO *et al.*, 1999, p. 222.

Si bien la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y del Tribunal Constitucional refieren a la aplicabilidad de un debido proceso en el ámbito de la actividad administrativa, lo hacen en términos generales, sin precisar un listado de garantías exhaustivo, lo que encontraría su justificación en “[...] la funcionalidad del control, que más allá de orientarse a determinar el contenido positivo del concepto, solo permite determinarlo en un sentido negativo, por la sanción de actos incompatibles con un estándar en principio aplicable”⁴⁷.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha precisado que “el derecho a la defensa jurídica y las condiciones de libertad en las que debe verificarse la debida intervención del letrado en el procedimiento constituyen piezas fundamentales en el justo y debido proceso y pertenecen a las más antiguas tradiciones de la justicia y del derecho”⁴⁸. Se añade que, “el derecho a la defensa jurídica tiene una relación sustancial con el de igual protección de la ley en términos tales que viene a precisar el sentido y alcance de la protección que el legislador debe otorgar al ejercicio de los derechos de las personas referida al ámbito específico de la defensa jurídica de ellas ante la autoridad correspondiente”⁴⁹. Así, el derecho a la defensa “debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles”⁵⁰.

De este modo, en nuestra opinión, el derecho a la asistencia letrada, tanto desde la dimensión constitucional como del Derecho internacional de los derechos humanos, debe ser garantizado no solo en el contencioso administrativo, sino que, también, de manera previa, frente a la actividad de la Administración Pública o dentro del procedimiento administrativo, ámbito donde los administrados tienen reconocidos por el ordenamiento jurídico derechos mínimos de actuación.

La decisión o intervención administrativa es manifestación del ejercicio del poder público, encontrándose inmersa en aspectos fácticos, elementos técnicos y presupuestos jurídicos. Así, cuando el ordenamiento jurídico reconoce competencia a un órgano administrativo, atribuyéndole una potestad pública, es este el llamado a adoptar unilateralmente la decisión en consideración a la juridicidad, al mérito y a la gestión, la que, en la mayor parte de los casos, afectará, favorable o desfavorablemente, al interesado. En cambio, el control judicial del acto formal o de la actuación material del órgano administrativo supone un último espacio o reducto institucional donde el interesado busca reconocimiento o protección de un derecho, de un interés o de una posición jurídica. La revisión judicial es eventual y posterior, teniendo como objeto el escrutinio de la juridicidad de la actuación, mas no la sustitución o subrogación del administrador por el juez. De este modo, la función administrativa y la judicial se sitúan en momentos y

⁴⁷ HARRIS 2017, p. 6.

⁴⁸ Tribunal Constitucional, 29.5.2007, rol 621-06.

⁴⁹ Tribunal Constitucional, 28.1.2008, rol 1001-07.

⁵⁰ Tribunal Constitucional, 17.6.2006, rol 376-03.

planos diversos, con finalidades disímiles, lo que en nuestro parecer justifica asegurar el derecho a la asistencia letrada en ambos contextos.

En suma, el garantizar el derecho en análisis en sede administrativa resulta útil y necesario para la debida comprensión de la regulación aplicable y de los derechos cuyo ejercicio corresponde al administrado; lo que, estimamos, contribuye o favorece en la adopción de decisiones administrativas más razonables, ponderadas y fundadas.

IV. EL DERECHO A LA DEFENSA JURÍDICA Y A LA ASISTENCIA LETRADA A NIVEL LEGAL

Desde el punto de vista legal, si ya en materia judicial resulta tremendamente cuestionable e insuficiente la configuración del derecho a contar con asesoría y asistencia letrada –como es denunciado y analizado por Rosenberg⁵¹–, en el ámbito administrativo el escenario es simplemente desolador.

Si bien la exigencia de racionalidad y justicia del procedimiento aparece expresa y específicamente consagrada en materias disciplinarias, prescribiendo el inciso 2° del artículo 18 de la Ley N° 18.575⁵² que: “En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento”; los principales cuerpos estatutarios –a saber, la Ley N° 18.834⁵³ y la Ley N° 18.883⁵⁴– guardan sepulcral silencio en cuanto al derecho a contar, en la realidad de los hechos, con un abogado que asista al funcionario en su defensa.

Por su parte, la Ley N° 19.880 vino a colmar un sensible vacío existente en nuestro ordenamiento jurídico, regulando integralmente las bases de un procedimiento administrativo general, incorporando garantías de racionalidad y justicia⁵⁵, como, por ejemplo, mediante la consagración de los principios de imparcialidad –artículo 11–, de abstención –artículo 12–, de contradictoriedad –artículo 10–, de impugnabilidad –artículo 15– y de publicidad y transparencia –artículo 16–.

Vergara, refiriendo a la regulación contenida en la Ley N° 19.880, ha señalado que:

“[...] encontramos consagradas nuevas bases de las que se derivan nuevos estándares o principios, a través de las normas indicadas que incorporan por esa vía nuevos estándares de seguridad, certeza y justicia; todo lo cual es, por lo demás, propio de toda ley nueva que se precie de respetar las garantías fundamentales, en este caso las derivadas de la garantía de la igualdad ante la ley y de la necesidad preceptiva de respetar por la Administración en su actuar, procedimientos racionales y justos”⁵⁶.

⁵¹ ROSENBERG 2009, pp. 199-211.

⁵² Ley N° 18.575, 2001.

⁵³ Ley N° 18.834, 2005.

⁵⁴ Ley N° 18.883, 1989.

⁵⁵ CÁRCAMO 2022, pp. 16-17.

⁵⁶ VERGARA 2007, p. 38.

No obstante, ello no soluciona la problemática planteada en este trabajo, es decir, el derecho a contar, si así se requiere, con defensa jurídica efectiva por medio de la asistencia o asesoría profesional, pese a que la jurisprudencia constitucional ha sentenciado que:

“Al encomendar a la ley el arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos, el constituyente tuvo en consideración el que una materia tan relevante no fuera alterada por vía administrativa u otro mecanismo, asegurando que las personas que lo requieran, puedan en los hechos ejercer su derecho al asesoramiento y defensa jurídica”⁵⁷.

En efecto, fuera de lo señalado, la Ley N° 19.880 en su artículo 17, enuncia un conjunto de derechos de las personas en sus relaciones con la Administración, no obstante, no reconoce, ni mucho menos garantiza, el que las personas, ni siquiera aquellas en condición de vulnerabilidad por escasez de medios económicos u otras circunstancias calificadas, puedan acceder a la orientación o representación de un abogado gratuitamente.

Ahora bien, el inciso 1° del artículo 22 del cuerpo normativo citado precedentemente prescribe que los interesados podrán actuar por medio de apoderados, precisando a continuación las facultades que se entienden conferidas en virtud de la constitución del poder. Por su parte, en su inciso 2° se consignan las formas en que puede constituirse válidamente el poder en sede administrativa.

Como es posible apreciar, la normativa legal reconoce pero no asegura el que todas las personas puedan, en igualdad de condiciones, contar con un letrado que las oriente, asesore o represente defendiendo sus derechos, intereses o posiciones jurídicas. Es más, el inciso 1° del artículo 22 utiliza la voz “podrán”, lo que se traduce en una mera facultad, que, como es lógico, solo podrán ejercer aquellas personas que cuenten con los medios económicos suficientes para acceder a un profesional.

Asimismo, el inciso 3° del artículo 10 de la Ley N° 19.880, a propósito del principio de contradictoriedad, el que constituye un aspecto esencial del debido procedimiento en el ámbito administrativo⁵⁸, porque confirma la existencia de un “sistema de garantías que procura la obtención de decisiones justas, coherente con las necesidades públicas”⁵⁹, establece que “los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses”. Como lo señala la doctrina⁶⁰, este principio no solo constituye un derecho, sino que se configura como un deber para la Administración, concretizando el derecho a la defensa de los administrados en sus relaciones con esta⁶¹.

Pese a lo anterior, nuevamente la norma analizada utiliza la expresión “podrán”, lo que evidentemente denota el carácter facultativo de dicha medida, sin perjuicio de

⁵⁷ Tribunal Constitucional, 31.3.2008, rol 755-07.

⁵⁸ CORDERO 2023, p. 633.

⁵⁹ Contraloría General de la República, 7.2.2017, N° 4473N17.

⁶⁰ CORDERO 2023, p. 633.

⁶¹ Corte Suprema, 9.5.2016, rol 62.128-2016.

ello, agrega que, “en cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento”, contradictoriedad e igualdad que difícilmente podrán estimarse cumplidas, ni mucho menos aseguradas, si algunos interesados cuentan con asistencia letrada y otros no, poniendo en riesgo el equilibrio necesario al interior del respectivo procedimiento al existir, como en no pocos casos ocurre, intereses particulares contrapuestos.

De este modo, en el escenario expuesto, la igualdad de trato y la igualdad de medios jurídicos quedan seriamente amenazados en el contexto del procedimiento administrativo, por cuanto no existirá la “similitud de oportunidades que tanto la Administración Pública como los particulares interesados deben tener en el planteamiento, defensa y prueba de sus intereses”⁶².

Todo parece indicar que al no existir obligación legal de comparecer en materias o procedimientos administrativos por medio de un abogado –lo que aparece ratificado conforme con lo dispuesto en el inciso 11, del artículo 2° de la Ley N° 18.120⁶³–, nuestro legislador no se ha visto en la necesidad de prever mecanismos ni una institucionalidad tendientes a otorgar dicha asesoría técnica a las personas –salvo en situaciones excepcionalísimas, como, por ejemplo, en la Ley N° 21.325⁶⁴, a propósito de materias migratorias⁶⁵–.

Lo anterior dista notoriamente de lo que ocurre en materia judicial, ámbito donde existe la Corporación de Asistencia Judicial, los abogados de turno, las clínicas jurídicas de las Universidades, la Defensoría Penal Pública –en materia penal–, la Defensoría Laboral –en ámbitos del Derecho del trabajo–, pese a las críticas que, igualmente, se formulan a algunos de dichos mecanismos de defensa judicial⁶⁶.

La situación constatada en este trabajo nos parece de suma urgencia y gravedad, debido a que según lo consigna Cordero, la Ley N° 19.880 trajo aparejada la generación de un espacio de exposición de intereses públicos y privados, y un lugar de deliberación pública –un ámbito de composición de intereses generales y variados–; la democratización del procedimiento administrativo y el ejercicio de las funciones público-administrativas; la configuración del procedimiento administrativo como un mecanismo para adoptar y sostener decisiones legítimas –medio de revelación y encuentro de información–; como mecanismo útil y esencial para el control judicial –el expediente administrativo⁶⁷–.

Así, se sostiene que “[...] el procedimiento administrativo ya no cumple una finalidad estrictamente formal, es decir, un medio o cauce de formación de la voluntad

⁶² BERMÚDEZ 2014, pp. 186-187.

⁶³ Ley N° 18.120, 1982.

⁶⁴ Ley N° 21.325, 2021.

⁶⁵ En esta se encomienda la tarea de representación y defensa del migrante en sede administrativa, a la Corporación de Asistencia Judicial.

⁶⁶ ROSENBERG 2009, pp. 199-212.

⁶⁷ CORDERO 2008, pp. 325-355.

administrativa, sino que se ha transformado en un espacio de deliberación pública y un sofisticado y adecuado sistema de protección de garantías de los ciudadanos”⁶⁸.

En otras palabras, como lo destaca la doctrina extranjera: “la fuente de la autoridad administrativa reside precisamente en la elaboración razonada de todos sus actos, para no presentarlos como fruto de la simple y desnuda voluntad”⁶⁹.

No obstante los aspectos positivos resaltados, queda en evidencia que, claramente, no todas las personas podrán participar o, al menos, intervenir en igualdad de condiciones en el contexto de un procedimiento administrativo, ya que habrá quienes podrán hacerlo debidamente asesorados o representados y, otros, que simplemente lo tendrán que hacer personalmente, en no pocos casos, con nulos o escasos conocimientos jurídicos y técnicos, pudiendo ver afectados sus intereses y derechos.

Desde esta dimensión, no es posible olvidar que, en muchas ocasiones, en el procedimiento administrativo no solo se enfrenta el interés privado del particular con el interés público por el que debe velar el órgano administrativo, sino que puede existir contraposición de intereses privados, en cuyo caso la afectación de la igualdad de armas puede resultar manifiesta. Es por ello –aunque resulte hasta cierto punto paradójal– que el inciso final del artículo 10 de la Ley N° 19.880 impone como una carga del órgano administrativo instructor del procedimiento, el adoptar las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.

No obstante, el acceso a la justicia en el ámbito administrativo no estará adecuado ni razonablemente garantizado mientras el Estado no provea de un servicio especializado de asistencia o representación letrada a los particulares que no puedan acceder a este con sus propios medios.

CONCLUSIÓN

La ausencia de un sólido consenso dogmático en el medio jurídico nacional relativo a la necesidad y conveniencia de exigir estándares de actuación procedimentales que aseguren la racionalidad y justicia en materias administrativas, parece generar la inexistencia de medios o de una institucionalidad técnica que preste el servicio de asistencia o asesoría jurídica a las personas ante los órganos administrativos.

En efecto, debido a la carencia de una norma legal que complemente o desarrolle el derecho a la defensa jurídica de las personas en el ámbito de la actuación de los órganos de la Administración del Estado –prevista en el artículo 19 N° 3 de la Constitución– y que, en definitiva, concrete la obligación del Estado de otorgar asesoría o defensa a las personas en el contexto de procedimientos administrativos y, en general, en todas sus relaciones con los órganos de la Administración Pública, en la práctica, estas solo en la

⁶⁸ CORDERO 2008, pp. 353-354.

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA 2009, pp. 150-151.

medida que dispongan de los medios económicos suficientes podrán optar al ejercicio de dicho derecho, generando una manifiesta violación de la garantía de la igualdad ante la ley –artículo 19 N° 2– y de la igualdad ante la justicia –artículo 19 N° 3–.

El aseguramiento del derecho a la asistencia letrada no puede encontrarse limitado o quedar condicionado exclusivamente al contencioso administrativo, porque la sede judicial solo constituye una fase eventual y posterior de revisión de la juridicidad de lo ya obrado o decidido por la Administración del Estado.

En este contexto, nos parece que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en deuda, en cuanto a prever los medios o una institucionalidad que permita el efectivo ejercicio del derecho al acceso a la justicia en el ámbito administrativo. Dicho desafío no debe ser minimizado, considerando que es con el Estado Administrador con quien, en mayor medida, se relacionan regularmente las personas.

Así, la problemática planteada debe ser observada con atención, no solo por el permanente aumento de la presencia del Estado administrador en diversos ámbitos de la vida cotidiana de las personas, sino que, adicionalmente, debido a que en algunos procedimientos administrativos se enfrenta el interés privado de quien interviene con el prevalente interés público por el que la Administración naturalmente debe velar; pero en otros, es perfectamente posible la colisión de intereses jurídicos privados contrapuestos, escenario donde aquellos que cuenten con medios económicos suficientes podrán optar privilegiadamente a la asesoría profesional, a diferencia de aquellos que no dispongan de ellos.

Adicionalmente, la complejidad y tecnicidad de las numerosísimas materias que son de competencia de los diversos organismos que conforman la Administración del Estado, en ocasiones, hace indispensable contar con el apoyo de un profesional, que, desde su expertiz técnica, oriente o represente al particular ante el órgano público.

No obstante, pese a su importancia, el derecho a la asistencia letrada en el ámbito administrativo no ha merecido toda la atención que parece deseable y exigible en nuestro medio jurídico nacional, constituyendo en nuestra opinión una exigencia estructural del procedimiento, como una garantía mínima de racionalidad y justicia para su correcto desarrollo, en la medida que ello sea requerido por el administrado.

Si bien la designación de un abogado constituye un derecho reconocido para el administrado en nuestro ordenamiento legal, desde la perspectiva estatal, configura un deber jurídico constitucional el proveer de los medios al efecto a quienes no puedan costear dicha asesoría o representación profesional, desafío pendiente que debe ser abordado por la vía legislativa o, en su defecto, mediante la implementación de una adecuada política pública.

BIBLIOGRAFÍA

- AHRENS, H., ROJAS, F., y SAINZ, J., 2015, *El acceso a la justicia en América Latina: Retos y desafíos*, San José de Costa Rica, Perspectiva Digital S.A.
- ALAGÓN SERRANO, Javier, 2019, "La discrecionalidad de los organismos reguladores y su control judicial", *Actualidad Administrativa*, Valencia, Tirant lo blanch, pp. 665-683.
- BALMACEDA JIMENO, Nicolás, 2000, "Corporaciones de Asistencia Judicial y abogados de turno: ¿incumplimiento de una garantía constitucional?", *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 27, Nº4, octubre - diciembre, pp. 721-733. <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/77038/58160>
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 2014, *Derecho Administrativo General* (tercera edición actualizada), Santiago, Legal Publishing – Thomson Reuters.
- BERNALES ROJAS, Gerardo, 2019, "El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *Revista Ius et Praxis*, Año 25, Nº 3, pp. 277-306. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v25n3/0718-0012-iusetp-25-03-277.pdf>
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, 2002, "Las facultades juzgadoras de la Administración: una involución en relación al principio clásico de la división de poderes", *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, Vol. XIII, pp. 187-205. <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2788>
- CAPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, 1983, *El acceso a la justicia*, Traducción de Samuel Amaral, Buenos Aires, Gráfica Pafernor.
- CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro, 2022, *Manual de Estudio Procedimiento Administrativo*, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.
- CORDERO VEGA, Luis, 2008, "El Procedimiento Administrativo: desarrollo y perspectivas", *Derecho Administrativo 120 Años de Cátedra*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 325-355.
- CORDERO VEGA, Luis, 2015, *Lecciones de Derecho Administrativo* (segunda edición), Santiago, Legal Publishing.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2023, *Curso de Derecho Administrativo*, Valparaíso, Derecho PUCV.
- DESPOUY, Leandro, 2008, "Acceso a la Justicia: Impacto de la pobreza sobre los derechos humanos", *Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia*. <https://corteidh.or.cr/tablas/r29272.pdf>
- FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael, 2020, "La responsabilidad patrimonial derivada del acto administrativo", *Revista de Administración Pública*, Núm. 213, pp. 49-67.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, 2004, "Sentencia sobre la inconstitucionalidad del proyecto de ley que crea la unidad de análisis financiero y modifica el código penal en materia de lavado y blanqueo de activos (tribunal constitucional)", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 17, pp. 251-271. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200011
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 2009, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Navarra España, Editorial Civitas.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, 2013, "El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno", *Estudios Constitucionales*, Año 11, Nº 2, pp. 229-282. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200007
- HARRIS MOYA, Pedro, 2017, "El debido proceso y la administración: su contenido en la doctrina y en la jurisprudencia". Informe de asesoría técnica parlamentaria, departamento de estudios extensión y publicaciones, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24731/1/informe_debido_procedimiento_\(2\).pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24731/1/informe_debido_procedimiento_(2).pdf)

- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, 2011, "El debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional", *Litigación Pública*, Santiago, Abeledo Perrot - Thomson Reuters, pp. 11-36.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo, 1999, "El derecho a la defensa del interesado en el procedimiento administrativo, especial referencia al proyecto de ley sobre bases de los procedimientos administrativos", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XX, pp. 271-281. <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/441>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2024, *Diccionario de la Real Academia Española*. <http://www.rae.es>
- REY MARTÍNEZ, Fernando, 2010, "¿Cómo nacen los derechos? (Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos)", *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- RIVERO, Jean, 1997, *Les Libertés Publiques* (sexta edición), París, Themis.
- ROJAS, Enrique, 2011, "El debido proceso administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 67, pp. 177-188.
- ROSENBERG GONZÁLEZ, Daniela, 2009, "Acceso a la justicia de la población menesterosa en Chile. Problemas de constitucionalidad de los medios arbitrados por el legislador para el efectivo cumplimiento de esta garantía", *Derecho y Humanidades*, N° 15, pp. 199 – 2012. <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/16046>
- SOTO KLOSS, Eduardo, 2012, *Derecho administrativo: Temas Fundamentales* (tercera edición), Santiago, Thomson Reuters.
- ULLOA EYZAGUIRRE, Tamara, 2024, "Derecho a defensa de funcionarios públicos y municipales: criterios de la jurisprudencia administrativa", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 39, pp. 283-299. <https://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/74873/62410>
- VÁQUER CABALLERÍA, Marcos, 2011, "El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, Núm. 186, pp. 91-135.
- VERDUGO, M., PFEFFER, E., y NOGUEIRA, H., 1999, *Derecho Constitucional, Tomo I* (segunda edición actualizada), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, 2007, "Eficacia derogatoria y supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos", *Acto y Procedimiento Administrativo - Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 31-47.

Normas Jurídicas

- LEY N° 18.120, Establece normas sobre comparecencia en juicio y modifica los artículos 4° del Código de Procedimiento Civil y 523 del Código Orgánico de Tribunales, publicada el 18 de mayo de 1982.
- DECRETO 778, Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha, publicado el 29 de abril de 1989.
- LEY N° 18.883, Aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, publicada el 29 de diciembre de 1989.
- DECRETO 873, Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", publicado el 05 de enero de 1991.
- DFL 1 / DFL 1-19.653, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, publicado el 17 de noviembre de 2001.
- LEY N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, publicada el 29 de mayo de 2003.

D.F.L. 29, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, Sobre Estatuto Administrativo, publicado el 16 de marzo de 2005.

DECRETO 100, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, publicado el 22 de septiembre de 2005.

LEY N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería, publicada el 20 de abril de 2021.

Jurisprudencia

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 17 de junio de 2006, rol 376-03.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 5 de septiembre de 2006, rol 499-06.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 30 de enero de 2007, rol 554-06.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 29 de mayo de 2007, rol 621-06.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 28 de enero de 2008, rol 1001-07.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 31 de marzo de 2008, rol 755-07.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 26 de junio de 2008, rol 766-07.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 21 de octubre de 2010, rol 1518-09.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 7 de julio de 2011, rol 1838-10.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 18 de octubre de 2018, rol 3770-17.

CORTE Suprema, sentencia de 9 de mayo de 2016, rol 62.128-2016.

CONTRALORÍA General de la República, dictamen de 7 de febrero de 2017, dictamen 4473N17.

Fundamentos de lo contencioso administrativo laboral

*Nicolás Humeres Guajardo**

RESUMEN

La presente investigación analiza los usos del derecho administrativo por parte de la justicia laboral a la hora de resolver conflictos y controversias dentro de su competencia. En función a tal objetivo, se esbozan los ámbitos cuando se producen algunas de las interacciones más intensas entre el derecho laboral y el administrativo con énfasis en la identificación y solución de antinomias y lagunas como criterios ordenadores de estas interacciones en consonancia con la regla dispuesta en el artículo 1 inciso 3° del Código del Trabajo. Se proponen como variables que justifican la aplicación del derecho administrativo por la judicatura laboral: (1) la ausencia de lagunas del derecho administrativo y (2) la operatividad del principio de interpretación conforme como técnica de coordinación normativa entre el derecho administrativo y laboral.

Justicia administrativa laboral; lagunas; antinomias; artículo 54 de la Ley N° 19.880

The application of administrative law by labor justice: theoretical bases of labor administrative litigation

ABSTRACT

This paper analyses the uses of administrative law by the labour courts when resolving conflicts and controversies within their competence. With this objective in mind, it outlines the areas in which some of the most intense interactions between labour and administrative law take place, with emphasis on the identification and solution of antinomies and lacunae as the criteria for organising these interactions in accordance with the rule laid down in article 1, paragraph 3, of the Labour Code. The following are proposed as variables that justify the application of administrative law by the labour judiciary: (1) the absence of gaps in administrative law and (2) the operability of the principle of conforming interpretation as a technique of normative coordination between administrative and labour law.

Administrative labour justice; gaps; antinomies; article 54 of Law 19.880

* Licenciado en Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social, Universidad Adolfo Ibáñez. Juez titular del Juzgado de Letras y Laboral de Tomé. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9969-4190>. Correo electrónico: nnumeres@pjud.cl.

Este trabajo corresponde a una versión corregida y ampliada de un texto inicialmente presentado como trabajo final para obtener el grado de Magíster en Derecho Laboral y Seguridad en la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile, en enero de 2023.

Artículo recibido el 1.5.2024 y aceptado para su publicación el 3.3.2025.

INTRODUCCIÓN

La falta de concreción a nivel legal de los tribunales contencioso administrativos consagrados programáticamente en la Constitución chilena de 1925, ha incidido en la estructuración de un sistema de justicia administrativa bifronte. Por una parte, han proliferado los procedimientos regulados por leyes especiales y la creación de tribunales especiales fuera del Poder Judicial con competencia material acotada a ámbitos específicos, fenómeno que, de acuerdo con la tipología empleada por el profesor Alejandro Vergara Blanco, ha configurado en nuestro país un sistema mixto, pluriforme e hiperespecializado de justicia administrativa¹. Este proceso no está exento de críticas debido a que en la práctica ha propiciado el establecimiento de una justicia especializada y privilegiada en ciertos ámbitos específicos —una especie de justicia administrativa “de alfombra roja” o “justicia *boutique*”—, cuya calidad, eficacia y celeridad contrasta con los problemas de la justicia civil en general².

Asimismo, el contencioso administrativo general se ha articulado sobre la base de la acción de protección y la nulidad de derecho público, acciones que presentan características difíciles de explicar desde la perspectiva del derecho comparado, en razón de su generalidad y posibilidad de aplicación común³.

En este contexto, se ha sostenido que la expansión del derecho del trabajo al derecho administrativo de la función pública es un fenómeno influenciado por la falta de una jurisdicción contenciosa administrativa. Tal carencia sería un contexto propicio para que la justicia laboral complete ese vacío resolviendo conflictos desde una lógica laboral no siempre compatible con el origen y fines de la función pública⁴.

En el mismo sentido, la Corte Suprema ha afirmado que, ante la falta de un mecanismo contencioso administrativo en el ámbito de la función pública, tal omisión puede ser suplida por la acción de tutela laboral⁵.

Por todo lo anterior, el sistema jurídico chileno parece ofrecer buenas razones para analizar la función contencioso administrativa que, teórica y empíricamente, ejercen y están llamados a ejercer los jueces del trabajo. Prueba de ello es la amplia variedad de ámbitos que presentan interacciones entre el derecho del trabajo y el derecho administrativo y que forman parte de la competencia de la justicia laboral. Entre estos ámbitos podemos destacar: (1) la justiciabilidad del ejercicio de las potestades del Estado como empleador mediante la acción de tutela para funcionarios públicos⁶; (2) la existencia de reclamos judiciales destinados a impugnar actos administrativos sancionatorios en el ámbito laboral⁷; (3) la discusión en orden a la competencia judicial para conocer

¹ VERGARA, 2014, pp. 269-292.

² FERRADA, 2020, p. 87.

³ FERRADA, 2020, p. 87.

⁴ DORN, 2024, p. 13.

⁵ Corte Suprema, 20 de diciembre de 2021, rol 85.240-2020.

⁶ ROMÁN, 2019, pp. 163-178; VARAS, 2021, pp.185-230.

⁷ RODRÍGUEZ, 2020, pp. 59-85.

en términos generales de la impugnación de actos administrativos dictados por la administración con competencia en asuntos laborales⁸; (4) la protección del empleo “a honorarios” mediante el uso del principio laboral de primacía de la realidad⁹, por mencionar algunas zonas de fricción.

En el presente texto pretendemos centrar el foco de atención en el rol que los jueces del trabajo desempeñan en el control de las potestades públicas vinculadas a lo laboral. Tal objetivo sugiere como primera hipótesis la concepción de una categoría especial, compleja y compuesta del derecho, una especie de “contencioso administrativo laboral”. Esta perspectiva se basa en un ejercicio de “interpretación conforme” entre el derecho laboral y administrativo, contribuyendo a colmar lagunas normativas y a prevenir antinomias. Su relevancia radica en la posibilidad de construir un bloque amplio de normas susceptibles de ser aplicadas en la solución de casos.

En consonancia con lo anterior, nuestra exposición se estructurará en 3 acápites. El primero de ellos busca esbozar los ámbitos cuando provocan interacciones más intensas entre el derecho administrativo y laboral, enfatizando algunos problemas y propuestas de solución evidenciados en algunos sistemas jurídicos comparados. A continuación se aborda el contenido y alcance de la regla de supletoriedad contenida en el artículo 1 inciso 3° del Código del Trabajo atendida su relevancia como base legal para la coordinación entre el derecho administrativo y laboral.

El segundo capítulo explora conceptualmente las lagunas del derecho como primer elemento presente en la mentada regla de supletoriedad del artículo 1 inciso 3°. Un análisis empírico acerca del uso de estas nociones por parte de la jurisprudencia (en distintos ámbitos) permite afirmar que la ausencia de lagunas en el derecho administrativo constituye una primera variable relevante para la aplicación del derecho administrativo por la judicatura laboral

En una tercera sección se esbozan los principales conceptos y categorías de antinomias. El carácter problemático de estas nociones nos conduce a detenernos en el uso del principio de interpretación conforme como técnica de coordinación normativa susceptible de evitar la eventual constatación o construcción de inconsistencias normativas. En nuestro concepto, este potencial lo convierte en una segunda variable que permitiría justificar la aplicación del derecho administrativo por parte de la judicatura laboral. Para corroborar esta hipótesis, se analiza la aplicación por parte de la jurisprudencia laboral de la regla de interrupción del plazo para el ejercicio de acciones judiciales contemplada en el inciso 2° del artículo 54 de la Ley N° 19.880.

En términos generales, la investigación concluye que, ante la falta de otros mecanismos de tutela judicial idónea, la justicia laboral aparece como un foro adecuado

⁸ Así puede apreciarse en la jurisprudencia de la Corte Suprema que estima la competencia de la justicia laboral para conocer de impugnaciones en contra de resoluciones dictadas por el director nacional del trabajo vinculadas a la determinación de servicios mínimos con ocasión de la huelga. Véase: Corte Suprema, Véase: Corte Suprema: 10 de diciembre de 2021, rol 81.174-2021; 13 de agosto de 2021, rol 38.107-2021; 2 de agosto de 2021, rol 38120-2021.

⁹ FERRADA y SALDIVIA, 2019, pp. 117-140; VERGARA, 2019, pp. 98-116.

para canalizar conflictos contenciosos administrativos vinculados al ámbito laboral. Sin embargo, esto plantea importantes desafíos para la judicatura, especialmente en lo concerniente a la identificación, prevención o solución de lagunas y antinomias entre el derecho laboral y administrativo.

I. INTERACCIONES ENTRE LO ADMINISTRATIVO Y LABORAL

1. *Notas acerca de las relaciones interdisciplinarias entre el derecho administrativo y laboral*

Tradicionalmente las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho del trabajo se intersecan con mayor intensidad en el derecho de la función pública¹⁰. En palabras de un autor se trataría de “una zona fronteriza entre el derecho laboral y el derecho administrativo, cuyo análisis está lleno de dificultades”¹¹. Sin embargo, estas áreas de fricción evidenciarían la necesidad de establecer vínculos de coordinación destinados a salvaguardar la coherencia formal y material del ordenamiento jurídico¹².

Un sector de la doctrina española identifica como variables relevantes en la reconstrucción de límites entre el derecho administrativo y laboral: (1) La existencia de contenidos o actuaciones sometidas enteramente al derecho administrativo y que deberían ser controlados por el orden contencioso administrativo. (2) El respeto de las garantías, reglas y principios del procedimiento administrativo. (3) Las bases constitucionales del régimen estatuario y la reserva legal en materia de empleo público. (4) Los límites legales en el ejercicio de las potestades públicas¹³.

Estas variables incidirían en la imposibilidad de aplicar en toda su extensión el derecho laboral en el contexto del empleo público debido a la necesidad de proteger la coherencia formal y material del conjunto del ordenamiento, y a la necesidad de una interpretación integradora entre los diferentes objetivos, principios y contenidos de ambas ramas del ordenamiento jurídico¹⁴.

En Colombia los conflictos vinculados a la función pública se encuentran radicados en la justicia administrativa. Sin embargo, algunos autores acusan cierta preocupación frente a la falta de idoneidad de esta judicatura para resolver conflictos vinculados al empleo público. La principal crítica se relaciona con un “riesgo de un excesivo énfasis en la aplicación de principios del derecho administrativo en perjuicio de los principios laborales”¹⁵.

¹⁰ A modo referencial, es oportuno destacar los trabajos de: GÓMEZ, 2000, pp. 187-202. UBILLA, 2021, pp. 67-86.

¹¹ UBILLA, 2021, p. 69.

¹² GÓMEZ, 2000, p. 194.

¹³ GÓMEZ, 2000, pp. 200 – 201.

¹⁴ GÓMEZ, 2000, pp. 201.

¹⁵ VERGARA, 2012, pp. 131-159.

Asimismo, en el sistema peruano la ausencia de una doctrina que vincule la dogmática administrativa y laboral ha incidido en la falta de una adecuada valoración de los intereses concurrentes. En términos generales, el legislador sería proclive al empleo de fórmulas del derecho administrativo. Sin embargo, si bien la judicatura se ha mostrado apegada a la legalidad, cuando ha tenido que definir situaciones no reguladas las ha resuelto aplicando criterios de derecho laboral despreocupándose de otros intereses generales concurrentes distintos a los laborales¹⁶.

No obstante, las relaciones entre el derecho administrativo y laboral no solo tendrían zonas de fricción, sino también de complementariedad. En efecto, las interacciones entre el principio protector laboral y el concepto de precedente administrativo han llevado a un sector de la doctrina uruguaya a concebir la existencia de un derecho especial o autónomo de las relaciones laborales en el sector público¹⁷. El precedente administrativo constituiría una especie de cuarta regla subyacente del principio protector aplicable especialmente en el ámbito del empleo público. En términos simples, se trata de un deber de actuación uniforme que emana de una actuación administrativa previa cuya inobservancia se traduce en un deber de la administración en orden a justificar y acreditar que su actuación no es arbitraria y se encuentra fundada en razones de interés público¹⁸⁻¹⁹.

Como se puede apreciar, la falta de complementariedad o equilibrio entre ambas disciplinas aparece como un aspecto problemático en el proceso de adjudicación que deben realizar los órganos jurisdiccionales llamados a conocer de conflictos en este ámbito. Por lo demás, algunas de las perspectivas expuestas se encuentran presentes también en nuestro sistema. En efecto, el concepto de precedente administrativo acuñado en el sistema uruguayo se asemeja a la operatividad que se ha dado en nuestro sistema al principio de confianza legítima tanto por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República²⁰ como por nuestra jurisprudencia judicial²¹.

Además, la improcedencia de aplicar en toda su extensión el derecho del trabajo (sostenida por un sector de la doctrina española), en nuestro concepto se encuentra estrechamente relacionada con la doctrina del núcleo irreductible de derecho administrativo²², cuya manifestación más contingente en nuestro sistema se encontraría presente en la línea jurisprudencial que desestima la sanción de nulidad del despido en aquellos

¹⁶ En ese sentido, MIRANDA, 2004, p. 61.

¹⁷ En ese sentido, UBILLA, 2021 pp. 76-81.

¹⁸ En ese sentido, UBILLA, 2021, pp. 78-81.

¹⁹ El autor destaca la aplicación de principios laborales por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa de dicho país, en especial la tutela de derechos fundamentales, la proscripción del acoso laboral en el ámbito del empleo público y la aplicación de primacía de la realidad. UBILLA, 2021, p. 76.

²⁰ Acerca de la materia, se pueden consultar los siguientes dictámenes de la Contraloría General de la República: 24 de marzo de 2016, dictamen 22.766; 28 de noviembre de 2016, dictamen 85.700; 2 de marzo de 2018, dictamen 6.400; 18 de noviembre de 2021, dictamen E156769.

²¹ Corte Suprema: 17 de octubre de 2022, rol 54.150-2022; 17 de octubre de 2022, rol 60.036-2022; 17 de octubre de 2022, rol 67.539-2022.

²² Esta teoría se vincula con la teoría de los actos separables y en síntesis se traduce cuando a pesar de que la administración pública asuma formas privadas de actuación siempre existirá un núcleo irreductible

casos donde la existencia de relación laboral es declarada judicialmente por aplicación del principio de primacía de realidad²³.

2. *Bases legales en el derecho chileno*

Para la doctrina administrativista chilena el derecho de la función pública y el derecho del trabajo constituyen una zona de fricción cuando la necesidad de seguridad jurídica y la precariedad normativa de nuestro derecho administrativo incidirían en la posibilidad de colmar sus lagunas por el derecho común²⁴. La base normativa de la supletoriedad del derecho laboral se encuentra en el inciso 3º del artículo 1º del Código del Trabajo²⁵. Este precepto estatuye que frente a la existencia de lagunas²⁶ en los estatutos de empleo público deben aplicarse las normas del Código del Trabajo, en la medida que no se produzca una antinomia entre ambos cuerpos normativos.

De esta forma, “las normas estatutarias, reguladoras de las prestaciones de servicios en el sector público, reconocen al Código del Trabajo como su legislación supletoria”, con la salvedad que “no serían aplicables las normas sobre negociación colectiva”²⁷. En palabras de Gamonal y Guidi, la aplicación del aludido artículo 3 en el contexto del reconocimiento de la titularidad de la acción de tutela a funcionarios públicos, ha llevado a reconocer el Código del Trabajo como “el estatuto de derecho común y supletorio” de las relaciones laborales públicas y privadas en nuestro país²⁸.

Sin embargo, las interacciones entre el derecho administrativo y el laboral están lejos de ser constreñidas por la aplicación supletoria y unidireccional del Código del Trabajo. En efecto, para nosotros existe una interacción dinámica bidireccional que, en cierto modo, obliga a la justicia laboral a analizar la regularidad, alcance y aplicación de normas y principios de derecho público-administrativo en distintos niveles. Esto se debe a que la apertura de la competencia de la justicia laboral para conocer conflictos vinculados al ámbito del empleo público y la aplicación supletoria del Código del Trabajo no implica que la justicia laboral deba (y pueda) aplicar exclusivamente derecho del trabajo a la hora de resolver los casos sometidos a su conocimiento. Las particularidades de la función pública y de sus conflictos inciden cuando los jurisdicentes se vean en la necesidad de lidiar con nociones tales como la juridicidad administrativa, probidad,

de derecho público que no es posible soslayar. En ese sentido: BERMÚDEZ 2014, pp. 40-42; GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, 2015, p. 74-79.

²³ Corte Suprema, 2 de junio de 2021, rol 27.651-2019; 15 de mayo de 2019, rol 28.229-2018, entre otras.

²⁴ En ese sentido, BERMÚDEZ, 2014, p. 39.

²⁵ Este precepto dispone: “Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”.

²⁶ Uno de los primeros autores en emplear el concepto de laguna a la hora de analizar el fenómeno de la aplicación de la mentada disposición legal fue VERGARA, 2019.

²⁷ THAYER Y NOVOA, 2008, p. 13.

²⁸ GAMONAL Y GUIDI, 2020, p. 134.

responsabilidad disciplinaria, continuidad del servicio público. Además, la intervención de la Contraloría General de la República en el ejercicio de potestades que tradicionalmente emanan del *ius varandi* del empleador, es una variable que complejiza aún más la resolución de casos mediante la aplicación exclusiva del derecho laboral.

En nuestro concepto, una manifestación concreta de esta interpretación se encuentra ínsita en la jurisprudencia de la Corte Suprema que estima que “si bien los funcionarios públicos pueden recurrir al procedimiento de tutela laboral, tal conclusión no implica, *prima facie*, que se deben regir en su vinculación con la Administración por todas las normas sustantivas del Código del Trabajo”²⁹.

Pero esta interpretación no solo se asienta en la ausencia de lagunas en el derecho administrativo, ya que el límite intrínseco de la referida regla legal de supletoriedad está también determinado por el surgimiento o constatación de inconsistencias normativas entre el derecho laboral y administrativo. Por ello, resulta necesario esbozar algunos elementos ínsitos en las nociones de lagunas y antinomias para efectos de identificar algunos criterios susceptibles de explicar su operatividad como variables que inciden en la aplicación del derecho administrativo por la justicia laboral.

II. LAS LAGUNAS COMO CRITERIO ORDENADOR DE LAS INTERACCIONES ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LABORAL

1. *Concepto y tipología*

En primer lugar, las lagunas y antinomias están lejos de ser nociones unívocas. Ambas categorías han sido objeto de estudio tanto para la filosofía del derecho, la argumentación jurídica y la teoría del derecho en general. Conceptualmente, estaríamos frente a una laguna (normativa) cuando “un comportamiento no está deónticamente calificado en modo alguno por una norma jurídica perteneciente al sistema”, o bien, “siempre que para un determinado supuesto de hecho no esté prevista alguna consecuencia jurídica por una norma perteneciente al sistema”. El sistema jurídico presentaría una laguna siempre que “en un caso concreto no pueda ser resuelto en algún modo sobre la base de normas preexistentes en el sistema”³⁰. Las lagunas pueden ser creadas o evitadas por medio de la interpretación, pero no resueltas por esta. Para colmarla se requiere “integrar o completar el sistema jurídico, produciendo una norma nueva”³¹.

Una segunda categoría se vincula a las lagunas axiológicas. Ellas se verificarían ante la falta de una norma que –según las preferencias éticas, políticas o subjetivas del

²⁹ Corte Suprema, 25 de marzo de 2022, rol 92.049-2020.

³⁰ GUASTINI, 1999, pp. 445 - 446.

³¹ GUASTINI, 1999, p. 446.

intérprete— debería existir³². Esta categoría implica un juicio valorativo, una crítica del derecho existente, unido a una prescripción de cómo debería ser³³.

Se han identificado también las lagunas de conocimiento y reconocimiento. El rasgo esencial de las primeras es la falta de conocimiento de alguna propiedad de hecho que incide en su calificación jurídica. A su vez, la segunda categoría anotada se presenta frente a la falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico. Mientras el problema de las lagunas normativas es de índole conceptual (lógico), tanto las lagunas de conocimiento como las de reconocimiento aparecen en el nivel de la aplicación de las normas a los casos individuales y tienen su origen en problemas empíricos o semánticos³⁴.

Para efectos de este trabajo, analizaremos el fenómeno de las interacciones entre el derecho administrativo y laboral desde la perspectiva de las lagunas de tipo normativo. Si bien no podemos descartar la posibilidad de identificar problemas de equívocidad o ambigüedad en la interpretación de preceptos normativos en ambas disciplinas (susceptibles de ser analizados desde la perspectiva de lagunas de conocimiento y reconocimiento), la construcción de una perspectiva contenciosa administrativa en el ámbito laboral se relaciona con la determinación de premisas normativas aplicables en la solución de casos.

2. *La ausencia de lagunas como variable determinante para la aplicación del derecho administrativo por la justicia laboral*

En nuestro concepto, la jurisprudencia ha identificado y diferenciado correctamente los ámbitos cuando sí es posible constatar la existencia de lagunas, de aquellos donde no. En efecto, uno de los principales razonamientos contenidos en la primera sentencia de la Corte Suprema que estimó la competencia de la justicia laboral para conocer de acciones de tutela laboral deducidas por funcionarios públicos fue la constatación de ausencia de “normas que regulen un procedimiento jurisdiccional especial para conocer y resolver denuncias de vulneración de derechos fundamentales que afecten a los funcionarios en el ámbito de la relación de trabajo”³⁵.

Sin embargo, la Corte Suprema ha sostenido la improcedencia de la aplicación supletoria del Código del Trabajo en una amplia gama de materias argumentando que estas sí se encuentran expresamente reguladas por el derecho administrativo³⁶. Por ejemplo, ha señalado que la desvinculación de funcionarios a contrata no es asimilable a un despido

³² GUASTINI, 2016, p. 346.

³³ GUASTINI, 2016, p. 346.

³⁴ En ese sentido, ALCHOURRON Y BULYGIN, 2012, p. 50.

³⁵ Corte Suprema, 30 de abril de 2014, rol 10.972-2013.

³⁶ Es importante reiterar aquí la jurisprudencia reseñada en el acápite anterior que estima que la aplicación del procedimiento de tutela laboral a los funcionarios públicos no implica que queden regidos por “todas las normas sustantivas del Código del Trabajo”. Corte Suprema, 25 de marzo de 2022, rol 92.049-2020; 14 de junio de 2021, rol 33.412-2019.

injustificado y, en consecuencia, no proceden las indemnizaciones contempladas en el Código del Trabajo asociadas al término de una relación laboral³⁷.

En el mismo sentido, se ha sostenido que no es aplicable respecto de los funcionarios públicos el derecho a la compensación dineraria por concepto de feriados legal y proporcional contemplada en el artículo 73 del Código del Trabajo, por estimar que el Estatuto Administrativo contiene una regulación específica que obstaría a la aplicación supletoria del derecho laboral³⁸.

Además, nuestro máximo tribunal ha señalado que no corresponde aplicar el Código del Trabajo a los profesionales de la educación que laboran en establecimientos municipales bajo contratos a plazo, ya que esta modalidad de contratación está íntegra y expresamente regulada por el Estatuto Docente, en lo que respecta a condiciones, funciones y causales de terminación del vínculo³⁹. De igual forma, ha determinado que las normas referentes a despido injustificado e indemnizaciones no son aplicables frente al término de una relación de empleo regida por el mencionado estatuto, cuando la desvinculación ocurre como resultado de un sumario administrativo, ya que dicho estatuto contiene una regulación específica que establece las causales de cese de funciones y los beneficios o indemnizaciones aplicables a los profesionales de la educación⁴⁰.

Asimismo, la Corte ha sido categórica a la hora de unificar su jurisprudencia y declarar que la judicatura laboral es incompetente para conocer de acciones ordinarias de declaración de relación laboral, despido injustificado, indebido o improcedente, y cobro de prestaciones, ejercidas por funcionarios a contrata en contra de la Administración, por estimar que se trata “de un vínculo regido por un estatuto especial y no por la normativa laboral, que solo puede ser invocada de manera supletoria, respecto de las materias no previstas en el citado estatuto”⁴¹.

Como se puede apreciar, el reconocimiento de la competencia de la justicia laboral para conocer conflictos en el ámbito del empleo público está lejos de significar la aplicación plena y directa del Código del Trabajo en este ámbito. Esto es relevante, pues evidencia que el fenómeno de la laboralización de la función pública⁴² no es absoluto, ya que las normas contenidas en los estatutos administrativos deben ser consideradas y aplicadas por la judicatura laboral al abordar este tipo de conflictos.

³⁷ En ese sentido, Corte Suprema: 4 de octubre de 2021, rol 33.226-2020; 25 de noviembre de 2021, rol 2.823-2020; 12 de febrero de 2020, rol 33.543-2018.

³⁸ Corte Suprema, 13 de junio de 2024, rol 182.696-2023.

³⁹ Corte Suprema: 10 de junio de 2024, rol 146.884-2023; 9 de diciembre de 2022, rol 35.774-2021; 19 de agosto de 2022, rol 27.235-2021.

⁴⁰ Corte Suprema, 21 de marzo de 2024, rol 5.611-2023.

⁴¹ Corte Suprema, 22 de diciembre de 2021, rol 30.186-2020.

⁴² Para Varas: “el fenómeno de laboralización de la función pública consiste en el arribo del derecho del trabajo por medio de sus instituciones más características, a tierras que eran propias del derecho administrativo, con lo que se pone en jaque la tradicional tesis de división o separación de regímenes”. VARAS, 2021, p. 195.

3. *Las lagunas y su incidencia en la laboralización del empleo público*

Sin embargo, existe un ámbito donde la laboralización de la función pública parece operar con mayor intensidad. Se trata del empleo a honorarios al interior de las administraciones públicas. En efecto, desde abril de 2015 existe una consolidada línea jurisprudencial que, en síntesis, estima que “el ordenamiento laboral se aplica a las personas contratadas a honorarios en un órgano de la Administración del Estado”, siempre que se advierta que la labor que desempeñan no se enmarca dentro de los requisitos legales que habilitan tales contrataciones y concurren además elementos de subordinación y dependencia⁴³.

En nuestro concepto, es particularmente relevante la circunstancia de que los incisos finales de los artículos 11 de la Ley Nº 18.834 y 4 de la Ley Nº 18.883 hacen inaplicables a su respecto las disposiciones de los mentados estatutos y consagran que las relaciones jurídicas con esta clase de servidores se rigen por las reglas contempladas en los respectivos contratos. Ello ha incidido cuando la Corte Suprema afirme que “se someten al Código del Trabajo y leyes complementarias los funcionarios de la Administración del Estado no acogidos por ley a un estatuto especial”⁴⁴. En otras palabras, la circunstancia de que no se aplique respecto de los servidores a honorarios las normas estatutarias es un contexto propicio para la aplicación directa (no supletoria) del Código del Trabajo⁴⁵.

Ahora bien, el análisis de los problemas jurídicos que subyacen a la laboralización del empleo a honorarios en la Administración Pública excedería el enfoque objetivo y límites de este estudio. Por lo demás, tal objetivo ha sido acuciosamente abordado por la doctrina administrativa y laboral⁴⁶. Sí es relevante destacar que la constatación de lagunas en el derecho administrativo, o si se quiere, la inaplicabilidad de las normas estatutarias respecto de los servidores a honorarios es una variable que incide en la mayor operatividad del Código del Trabajo a la hora de adoptar definiciones vinculadas a las relaciones jurídicas habidas con esta categoría de servidores.

4. *El núcleo irreductible de derecho administrativo como límite a la laboralización absoluta de la función pública*

Sin embargo, en la actualidad la aplicación directa del Código del Trabajo respecto de los servidores a honorarios no es completa. Existe una consolidada línea jurisprudencial que desestima la sanción de nulidad del despido en aquellos casos cuando la

⁴³ Corte Suprema: 9 de febrero de 2024, rol 157.334-2022; 20 de febrero de 2024, rol 162.217-2022; 3 de abril de 2024, rol 25.910-2023, entre otras.

⁴⁴ Corte Suprema: 4 de marzo de 2024, rol 64.667-2023; 20 de febrero de 2024, rol 162.217-2022.

⁴⁵ En ese sentido, Karla Varas destaca que el personal a honorarios “no tienen un estatuto especial que los rija, por lo que, en caso de verificarse los requisitos que dan vida a un contrato de trabajo –la subordinación y dependencia en la prestación de los servicios–, entra en acción la legislación protectora contenida en el Código del Trabajo”. VARAS, 2016, p. 437.

⁴⁶ Véase: FERRADA, 2024, pp. 117-133, CÁRCAMO, 2016, pp. 411-427, VARAS, 2016, 428-451.

existencia de relación laboral es declarada judicialmente por aplicación del principio de primacía de realidad⁴⁷.

El fundamento reiterado en los fallos de nuestro máximo tribunal radica cuando los contratos de prestación de servicios en cuyo contexto se habría verificado la relación laboral constatada, habrían sido suscritos “al amparo de un estatuto legal determinado que, en principio, les otorgaba una presunción de legalidad”. Esto determina la improcedencia de la sanción establecida en el artículo 162 del Código del Trabajo, argumentando que dicha sanción “se desnaturaliza, por cuanto los órganos del Estado no cuentan con la capacidad de convalidar libremente el despido en la oportunidad que estimen del caso, desde que, para ello, requieren, por regla general, de un pronunciamiento judicial condenatorio, lo que grava en forma desigual al ente público”⁴⁸.

En nuestra opinión, esta línea jurisprudencial está estrechamente relacionada con la teoría del núcleo irreductible de derecho administrativo, ya que considera como variable clave las limitaciones intrínsecas que la juridicidad impone a la actividad de la Administración Pública.

Esta teoría centra su foco en la circunstancia de que aun cuando la Administración Pública asuma formas privadas de actuación, siempre existirá un núcleo irreductible de derecho público que no es posible soslayar⁴⁹.

Para García de Enterría y Fernández, “ese núcleo primero irreductible de derecho público que acompaña o precede inexcusablemente a toda actuación de derecho privado de la Administración es la expresión del centro subjetivo último de la Administración como organización política, como poder público”⁵⁰.

En el mismo orden de ideas, Maurer explica que:

“La administración al optar por las formas jurídicas del derecho privado, no puede sustraerse a las vinculaciones jurídico-públicas existentes. Ello vale especialmente para la vinculación a los derechos fundamentales, pero también para las demás limitaciones del derecho público (como la distribución de competencias o los principios generales de la actuación administrativa). La administración tiene a su disposición las formas jurídico-privadas, pero no la libertad ni las posibilidades que ofrece la autonomía privada”⁵¹.

En nuestro concepto, la línea jurisprudencial referida se basa en una interpretación construida sobre la base de premisas muy similares a aquellas consideradas en la teoría del núcleo irreductible de derecho administrativo. Esto es relevante, ya que, como indicamos

⁴⁷ Véase: Corte Suprema, 2 de junio de 2021, rol 27.651-2019; 15 de mayo de 2019, rol 28.229-2018, entre otras.

⁴⁸ En ese sentido, Corte Suprema: 26 de abril de 2024, rol 33.311-2023; 23 de abril de 2024, rol 80.871-2023; y 4 de abril de 2024, rol 62.224-2023, entre muchas otras.

⁴⁹ En ese sentido, BERMÚDEZ 2014, p. 40.

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2015, pp. 75-76.

⁵¹ MAURER, 2012, p. 46.

previamente, en el caso del empleo a honorarios no existen normas estatutarias llamadas a ser aplicadas de forma preferente al derecho laboral. Sin embargo, la jurisprudencia ha constatado la falta de idoneidad de la referida sanción por ser incompatible con el régimen jurídico general donde se desenvuelve la administración. En otras palabras, el segundo presupuesto contemplado en el artículo 1 inciso 3° del Código del Trabajo para la aplicación del derecho laboral no queda circunscrito a su compatibilidad con las normas estatutarias en sentido estricto, ya que la jurisprudencia puede emplear como parámetro de comparación las normas que integran el régimen jurídico de la administración en sentido amplio.

Este análisis acerca de la compatibilidad normativa nos permite trasladarnos al ámbito de las antinomias o inconsistencias normativas. En nuestro concepto, este fenómeno constituye una segunda variable susceptible de incidir en la aplicación del derecho administrativo por parte de la judicatura laboral en el contexto de su función contenciosa administrativa.

III. LAS ANTINOMIAS COMO CRITERIO ORDENADOR DE LAS INTERACCIONES ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LABORAL

1. *Breves nociones respecto del concepto y clases de antinomias*

Las inconsistencias normativas se verifican siempre que “un determinado comportamiento se encuentra deónticamente calificado de dos modos incompatibles por dos normas diversas”; o bien, cuando “un supuesto de hecho tiene previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas”. Una antinomia es un conflicto entre normas y no entre disposiciones normativas, por lo mismo pueden ser creadas o evitadas por medio de la interpretación. En el evento de que no se pueda evitar su surgimiento o constatación, su solución requiere “eliminar” una de las normas en conflicto, o quizás ambas, mediante la aplicación de los criterios de jerarquía, especialidad, temporalidad o competencia⁵².

Guastini clasifica las antinomias: (i) *in abstracto* o necesarias e (ii) *in concreto* o contingentes, dependiendo si es identificada en sede de interpretación textual o *in abstracto*; o bien en la aplicación frente a un caso concreto⁵³.

Para Alf Ross nos encontramos frente a inconsistencias entre dos normas cuando “se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas”. Estas pueden ser de tres tipos: (1) total-total, que comprende aquellos casos en los que ninguna de las normas puede ser aplicada, bajo ninguna circunstancia, sin entrar en conflicto con la otra (representados por dos círculos coincidentes); (2) total-parcial (o entre norma general y particular), donde una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna

⁵² GUASTINI, 1999, pp. 437-446.

⁵³ GUASTINI, 2017, pp.532-535.

circunstancia sin entrar en conflicto con la otra (un círculo dentro de otro); (3) parcial-parcial (o superposición), donde cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación cuando entra en conflicto con la otra, pero también tiene un campo adicional en el que no se producen conflictos (círculos secantes)⁵⁴.

2. *La regla de aplicación de la norma más favorable y su impertinencia como fundamento dogmático de la aplicación del derecho administrativo*

La aplicación preferente de la norma más favorable es un criterio de solución de antinomias ínsito en la narrativa del derecho laboral. En palabras de Mercader, esta regla:

“Se ha formulado para la solución de normas en conflicto, lo que exige, de una parte, la concurrencia de diversas normas en la regulación de una misma situación o relación jurídica y, de otra, que la selección final se realice en favor de aquella que, entre todas las concurrentes en el ámbito de aplicación que se trate, otorgue mayores derechos al trabajador”⁵⁵.

Para Gamonal, esta regla en su sentido propio dispone que “en caso de que haya más de una norma aplicable, debe optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiere correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas”⁵⁶. Sin embargo, se ha sostenido que puede también operar como un criterio de solución frente “a un conflicto entre disposiciones de idéntico rango cuando las mismas regulan una misma materia laboral y sus prevenciones, ordenamientos o mandatos resulten distintos o contradictorios”⁵⁷.

Ahora bien, sin perjuicio de que la regla de la norma más favorable se encuentra fuertemente arraigada en la narrativa del derecho laboral, en nuestro concepto no constituye un fundamento dogmático susceptible de justificar la aplicación del derecho administrativo por la judicatura laboral. En efecto, como primera cuestión es admisible referir que la norma más favorable requiere de un conflicto “en el que dos normas vigentes y mutuamente incompatibles resultan aplicables a una sola situación”⁵⁸. Sin embargo, el artículo 1 inciso 3° del Código del Trabajo chileno establece que el derecho laboral solo opera de manera supletoria al derecho público y en la medida que no se generen antinomias. Esto significa que en el evento de constatar posibles inconsistencias normativas en el ámbito del empleo público deba aplicarse la normativa de derecho administrativo aun cuando no sea la de contenido más favorable. En otras palabras, el aludido precepto constriñe la operatividad de la favorabilidad laboral en el ámbito del

⁵⁴ En ese sentido, ROSS, 1963, p. 124.

⁵⁵ MERCADER, 2015, p. 75.

⁵⁶ GAMONAL, 2020, p. 200.

⁵⁷ MERCADER, 2015, pp. 75-76.

⁵⁸ COSMÓPOLIS, 2004, p. 345.

empleo público, estableciendo la aplicación preferente de la normativa estatutaria debido a su carácter de norma especial frente a la aplicación supletoria del Código del Trabajo.

En segundo lugar, la regla de la norma más favorable se encuentra estrechamente vinculada al concepto de norma mínima articulada sobre la base de normas de imperatividad relativa⁵⁹. Esto se traduce cuando el carácter unilateral del orden público laboral se concreta mediante normas legales que contemplan estándares mínimos de protección los que siempre podrán elevarse por acuerdo colectivo o individual⁶⁰. Estas características no se encuentran presentes en las normas de derecho administrativo, disciplina que persigue como objetivo final la satisfacción de necesidades públicas y no “morigerar el conflicto de intereses entre capital y trabajo respecto de la correcta distribución de las cargas y beneficios” derivados de su acción productiva conjunta⁶¹.

De esta forma, la regla de aplicación preferente de la norma más favorable ínsita en la narrativa del derecho laboral parece no ser un insumo idóneo para justificar razonablemente la aplicación del derecho administrativo por la judicatura laboral, atendida la falta de conexión entre las premisas o presupuestos necesarios para su operatividad en el contexto específico de las relaciones interdisciplinarias entre el derecho administrativo y laboral.

Lo anterior bajo ningún respecto significa que la aplicación del derecho administrativo por la justicia laboral se traduzca necesariamente en una minimización de la protección de los servidores públicos. Pero tal protección debe ser obtenida sobre la base de premisas idóneas para un contexto fuertemente marcado por su carácter interdisciplinario y la consecuente necesidad de armonizar los intereses tensionados. De ahí surge la necesidad en orden a identificar algunas variables que contribuyan a definir una perspectiva contenciosa administrativa en el ámbito laboral que permitan ir más allá de la laboralización de la función pública como respuesta frente a los problemas jurídicos suscitados en dicho ámbito.

En nuestro concepto, una de las premisas necesarias para dicha perspectiva es la construcción de interpretaciones que eviten o reduzcan el surgimiento de antinomias entre el derecho administrativo y laboral, especialmente si se considera que la finalidad protectora del derecho laboral puede ser alcanzada adecuadamente por medio de instituciones reguladas en el propio derecho administrativo. En otras palabras, la construcción de una perspectiva contenciosa administrativa laboral busca contribuir simultáneamente a alcanzar el fin protector ínsito en el derecho del trabajo mediante la aplicación de instituciones de derecho administrativo y, con ello, evitar graves distorsiones al ordenamiento jurídico y eventuales afectaciones a los intereses públicos comprometidos.

⁵⁹ COSMÓPOLIS, 2004, p. 343.

⁶⁰ En ese sentido: GAMONAL 2020, pp. 200-201.

⁶¹ En ese sentido, DORN, 2024, pp. 3-4.

3. *El principio de interpretación conforme*

Uno de los principales problemas derivados de las antinomias es que su surgimiento afecta la eficiencia de los sistemas jurídicos en relación con la función de regular el comportamiento humano y organizar la sociedad⁶². En ese sentido, Giovanni Tarello explica que:

“El conjunto de los órganos de aplicación ha consolidado un conjunto de reglas para la atribución de un significado unívoco a los enunciados legislativos relativos a las relaciones entre fuentes. El conjunto de estas reglas, sin embargo no produce una regla interpretativa general por la cual, cuando es posible, los enunciados deben ser interpretados en modo de no hacer surgir antinomias”⁶³.

En nuestra opinión, en la actualidad la interpretación conforme puede servir como “regla interpretativa general” que permite evitar interpretaciones el surgimiento de inconsistencias normativas. En términos generales se trata de un “criterio hermenéutico por el cual, de entre los varios sentidos posibles atribuidos a una disposición jurídica, el intérprete ha de excluir aquel o aquellos que no se acomoden a otra”⁶⁴. Esta técnica permite prevenir antinomias “entre textos normativos diferentes” y, en especial, “entre textos normativos ordenados jerárquicamente entre sí –bien desde el punto de vista material (por ejemplo, una ley y la constitución), bien desde el punto de vista axiológico (por ejemplo, una disposición específica y un principio general)– evitando extraer del texto normativo subordinado, normas que entrarían en conflicto con las normas del texto normativo supraordenado”⁶⁵.

Este principio ha sido objeto de estudio principalmente desde el derecho constitucional. Sin embargo, fuera de dicho ámbito el principio de interpretación conforme constituye “una consecuencia del deber de integración de las fuentes del ordenamiento jurídico en vistas a determinar la norma rectora de un caso”⁶⁶.

En nuestro concepto, el potencial de esta técnica hermenéutica para evitar el surgimiento de antinomias no solo contribuye a la eficiencia del sistema jurídico desde una perspectiva sistémica, sino que permite además maximizar la complementariedad entre el derecho administrativo y laboral, permitiendo con ello la satisfacción del fin protector del derecho del trabajo en el ámbito del empleo público.

⁶² TARELLO, 2018, p. 185.

⁶³ TARELLO, 2018, p. 188.

⁶⁴ ARZOZ, 2021, p. 77.

⁶⁵ GUASTINI, 2017, p. 539

⁶⁶ En ese sentido: ALDUNATE, 2008, p. 201.

4. *La aplicación por la justicia laboral de regla del inciso 2° del artículo 54 de la Ley N° 19.880*

Un buen ejemplo de la aplicación del principio de interpretación conforme entre las normas procesales contempladas en el Código del Trabajo y normas contempladas en la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos chilena es la aplicación de la regla de interrupción del plazo para reclamar judicialmente contemplada en el inciso 2° del artículo 54 de la Ley N° 19.880⁶⁷.

En palabras de Bermúdez “se trata de una importantísima regla que, en definitiva sirve para contar con el plazo íntegro de la acción jurisdiccional”⁶⁸. Si bien se discute si este precepto se aplica solo a los recursos ordinarios contemplados en la Ley N° 19.880⁶⁹, o bien, la expresión “reclamaciones” en general admitiría una interpretación más amplia extendiéndola a otros medios de impugnación administrativa⁷⁰, lo cierto es que la aplicación judicial del mentado precepto por la justicia laboral parece inclinarse por la segunda opción reconociendo la interrupción del plazo para ejercer dicha acción en el evento de que se hubiese articulado recursos administrativos o reclamo de ilegalidad ante Contraloría General de la República de conformidad con lo dispuesto en el artículo 160 inciso 1° del Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834⁷¹).

La primera sentencia judicial que encontramos donde un juzgado con competencia laboral aplica la regla referida data de enero de 2011. Se trata de un juicio de cobro de prestaciones laborales⁷² donde se desestimó una excepción de prescripción opuesta por un municipio demandado fundado cuando la omisión en orden a responder las peticiones de los demandantes, ya sea calificándolas como incompletas, improcedentes o no constitutivas de un procedimiento administrativo, generó incertidumbre respecto de la oportunidad para reclamar judicialmente, contraviniendo con ello el deber de servicialidad establecido en los artículos 1° inciso 4° de la Constitución y 4° de la Ley N° 18.575. En definitiva, el sentenciador consideró que el plazo de prescripción de la acción se había interrumpido de conformidad al referido artículo 54 inciso 2° en virtud de las solicitudes formuladas por los demandantes previamente ante el mismo municipio. No obstante, la demanda fue rechazada por la improcedencia de las indemnizaciones reclamadas. Esto

⁶⁷ El aludido inciso 2° del artículo 54 de la Ley N° 19.880 establece que:

“Planteadas las reclamaciones se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Este volverá a contarse desde la fecha cuando se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo”.

⁶⁸ BERMÚDEZ 2014, p. 230.

⁶⁹ VALDIVIA, 2018, p. 292.

⁷⁰ BERMÚDEZ 2014, p. 231.

⁷¹ “Los funcionarios tendrán derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República, cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el presente Estatuto. Para este efecto, los funcionarios tendrán un plazo de diez días hábiles, contado desde que tuvieren conocimiento de la situación, resolución o actuación que dio lugar al vicio de que se reclama. Tratándose de beneficios o derechos relacionados con remuneraciones, asignaciones o viáticos el plazo para reclamar será de sesenta días”.

⁷² 1° Juzgado de Letras de Los Andes, 10 de enero de 2011, RIT O-42-2010.

incidió que con ocasión de la impugnación de esta sentencia no se produjese mayor discusión o análisis acerca de la aplicación del referido artículo 54.

La segunda sentencia que encontramos data de septiembre de 2012. Se trata de un juicio de reliquidación de pensiones⁷³ cuando se desestimó una excepción de caducidad opuesta por el demandado Instituto de Previsión Social por estimar que el decreto que reconoció el beneficio de una pensión no contributiva por gracia es un acto administrativo; circunstancia que incide cuando el plazo para solicitar la revisión de la pensión está sujeto a la interrupción regulada en el inciso 2º del artículo 54 de la Ley N° 19.880. La Corte de Apelaciones de Santiago desestimó el recurso de nulidad deducido por la parte demandada por estimar que la normativa especial que reglamenta el procedimiento para obtener una pensión contributiva no contempla un sistema recursivo respecto de los actos administrativos que se dicten; y que la Ley N° 19.260 nada dijo respecto de hechos que podrían suspender o interrumpir dicho término. En concepto de la Corte, ambas circunstancias inciden en la aplicabilidad del artículo 54 de la Ley N° 19.880 atendido el carácter supletorio de esta ley⁷⁴.

Dentro de la última década encontramos varias sentencias de primera instancia que estiman aplicable la disposición en comento, principalmente en juicios de tutela laboral iniciados por funcionarios públicos donde previamente se articularon reclamaciones de naturaleza administrativa⁷⁵.

A nivel de Cortes de Apelaciones, durante el último lustro, encontramos algunos pronunciamientos que, si bien estiman aplicable el precepto referido en abstracto, terminan rechazando las demandas por estimar que a la fecha de presentarse reclamación administrativa respectiva ya se había completado el plazo de caducidad de la acción⁷⁶. Sin embargo, también encontramos sentencias que aplican el referido artículo 54 como regla *ratio decidendi*, estimando procedente la interrupción del plazo de para deducir acciones de tutela laboral mientras no estuviesen resueltas las reclamaciones deducidas ante la Contraloría General de la República⁷⁷. Incluso en un caso, esta conclusión fue

⁷³ 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 6 de septiembre de 2012, RIT O-486-2012.

⁷⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de diciembre de 2012, rol 1.397-2012.

⁷⁵ Por mencionar algunas, véanse las sentencias dictadas en las causas: 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago: 3 de abril de 2024, RIT T-2006-2022; 4 de junio de 2020, RIT T-1375-2019. Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, 26 de abril de 2023, RIT O-1033-2022. Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción: 10 de agosto de 2022, RIT T-202-2022; 16 de marzo de 2018, RIT T-264-2017. Juzgado de Letras de Quillota, 9 de enero de 2023, RIT T-15-2022

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Chillán: 27 de enero de 2020, rol 4-2020, y 28 de enero de 2022, rol 279-2021.

⁷⁷ Corte de Apelaciones de San Miguel, 4 de septiembre de 2015, rol 236-2015 y 23 de agosto de 2018, rol 372-2018; Corte de Apelaciones de Chillán, 28 de agosto de 2018, rol 163-2018; Corte de Apelaciones de Temuco, 2 de marzo de 2023, rol 347-2022; Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de enero de 2023, rol 750-2022.

adoptada con directa consideración del principio protector ínsito en el derecho laboral como criterio de interpretación frente a casos difíciles⁷⁸.

Es importante referir que no encontramos pronunciamientos de la cuarta sala de la Corte Suprema en el contexto de recursos de unificación de jurisprudencia relacionadas con la aplicación del precepto en comento⁷⁹. Sí encontramos un fallo pronunciado por la cuarta sala con ocasión de un recurso de queja donde la decisión de la mayoría desestimó la configuración de una falta o abuso grave por parte de los ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago al confirmar una resolución que había declarado la caducidad de una demanda de tutela laboral de un funcionario público, quien de forma previa al ejercicio de la acción de tutela había reclamado administrativamente. La decisión de la mayoría rechaza el arbitrio por estimar que un proceso de interpretación razonable de la ley no es susceptible de ser controlado por medio del recurso de queja, pues este arbitrio requiere la presencia de errores u omisiones, manifiestos y graves.

Sin embargo, dicha sentencia contiene un voto disidente del ministro Ricardo Blanco, quien, sin perjuicio de compartir la opinión de la mayoría (en el sentido de no configurarse falta o abuso de los jueces recurridos), fue de la opinión de actuar de oficio e invalidar la resolución objeto de la queja, estimando aplicable a la controversia la regla contemplada en el inciso 2° del artículo 54 de la Ley N° 19.880. Es oportuno destacar que la disidencia referida sostuvo entre otros argumentos que:

“[E]l derecho procesal, y en especial el derecho del trabajo, se estructuran sobre la base de ciertos principios que no solo sirven de sustento a las reglas específicas que regulan los procedimientos, sino que también como criterios interpretativos que permiten resolver sus eventuales problemas de aplicación concreta. Dichos principios, muchas veces consagrados a nivel constitucional, impulsan a una comprensión armónica de las normas aplicables en un caso concreto, con el fin de obtener un resultado interpretativo coherente con el sistema jurídico vigente”⁸⁰.

Tal como se evidencia, la disidencia reconoce la necesidad de integrar el ordenamiento jurídico mediante su interpretación armónica. Es importante también destacar que la decisión de la mayoría en ningún caso afirma la impertinencia del aludido artículo

⁷⁸ En efecto, la Corte de Apelaciones de Concepción afirmó que:

“[A]un cuando en la temática en desarrollo pudiere sostenerse (en extremo) que nos hallamos en una de las que se han dado en llamar “zonas (casos) difíciles” de interpretación legal, la verdad de las cosas es que de todas maneras se llega a la conclusión a que se viene arribando, en la medida que el entendimiento de la norma debe ceder siempre en beneficio de la parte más débil de la relación laboral –relación que sin duda es asimétrica–, esto es, en favor del trabajador, como una clara manifestación del principio protector que informa transversalmente toda nuestra legislación laboral”. Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de enero de 2023, rol 750-2022.

⁷⁹ Únicamente encontramos una sentencia que declara inadmisibles un recurso de unificación de jurisprudencia por estimar que no había interpretaciones contradictorias acerca de la aplicación de la regla en comento. Corte Suprema, 10 de diciembre de 2018, rol 23.355-2018.

⁸⁰ Corte Suprema, 18 de enero de 2017, rol 97.894-2016.

54 inciso 2º, ya que únicamente desestima la queja por la ausencia de errores graves o manifiestos en la sentencia recurrida.

V. REFLEXIONES FINALES

La apertura de la justicia laboral a los conflictos contencioso-administrativos vinculados al empleo público revela oportunidades y desafíos significativos para el sistema jurídico chileno. En este escenario, la regla de supletoriedad del artículo 1 inciso 3º del Código del Trabajo emerge como la piedra angular para la ordenación de las relaciones entre el derecho administrativo y el laboral. No obstante, su aplicación no está exenta de complejidades, especialmente en lo concerniente a la identificación, prevención o solución de lagunas y antinomias desde una perspectiva interdisciplinaria.

Ante la falta de una jurisdicción contenciosa-administrativa especializada, la justicia laboral ha demostrado capacidad para integrar normas y principios propios del derecho administrativo en la resolución de conflictos. Este fenómeno demuestra que estamos lejos de una laboralización absoluta de la función pública. Además, evidencia también la necesidad de construir una perspectiva contenciosa administrativa en el ámbito laboral que contribuya a robustecer la tutela judicial sin vulnerar los límites intrínsecos del derecho público.

Es en ese contexto que la interpretación conforme constituye una herramienta clave para maximizar la consecución de los fines ínsitos en el derecho administrativo y laboral. Esta técnica hermenéutica permite evitar, en la medida de lo posible, el surgimiento de inconsistencias normativas entre normas pertenecientes a ambas disciplinas.

Una buena muestra de este potencial se aprecia en la aplicación por la justicia laboral de la regla de interrupción del plazo para accionar judicialmente contemplada en el artículo 54 de la Ley Nº 19.880. En nuestro concepto, este fenómeno es solo una manifestación más de la capacidad de la judicatura laboral para integrar normas y principios del derecho administrativo en sintonía con el fin protector del derecho laboral.

Para finalizar, estimamos que la consolidación de esta perspectiva contenciosa-administrativa laboral plantea importantes desafíos para juristas y operadores del sistema de justicia. Sin embargo, su potencial para equilibrar intereses en conflicto justifica su estudio, desarrollo y aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 2012: *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires, Astera.
- ALDUNATE, Eduardo, 2008: *Derechos fundamentales*, Santiago Legalpublishing.
- ARZOZ, Xavier, 2021: "Aproximación a la interpretación conforme como técnica de coordinación normativa", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* Vol. 4. <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/652>
- BERMÚDEZ, Jorge, 2014: *Derecho administrativo general*, Santiago, Legalpublishing.

- CÁRCAMO, ALEJANDRO, 2016: "La desnaturalización de los contratos a honorarios en la administración del Estado: una interpretación jurisprudencial peligrosa", *Anuario de Derecho Público*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.
- COSMÓPOLIS, Pasco, 2004: "La norma más favorable: su determinación", *Derecho PUCP*, N° 57. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200401.017>
- DORN, Carlos, 2024: "Laboralización de la función pública: una mirada desde el derecho administrativo", en FERRADA, Juan Carlos y WALTER, Rodolfo (directores) *El impacto del derecho del trabajo en la función pública*, Santiago, Thomson Reuters.
- FERRADA, Juan Carlos y SALDIVIA, Guicela, 2019: "El contrato a honorarios en la administración pública", en GUILOFF, Matías (coord.), *Desafíos y tendencias de la función pública. Actas de las XIII Jornadas de Derecho Administrativo*, Santiago, RF Editores.
- FERRADA, Juan Carlos, 2020: *Justicia administrativa*, Santiago, Der.
- FERRADA, Juan Carlos, 2024: "El contrato de honorarios o de prestación de servicios en el derecho del trabajo y en el derecho administrativo chileno", en FERRADA, Juan Carlos y WALTER, Rodolfo (directores) *El impacto del derecho del trabajo en la función pública*, Santiago, Thomson Reuters.
- GAMONAL, Sergio y GUIDI, Caterina, 2020: *La tutela de derechos fundamentales en el derecho del trabajo*, Santiago, Der.
- GAMONAL, Sergio, 2020: *Fundamentos de derecho laboral*, Santiago, Der.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, 2015: *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*, Madrid, Civitas.
- GÓMEZ, Alberto, 2000: "Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho del trabajo", en PEDRAJAS, Abdón, *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, Madrid, Lex Nova.
- GUASTINI, Riccardo, 1999: "Antinomias y lagunas", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* N° 29, Ciudad de México.
- GUASTINI, Riccardo, 2016: *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- GUASTINI, Riccardo, 2017: *Las fuentes del derecho*, Lima, Ediciones Legales.
- MAURER, Hartmut, 2012: *Derecho administrativo alemán* (trad.), México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México.
- MERCADER, Jesús, 2015: *Los principios de aplicación del derecho del trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- MIRANDA, Guillermo, 2004: "Instituciones y Perspectivas del Derecho Laboral Público", *Derecho & Sociedad*, N° 23. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16848>
- RODRÍGUEZ, Isaías, 2020: "La potestad sancionatoria de la Dirección del Trabajo". *Revista digital Universidad de los Andes*, Vol. 4 N° 1. <https://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/91>
- ROMÁN, Cristian, 2019: "Función pública: entre la laboralización y la deslaboralización. Comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.853". *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 29. <https://tallerdeletras.lettras.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/2256>
- ROSS, Alf, 1963: *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba.
- TARELLO, Giovanni, 2018: *La interpretación de la Ley*, Lima, Palestra.
- THAYER, William, y NOVOA, Patricio, 2008: *Derecho del trabajo III*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- UBILLA, Gonzalo, 2021: "Derecho de las relaciones laborales en el sector público y la cuarta regla del principio protector". *Revista de Derecho Ius Humani*, Vol. 10, N° 2. http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1390-77942021000200067
- VARAS, Karla, 2016: "La problemática del personal a honorarios del Estado", *Anuario de Derecho Público*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.
- VARAS, Karla, 2021: "Laboralización de la función pública. Reflexiones a propósito del debate sobre la aplicación de la acción de tutela de derechos fundamentales a los trabajadores públicos",

- Revista de Derecho (Valparaíso)* N° 56. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512021000100008
- VALDIVIA, José Miguel, 2018: *Manual de Derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- VERGARA, Alejandro, 2014: “El nuevo paradigma de jurisdicción administrativa pluriforme e hiperespecializada: crónica de una espera, como la de Godot”, *Anuario de Derecho Público*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.
- VERGARA, Alejandro, 2019: “Funcionarios contratados “a honorarios” por la Administración. Supletoriedad del Código del Trabajo y principio de primacía de la realidad en el giro jurisprudencial”, en GUILOFF, Matías (coord.), *Desafíos y tendencias de la función pública. Actas de las XIII Jornadas de Derecho Administrativo*, Santiago, RF Editores.
- VERGARA, Alejandro; 2019: “Tutela laboral de funcionarios públicos: comedia jurisprudencial en tres actos y trastienda” (Parte I), Santiago, Mercurio Legal. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907926&Path=/OD/DA/>
- VERGARA, Hernán, 2012: “Derecho laboral y jurisdicción contencioso-administrativa: una reflexión desde la idoneidad judicial”, *Estudios de Derecho Universidad de Antioquia*, Vol. 69, N° 154. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/18412>

Jurisprudencia judicial citada

- CORTE Suprema, 30 de abril de 2014, rol 10.972-2013.
- CORTE Suprema, 18 de enero de 2017, rol 97.894-2016.
- CORTE Suprema, 18 de enero de 2017, rol 97.894-2016.
- CORTE Suprema, 10 de diciembre de 2018, rol 23.355-2018.
- CORTE Suprema, 15 de mayo de 2019, rol 28.229-2018.
- CORTE Suprema, 12 de febrero de 2020, rol 33.543-2018.
- CORTE Suprema, 2 de junio de 2021, rol 27651-2019.
- CORTE Suprema, 14 de junio de 2021, rol 33.412-2019.
- CORTE Suprema, 2 de agosto de 2021, rol 38120-2021.
- CORTE Suprema, 13 de agosto de 2021, rol 38.107-2021.
- CORTE Suprema, 4 de octubre de 2021, rol 33.226-2020.
- CORTE Suprema, 25 de noviembre de 2021, rol 2.823-2020.
- CORTE Suprema, 10 de diciembre de 2021, rol 81.174-2021.
- CORTE Suprema, 22 de diciembre de 2021, rol 30.186-2020.
- CORTE Suprema, 25 de marzo de 2022, rol 92.049-2020.
- CORTE Suprema, 19 de agosto de 2022, rol 27.235-2021.
- CORTE Suprema 11 de octubre de 2022, rol 12.631-2022.
- CORTE Suprema, 17 de octubre de 2022, rol 54.150-2022.
- CORTE Suprema, 17 de octubre de 2022, rol 60.036-2022.
- CORTE Suprema, 17 de octubre de 2022, rol 67.539-2022.
- CORTE Suprema, 9 de diciembre de 2022, rol 35.774-2021.
- CORTE Suprema, 9 de febrero de 2024, rol 157.334-2022.
- CORTE Suprema, 20 de febrero de 2024, rol 162.217-2022.
- CORTE Suprema, 4 de marzo de 2024, rol 64.667-2023.
- CORTE Suprema, 21 de marzo de 2024, rol 5.611-2023.
- CORTE Suprema, 3 de abril de 2024, rol 25.910-2023.
- CORTE Suprema, 4 de abril de 2024, rol 62.224-2023.
- CORTE Suprema, 23 de abril de 2024, rol 80.871-2023.
- CORTE Suprema, 26 de abril de 2024, rol 33.311-2023.

CORTE Suprema, 10 de junio de 2024, rol 146.884-2023.
CORTE Suprema, 13 de junio de 2024, rol 182.696-2023.
CORTE de Apelaciones de Santiago, 24 de diciembre de 2012, rol 1.397-2012.
CORTE de Apelaciones de San Miguel, 4 de septiembre de 2015, rol 236-2015.
CORTE de Apelaciones de San Miguel, 23 de agosto de 2018, rol 372-2018.
CORTE de Apelaciones de Chillán, 28 de agosto de 2018, rol 163-2018.
CORTE de Apelaciones de Chillán, 27 de enero de 2020, rol 4-2020.
CORTE de Apelaciones de Chillán, 28 de enero de 2022, rol 279-2021.
CORTE de Apelaciones de Concepción, 16 de enero de 2023, rol 750-2022.
CORTE de Apelaciones de Temuco, 2 de marzo de 2023, rol 347-2022.
1º Juzgado de Letras de Los Andes, 10 de enero de 2011, RIT O-42-2010.
2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 6 de septiembre de 2012, RIT O-486-2012.
2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 4 de junio de 2020, RIT T-1375-2019.
2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 3 de abril de 2024, RIT T-2006-2022.
JUZGADO de Letras del Trabajo de Concepción, 16 de marzo de 2018, RIT T-264-2017.
JUZGADO de Letras del Trabajo de Concepción, 10 de agosto de 2022, RIT T 202-2022.
JUZGADO de Letras de Quillota, 9 de enero de 2023, RIT T-15-2022.
JUZGADO de Letras del Trabajo de Temuco, 26 de abril de 2023, RIT O-1033-2022.

Jurisprudencia administrativa citada

CONTRALORÍA General de la República, 24 de marzo de 2016, dictamen 22.766.
CONTRALORÍA General de la República, 28 de noviembre de 2016, dictamen 85.700.
CONTRALORÍA General de la República, 2 de marzo de 2018, dictamen 6.400.
CONTRALORÍA General de la República, 18 de noviembre de 2021, dictamen E156769.

Normas citadas

ARTÍCULO 1 inciso 3º del Código del Trabajo. Publicado el 6 de julio de 1987.
ARTÍCULO 54 inciso 2º de la Ley Nº 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Publicada en 29 de mayo de 2003.
ARTÍCULO 160 de la Ley Nº 18.834 sobre Estatuto Administrativo. Publicado el 16 de marzo de 2004.

Tutela judicial efectiva y poderes del juez en el contencioso administrativo

*Cristofer Rufatt Núñez**

RESUMEN

El tránsito hacia un modelo de justicia administrativa centrada en la tutela de derechos e intereses, no ha traído aparejado el reconocimiento a los jueces de poderes plenos y amplios para brindar la tutela requerida por los administrados. Así, la subjetivización del contencioso administrativo experimentado en diversos ámbitos, contrasta con un modelo de control judicial que reposa sobre un esquema anulatorio de actos ilegales, y que no reconoce al juez poderes de mayor intensidad, salvo contadas excepciones. La consecuencia de este déficit normativo es la limitada protección que pueden recabar los ciudadanos de la justicia administrativa, lo que no resulta consistente con las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Justicia administrativa; tutela judicial efectiva; poderes del juez

Effective judicial protection and the powers of the judge in administrative litigation

ABSTRACT

The transition towards a model of administrative justice focused on the tutelage of the rights and legitimate interests, has not yet to bring with it led recognition of full and broad powers for judges to provide the protection required by citizens. Thus, the subjectivization of administrative litigation experienced in various areas contrasts with a model of judicial control that rests on an annulment system of unlawful administrative acts, which also does not recognize to the judge powers of greater intensity, except in a few exceptions. This regulatory deficit limits the protection that citizens can obtain from the administrative justice, which is inconsistent with the standards demanded by the fundamental right to effective judicial protection.

Administrative justice; effective judicial protection; powers of judges

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. ORCID: orcid.org/0000-0002-4702-2819. Correo electrónico: cristofer.rufatt@derecho.uchile.cl.

Artículo recibido el 29.10.2024 y aceptado para su publicación el 24.3.2025.

I. INTRODUCCIÓN¹

En las últimas décadas, nuestro sistema de justicia administrativa ha transitado lentamente hacia un modelo subjetivo, que concibe a la justicia administrativa como un mecanismo de tutela de derechos e intereses de los ciudadanos frente a los excesos y errores de la Administración. Esto, en contraposición a un modelo de justicia administrativa objetiva, centrado en depurar ilegalidades, donde el interés de los administrados es funcional al interés de que la Administración actúe apegado a la legalidad.

Dicho tránsito estuvo marcado por el proceso de constitucionalización experimentado por el derecho administrativo a finales del siglo XX con la dictación de la CPR de 1980, que reconoció a los tribunales de justicia un rol preponderante en la tutela de los derechos de los ciudadanos². En particular, el artículo 38 inciso segundo CPR supuso la consagración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el sometimiento pleno de la actividad administrativa a los tribunales de justicia³. Desde entonces, el control judicial no ha hecho más que expandirse. Prueba de lo anterior, es que el esquema de acciones contencioso administrativas concebidas por el Constituyente⁴ ha sido complementado con la consagración inorgánica y parcelada de varias acciones contenciosas administrativas especiales de origen legal.

Sin embargo, la expansión del control de la actividad administrativa contrasta con la existencia de ámbitos donde aún predomina la idea de la justicia administrativa entendida como “proceso al acto”⁵. Nos referimos a la cuestión de los poderes o remedios que detenta el juez para procesar las peticiones de los administrados y otorgar una tutela eficaz y adecuada a los ciudadanos. A nuestro entender, la falta de consagración de poderes que excedan de una tutela meramente anulatoria –como parece ser el caso chileno– no resulta en concordancia con un paradigma de justicia administrativa acorde a las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁶.

¹ Abreviaturas: Constitución Política de la República (CPR); Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM); Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española (LJCA); Constitución Española (CE); Superintendencia del Medio Ambiente (SMA); Tribunal Ambiental (TA); Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC); Tribunal de Contratación Pública (TCP).

² Acerca de este fenómeno ver SOTO KLOSS, 2004, p. 34 y ss.

³ En este sentido, VALDIVIA, 2018, p. 331; HUNTER, 2021, p. 236.

⁴ Nos referimos a la acción de protección y la acción de nulidad de derecho público.

⁵ El paradigma de la justicia administrativa como “proceso al acto” dice relación con una comprensión del contencioso administrativo centrado en controlar la legalidad objetiva del acto impugnado, antes que la tutela de derechos e intereses de los administrados. La consecuencia de lo anterior es que le estaba vedado al juez conceder algo más que la anulación del acto. De esto, GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, 1997, pp. 37-38 y 639-640.

⁶ Desde otra perspectiva, Camacho ha analizado la configuración de los contenciosos administrativos especiales a la luz de los estándares del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, detectando muchas debilidades institucionales en variados aspectos, como la independencia de los órganos. Acerca de esto, véase CAMACHO, 2019, p. 239-246.

Dicho lo anterior, este trabajo pretende examinar el proceso de subjetivización de la justicia administrativa, a la luz de las exigencias de la tutela judicial efectiva en el ámbito de los poderes del juez. Con este fin, se comenzarán examinando algunos antecedentes relevantes de la justicia administrativa nacional. Luego, se analizará el proceso de transformación experimentado por el contencioso administrativo español, el que será utilizado como parámetro de comparación con nuestra justicia administrativa⁷. Para finalizar, se analizará la configuración actual de los poderes del juez en el contencioso administrativo nacional, y los desafíos que plantea su precaria regulación.

II. ANTECEDENTES DE LA SUBJETIVIZACIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN CHILE

La cuestión del modelo de justicia administrativa exige también preguntarse por el rol de los jueces en la tutela de los justiciables. Esto es, si el proceso contencioso administrativo debe limitarse a depurar ilegalidades del acto, en cuyo caso el juez ocupará un papel de “contralor de la legalidad”⁸ (contencioso objetivo); o si, por el contrario, el proceso debe tender a tutelar posiciones jurídicas subjetivas, y, por esta razón, el juez debe detentar una amplitud de poderes para reestablecer la situación jurídica lesionada por el actuar administrativo (contencioso subjetivo)⁹. En el primer caso, son las pretensiones de tipo anulatoria las que mejor caracterizan a dicho modelo; mientras que, en un contencioso de índole subjetivo, serán las pretensiones de condena.

La idea de que nuestra justicia administrativa ha transitado hacia un modelo subjetivo se ha ido construyendo sobre la marcha. Previo a la Constitución de 1980, la jurisdicción administrativa nacional se había identificado, al menos teóricamente, con la justicia administrativa desde una perspectiva objetiva, posiblemente influenciado por el derecho administrativo francés de su época¹⁰. Con la dictación de la Constitución de 1980, el sistema de justicia administrativa comenzó un tránsito hacia una modalidad que atiende a la tutela de derechos e intereses, adquiriendo un cariz marcadamente subjetivo¹¹. En esto, el artículo 38 inciso segundo CPR jugó un rol fundamental.

El artículo 38 inciso segundo de la Constitución de 1980 –reformado en 1989– permitió a los tribunales ordinarios entrar a conocer de asuntos contenciosos administrativos de carácter no indemnizatorios, cuestión para lo que previamente no se reconocían competentes. En la actualidad, esta norma ha sido interpretada como una verdadera

⁷ Como veremos más adelante, el derecho administrativo español también experimentó un lento tránsito desde una justicia administrativa objetiva a una de carácter subjetiva.

⁸ VALDIVIA, 2017, p. 381.

⁹ VALDIVIA, 2018, p. 380.

¹⁰ CORDERO, 2005, pp. 309-310.

¹¹ Aunque por diversas razones y matices, existe abundante literatura que afirma al carácter subjetivo de nuestra justicia administrativa. En este sentido, FERRADA, 2020, pp. 117-118; FERRADA, 2012, pp. 116-120; CORDERO QUINZACARA, 2005, p. 394 y ss.; BORDALÍ, 2018, p. 9; CORDERO, 2005, pp. 309-310 y 328-331.

cláusula de tutela judicial efectiva que, (i) por un lado garantizaría el control pleno de la actividad administrativa, lo que supone la posibilidad de recurrir a la justicia ordinaria cuando no exista un contencioso especial; y, por otro, (ii) importaría el reconocimiento del derecho a la acción, por medio de un tribunal independiente e imparcial¹². De ahí que la expresión “lesión de derechos” que emplea el artículo 38 inciso segundo CPR, no sería sino un reflejo de una justicia administrativa que atiende, ante todo, a la tutela de posiciones jurídicas subjetivas¹³.

Es probable que la subjetivización de nuestro contencioso, antes que una opción racional del Constituyente, haya sido una consecuencia más de la constitucionalización del derecho administrativo experimentado hacia finales del siglo XX. Como es bien sabido, dicha constitucionalización se cristalizó en la configuración desformalizada de acciones de origen constitucional que pretendían un amplio control de la actividad administrativa¹⁴. Sumado a esto, el legislador optó por una regulación parcelada de las acciones contencioso administrativas especiales, usualmente denominadas “reclamos de ilegalidad”, esparcidas en diversos cuerpos legales, con sus propias reglas de tramitación, y radicadas en tribunales ordinarios, y en ocasiones, tribunales especiales. Como veremos luego, esta inorgánica y asistémica regulación de los contenciosos administrativos especiales también repercutió en los poderes del juez, siendo una cuestión reiteradamente olvidada en el diseño institucional de la justicia administrativa chilena.

Esta falta de atención por los poderes del juez es compartida por otros ámbitos del contencioso administrativo, en los que el legislador también se ha mostrado reticente a regular. Así, aspectos esenciales como la legitimación activa, el contenido de los fallos y sus efectos, o la prescripción de las acciones, han pretendido ser explicados recurriendo a las categorías conceptuales del derecho administrativo francés: recurso por exceso de poder y acción de plena jurisdicción. Como es sabido, el recurso por exceso de poder se caracteriza por atender al control de la legalidad de los actos, debiendo limitarse el juez a anular el acto, estándole vedado la declaración de derechos en favor del afectado¹⁵; de ahí que se le identifique en ocasiones con un control del derecho objetivo¹⁶. Por otro lado, las acciones de plena jurisdicción constituyen un conjunto de acciones judiciales cuyo objeto es la tutela de posiciones jurídicas subjetivas, para ello resulta necesario habilitar al juez para que pueda disponer algo más que la simple anulación de actos ilegales¹⁷; de ahí que usualmente se le identifique con un control de carácter subjetivo.

¹² CORDERO, 2015, p. 98; CORDERO QUINZACARA, 2023, pp. 75-78.

¹³ FERRADA, 2020, p. 118.

¹⁴ VALDIVIA, 2017, p. 360-363.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ, 1997, pp. 37-38.

¹⁶ VALDIVIA, 2018, p. 380.

¹⁷ Como señala el autor Franck Moderne, las acciones de plena jurisdicción se caracterizan por “permitir al juez ir más allá de la simple anulación del acto y sancionar los comportamientos irregulares de la Administración, ya sea acordando indemnizaciones por daños y perjuicios; sustituyendo a la Administración para adoptar una medida conforme a derecho; o proclamando los resultados de unas elecciones en lugar de los órganos normalmente competentes; etc.”, MODERNE, 1993, p. 311. En el mismo sentido, VALDIVIA, 2018, p. 380.

De igual forma, la atención por las posiciones jurídicas subjetivas de los contenciosos de plena jurisdicción no importa obviar la observancia de la legalidad¹⁸.

Desde el 2007¹⁹ el marco teórico de acciones provenientes del derecho francés ha sido continuamente aplicado por la Corte Suprema²⁰, posiblemente motivado por dotar de algún grado de coherencia decisiones en variados ámbitos del contencioso administrativo que carecen de configuración legal, especialmente tratándose de la acción de nulidad de derecho público y el reclamo de ilegalidad municipal²¹. Sin embargo, la aplicación de estas categorías conceptuales ha cumplido un rol más bien modesto a la hora de explicar la complejidad del sistema de acciones contencioso administrativa, y en ocasiones, ha generado más preguntas que respuestas²². Por eso, no resultan casuales los esfuerzos de la doctrina nacional por dotarnos de un marco de clasificación de acciones más acorde a nuestra propia realidad²³.

III. RESPECTO DEL PROCESO DE SUBJETIVACIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA

Previo a entrar a analizar la configuración de los poderes del juez en el contencioso administrativo chileno se expondrán algunos antecedentes del proceso de subjetivación experimentado por la justicia administrativa española. Esto, por cuanto constituye un antecedente de derecho comparado que ha permeado enormemente nuestra propia reflexión acerca de la justicia administrativa, siendo útil como punto de comparación para definir dónde estamos y, probablemente, hacia dónde vamos²⁴.

¹⁸ VALDIVIA, 2017, p. 382.

¹⁹ Si bien la distinción había estado presente en trabajos de administrativistas del siglo XX, fue con Pedro Pierry que adquirió relevancia como esquema para explicar el modelo de justicia administrativa nacional. Los trabajos que reconocen la clasificación son abundantes, *v. gr.* PIERRY, 1979; PIERRY, 1980.

²⁰ *V. gr.* SCS, de 28 de junio de 2007, Rol N° 1203-2006, c. 10°; SCS, de 10 de septiembre de 2013, Rol N° 7929-2012, c. 7°; SCS, de 11 de mayo de 2015, Rol N° 2788-2015, c. 4°; SCS, de 25 de noviembre de 2022, Rol N° 22.308-2021, c. 8°.

²¹ FERRADA, 2020, pp. 144-147.

²² Un examen crítico de la aplicación de estas categorías por la Corte Suprema se encuentra en HARRIS, 2020, pp. 43-45.

²³ Valdivia ha propuesto un modelo de clasificación de acciones basado en pretensiones administrativas, que daría lugar a pretensiones de tipo anulatorias, de modificación, de condenas de hacer o no hacer, de condenas pecuniarias, y de mera certeza, ver VALDIVIA, 2018, pp. 381- 384. Por su parte, Luis Cordero siguiendo la clasificación del modelo francés ha distinguido entre contencioso de nulidad, contencioso de plena jurisdicción, contencioso cautelar, contencioso represivo, contencioso de interpretación, ver CORDERO, 2015, pp. 618-621. En un sentido similar, pero excluyendo el contencioso cautelar, véase CORDERO QUINZACARA, 2023, pp. 1164-1165.

²⁴ Tal como lo identifica Valdivia, la doctrina española ha tenido una amplia recepción en nuestro medio, VALDIVIA, 2018, p. 62. Ocupan un lugar especial los trabajos de Eduardo García de Enterría, quien por décadas abogó por un modelo de tutela judicial plena de los derechos de los ciudadanos ante la Administración., *v. gr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962.

La transformación del contencioso administrativo español durante el siglo XX implicó un paulatino abandono del paradigma de la justicia administrativa “objetiva” o de “proceso al acto”, para dar paso a un modelo de justicia administrativa plena, que fuese consistente con las exigencias de la tutela judicial efectiva²⁵. Lo anterior supuso el paso de un proceso centrado en controlar la legalidad de los actos, a uno orientado a la satisfacción de pretensiones²⁶. Bajo esta concepción, las pretensiones invocadas resultan fundamentales, por cuanto delimitan el objeto del proceso, lo que a su vez determina el ámbito de actuaciones de las partes y el contenido posible de la sentencia²⁷. En definitiva, como lo buscado mediante el proceso era remediar un derecho subjetivo o interés legítimo vulnerado por el actuar administrativo, el juez debía encontrarse en condiciones de poder satisfacer lo pedido, lo que exigía contar con poderes suficientes y adecuados para dicho cometido.

Pues bien, los primeros atisbos de este cambio han sido situados a mediados del siglo XX con la dictación de la LJCA del año 1956, que ya reconocía a las pretensiones como el objeto del proceso, para ello contenía un amplio catálogo de peticiones ejercitables por el administrado. La normativa permitía a los administrados solicitar al juez algo más que la mera anulación del acto, permitiendo requerir “el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma”²⁸, reconociendo ya por ese entonces pretensiones de tipo condenatorias²⁹.

Con la dictación de la CE en 1978, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) jugó un rol vertebrador en la construcción de un modelo de justicia administrativa democrático. Existía entonces un mandato constitucional a los jueces de amparar los derechos e intereses que fuesen lesionados por el actuar público, lo que confirmaba el tránsito de la justicia administrativa hacia un modelo de tipo subjetivo³⁰. Influenciado por el derecho alemán e italiano, el artículo 24.1 CE fue fruto de su tiempo: la experiencia de la postguerra exigía un mayor control y escrutinio de las decisiones de la Administración, de manera de no dejar zonas exentas de control³¹. En lo que nos atañe, esta cláusula constitucional supuso no solo garantizar el acceso a la jurisdicción, sino también un nivel mínimo de control o revisión jurisdiccional³². De ahí que esta norma haya permeado el esquema de revisión judicial de los actos, otorgando a

²⁵ El tránsito hacia un modelo subjetivo y pleno no es exclusivo del contencioso español, sino un fenómeno general de la justicia administrativa europea, incluyendo al contencioso administrativo francés. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, pp. 177-179.

²⁶ El concepto mismo de pretensiones evocaría el carácter subjetivo de la justicia administrativa. Véase HUERGO, 2000, pp. 33 y 34.

²⁷ GONZÁLEZ, 1953, pp. 90-91.

²⁸ Artículo 42 de la LJCA, 1956.

²⁹ HUERGO, 2000, p. 166.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2001, pp. 79-81. Sin embargo, la mayor amplitud del control debió convivir con el paradigma de “justicia administrativa revisora” aún existente para ese entonces. Al respecto, ver RAMÓN FERNÁNDEZ, 1998, p. 46-50.

³¹ Véase en general, DÍEZ-PICAZO, 1987, p. 41 y ss.

³² BARNES, 1993, p. 139.

los jueces un rol activo en la defensa de los derechos de los ciudadanos ante los excesos y defectos de la Administración, alejándose por lo demás de la concepción del contencioso administrativo como mero instrumento de control de la legalidad³³.

Este proceso de transformación tuvo como punto cúlmine la dictación de la LJCA en 1998, que vino a confirmar que el objeto del contencioso administrativo eran las pretensiones de los justiciables, de conformidad con las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el control pleno de la actividad administrativa³⁴. Entre otras cosas, la normativa en comento supuso una ampliación de las pretensiones admisibles ante la jurisdicción, y un sistema efectivo de ejecución forzosa de sentencias contra la Administración³⁵.

En la actualidad, el contencioso administrativo español cuenta con un reconocimiento positivo de una amplia variedad de pretensiones contra la actividad administrativa, lo que incluye la posibilidad de impetrar órdenes de condena. A este respecto, debe aclararse que las pretensiones de condena no constituyen un único tipo de acción, sino más bien un amplio catálogo de peticiones susceptibles de ser sometidas al juez, que –en oposición a las pretensiones anulatorias– permiten dirigirse a la Administración para ordenarle la realización de una determinada conducta, sea que se trate de un acto material o la dictación de un acto administrativo³⁶. Si previamente el administrado debía limitarse a pedir la anulación del acto ilegal, hoy el contencioso español ofrece a los jueces varias herramientas para reestablecer la situación jurídica vulnerada, lo que incluye reconocer prestaciones a favor del ciudadano, ordenar la dictación de algún acto administrativo, indemnizar daños o perjuicios, declarar la invalidez de una actuación material (“vías de hecho”), entre otros supuestos³⁷. Lo anterior ha ido de la mano con un reconocimiento amplio de la tutela cautelar y mecanismos de ejecución de sentencias contra la Administración.

IV. LA CONFIGURACIÓN DE LOS PODERES DEL JUEZ EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Los poderes del juez –como correlato de las pretensiones procesales– importan por cuanto definen la intensidad de la tutela jurisdiccional que los ciudadanos pueden eventualmente recabar de la judicatura³⁸. Si los jueces no pueden obligar al ente administrativo a efectuar una determinada prestación o realizar cierta actividad a favor del administrado, entonces el ciudadano no tiene más derecho que a obtener una tutela

³³ BARNES, 1993, p. 143.

³⁴ SÁNCHEZ MORÓN, 2001, p. 164; GARCÍA DE ENTERRÍA, 2001, p. 82.

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2001, pp. 82-84.

³⁶ HUERGO, 2000, p. 51.

³⁷ GAMERO y FERNÁNDEZ, 2016, pp. 649-651.

³⁸ Uno de los pocos trabajos que aborda en nuestro medio la cuestión de los poderes del juez en el marco del contencioso administrativo se encuentra en VALDIVIA, 2017, pp. 364 y ss.

anulatoria, lo que a nuestro entender no resulta acorde con las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva demanda dotar al juez de poderes amplios para satisfacer la totalidad de las pretensiones sometidas a su conocimiento, las que, de corresponder, deberán ser reconocidas mediante una sentencia de carácter estimatoria³⁹. Así, bien puede suceder que la adecuada protección de los derechos e intereses de los administrados no baste con la mera anulación del acto administrativo impugnado, y se requiera de algún tipo de tutela de mayor intensidad⁴⁰. Esta dimensión de la tutela judicial efectiva es posible reconducirla a la cuestión de la efectividad de las decisiones judiciales, esto es, que lo resuelto por el juez pueda ser eficaz a la hora de satisfacer las pretensiones hechas valer ante este⁴¹. De ahí que la tutela judicial efectiva demandaría investir al juez de poderes plenos para la total satisfacción de las pretensiones que ante él se formulen⁴².

El carácter subjetivo que usualmente se predica del contencioso administrativo nacional no ha ido acompañado de un reconocimiento de remedios judiciales de mayor intensidad. Al contrario, nuestro contencioso se ha estructurado esencialmente sobre la base del poder de anulación de actos ilegales. Tradicionalmente, la tutela anulatoria o “primaria” ha constituido el mecanismo por excelencia para el restablecimiento de la legalidad, centrado en la defensa del interés general, antes que en la consideración de posiciones subjetivas⁴³. Ahora bien, si el proceso contencioso administrativo debe atender a la protección de posiciones jurídico-subjetivas, entonces debe ser posible la dictación de sentencias que excedan a la tutela meramente anulatoria. Es admisible preguntarse entonces si acaso la imposibilidad de brindar una tutela judicial que involucre facultades más intensas —como puede ser la posibilidad de impetrar órdenes de condena— vulnera en alguna medida el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y plena de los administrados.

A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento español, nuestro modelo no contempla normas generales que regulen el ámbito de pretensiones admisibles de deducir ante la judicatura, ni mucho menos disposiciones que orienten los poderes del juez para

³⁹ HUERGO, 2000, p. 105.

⁴⁰ HUERGO, 2000, pp. 105 y 106.

⁴¹ De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la garantía de efectividad de las resoluciones judiciales también formaría parte del derecho a la tutela judicial. Sobre esto, ver BORDALÍ, 2011, p. 329.

⁴² MEILÁN y GARCÍA, 2011, p. 129: “La tutela judicial efectiva exige investir al juez de plenas potestades para la total y completa satisfacción de las pretensiones que ante él se formulen. La expresión ‘juzgar y ejecutar lo juzgado’ con la que el artículo 117 de la Constitución de 1978 define la función jurisdiccional significa realizar el ordenamiento jurídico, poner fin a la situación ilegítima que dio lugar a la intervención judicial y reestablecer el orden jurídico perturbado. El derecho a la tutela judicial efectiva no se agota en obtener una resolución dictada por un órgano jurisdiccional que dé respuesta a la pretensión planteada desde el estricto punto de vista de la legalidad, sino que exige la plena eficacia de lo sentenciado. En otras palabras, que el contenido del fallo sea ejecutado”. En nuestro medio, dicha exigencia bien puede reconducirse al mandato constitucional que recae sobre los jueces relativo a “resolver” y “hacer ejecutar lo juzgado” del artículo 76 CPR.

⁴³ VALDIVIA, 2018, pp. 378 y 379.

hacer frente a la ilegalidad. Al ser la tutela judicial efectiva un derecho fundamental de configuración legal⁴⁴, resulta entonces necesario que el contencioso administrativo cuente con normas procedimentales que regulen el tipo de pretensiones admisibles y la forma de hacerlas valer.

Hasta el momento nuestro contencioso administrativo ha echado mano de las normas del procedimiento civil para resolver cuestiones relativas a la tramitación de las acciones contencioso administrativas, ante la falta un cuerpo legal propio que delimite aspectos esenciales y particulares de la litigación administrativa. Por supuesto, la falta de interés del legislador en contar con reglas generales que regulen el procedimiento contencioso administrativo con algún grado de uniformidad es una consecuencia más de la no creación a la fecha de los tribunales contenciosos administrativos. Resulta igualmente llamativo el exceso de importancia que ha tenido la configuración de cauces procedimentales para acceder a los tribunales de justicia (“reclamaciones”) sin prestar mayor atención a las herramientas que cuenta el juez para procesar las pretensiones deducidas ante él⁴⁵.

Pues bien, ante la falta de una habilitación legal para la dictación de órdenes de condena, el juez deberá limitarse –en principio– a la dictación de sentencias con contenido anulatorio⁴⁶.

Sin embargo, si bien resulta poco feliz la falta de una cláusula general que reconozca la posibilidad de impetrar pretensiones condenatorias, aquello no puede implicar una apertura desformalizada del sistema de pretensiones admisibles, por cuanto es el legislador el llamado a definir los cauces procedimentales que posibiliten el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁷. De todas formas, es del todo probable que la preeminencia del remedio anulatorio se explique también por factores culturales e idiosincráticos de nuestra justicia administrativa⁴⁸.

Como sea, ante la falta de reglas al juez le estará vedado conceder algo más que la mera anulación del acto impugnado, en circunstancias que podría existir un remedio judicial más adecuado para reestablecer la posición jurídica vulnerada (*v.gr.* indemnizar perjuicios, ordenar el otorgamiento de un acto favorable, ordenar la no realización de una actuación, entre otros supuestos). Ahora bien, existen algunos procedimientos

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, 1987, p. 41 y ss.

⁴⁵ VALDIVIA, 2018, pp. 372 y 373.

⁴⁶ En la misma línea, pero a propósito del control judicial de la potestad sancionatoria CORDERO QUINZACARA y GÓMEZ, 2023, p. 90. Así y todo, no es extraño que, en el marco de un reclamo de ilegalidad contra sanciones administrativas, los jueces sustituyan la decisión del órgano administrativo, modificando el *quantum* o contenido de la sanción. No obstante, dicha práctica ha tenido no pocos cuestionamientos. Al respecto, véase FERRADA, 2014, pp. 258-260; VALDIVIA, 2018, p. 336.

⁴⁷ HUERGO, 2000, 118-121. Una solución un tanto distinta es asumir que es posible ejercitar todo tipo de pretensiones administrativas, fundado en el pleno sometimiento de la actividad administrativa a los tribunales de justicia. En este sentido, HUNTER, 2021, p. 236.

⁴⁸ Nos referimos a la identificación que suele aducir la jurisprudencia a la hora de examinar sus potestades para modificar el acto administrativo impugnado, esto es, vincular la operación que realiza el juez –control de la legalidad del acto– con el tipo de remedio judicial procedente (nulidad), *v. g.r.* SCS, de 12 de marzo de 2019, Rol N° 31.775-2018, c.º 5; SCS, de 27 de diciembre de 2019, Rol N° 15393-2019, c. 11º y 12º; SCS, de 09 de enero de 2020, Rol N° 25.201-2019, c.7º.

contenciosos administrativos donde los jueces detentan facultades para la dictación de órdenes de mayor intensidad, lo que en definitiva dependerá de la mayor o menor preocupación que el legislador haya prestado a dicho aspecto.

El caso más paradigmático de dictación de órdenes de condena en el derecho público chileno corresponde a los contenciosos de índole cautelar, en particular, la acción de protección⁴⁹. En el marco de dicha acción constitucional, la fórmula amplia “adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado” (artículo 20 CPR), ha permitido exigir a la Administración una diversidad de actuaciones o cesaciones, que en ocasiones ha desbordado el ámbito propio de una acción de índole cautelar. Por lo demás, su utilización como contencioso administrativo ordinario ha sido históricamente controvertida por la doctrina⁵⁰.

A continuación, expondremos un breve panorama de la configuración de los poderes del juez en el contencioso administrativo, distinguiendo según si la acción ha sido entregada a un tribunal especial o a uno de carácter ordinario:

1. *Contenciosos administrativos conocidos por tribunales especiales*

En el último tiempo el legislador ha comenzado a prestar mayor atención a la regulación de los poderes del juez, mediante la incorporación de normas acerca de límites al contenido de las sentencias, lo que ha acontecido especialmente tratándose de nuevos contenciosos creados al alero de tribunales especializados. A modo de ejemplo, encontramos el contencioso ambiental, de libre competencia y de contratación pública, en los que se han dispuesto facultades más intensas en el control de la actividad administrativa, y que escapan del esquema anulatorio presente en la generalidad de los reclamos de ilegalidad.

En el marco del contencioso de libre competencia, el legislador le ha reconocido al TDLC una amplia variedad de potestades en el ámbito de los procedimientos que impulsa la Fiscalía Nacional Económica, lo que incluye la posibilidad de ordenar en la sentencia, por ejemplo, “modificar o poner términos a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley”, “ordenar la modificación o disolución de sociedades (...)”, “aplicar multas a beneficio fiscal”, e inclusive, “imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración (...)”⁵¹.

En el ámbito de la contratación pública, el TCP se encuentra habilitado tanto para declarar la ilegalidad del acto impugnado como para adoptar medidas que permitan el restablecimiento de la legalidad. A este respecto, el inciso primero del artículo 26 de la Ley Nº 19.886 señala: “En la sentencia definitiva, el Tribunal se pronunciará sobre

⁴⁹ VALDIVIA, 2018, pp. 383 y 384; VALDIVIA, 2017, p. 421.

⁵⁰ Véase, FERRADA *et. al.*, 2003, pp. 79-81.

⁵¹ Artículo 26 del DFL Nº 1 que refunde DL Nº 211 de 1973, 2005.

la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho”.

En este caso, la facultad residual de anulación se complementa con una potestad, en teoría, amplísima para la adopción de todas “las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho”⁵². Dicha expresión evocaría –al igual que en la acción de protección– poderes amplios para definir de mejor manera la tutela requerida por el administrado. Sin embargo, si bien la facultad en análisis se presenta como amplia, la jurisprudencia no ha sido unívoca a la hora de reconocer al TCP la competencia para declarar el derecho a los perjuicios para con los contratantes afectados por la ilegalidad acaecida en el proceso de contratación⁵³. Dicho sea de paso, su categorización como acción de índole objetiva o de tipo plenaria, tampoco ha sido del todo clara en la jurisprudencia⁵⁴.

Sea como fuere, conforme con el nuevo marco normativo introducido por la Ley N° 21.634 que moderniza la Ley N° 19.886, la declaración de los perjuicios se configura como una facultad entregada a la apreciación de los tribunales ordinarios⁵⁵. De esta forma, es posible matizar que se trate de poderes amplios para definir los derechos del justiciable, o al menos, no en los términos que la fórmula evocaría.

Finalmente, tratándose de los TA, el legislador les ha reconocido poderes anulatorios y de modificación de actos ilegales, siendo la potestad de modificación de especial interés, por cuanto evidencia la incorporación a nuestro sistema de facultades más intensas e intrusivas en el control de la actividad administrativa. A este respecto, el artículo 30 de la Ley N° 20.600 señala lo siguiente:

“La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada.

En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en

⁵² Un empleo habitual de la facultad dice relación con ordenar el retrotraimiento del procedimiento licitatorio a un estado previo al acaecimiento del vicio de legalidad. *V. gr.* Sentencia TCP, de 9 de enero de 2014, Rol N° 243-2012; Sentencia TCP, de 30 de enero de 2023, Rol N° 271-2021.

⁵³ *V. gr.* SCS, de 3 de abril de 2014, Rol N° 10.637-2013 (voto de prevención); SCS, de 9 de junio de 2015, Rol N° 3807-2015, c. 3°. Un análisis en VERGARA, 2016, pp. 362 y 363, quien sostiene que las acciones resarcitorias estarían fuera del ámbito de competencia del TCP.

⁵⁴ *V. gr.* SCS, de 2 de agosto de 2010, Rol N° 7522-2008, c. 16° y 17°, en dicho pronunciamiento la Corte Suprema enmarca el contencioso de contratación pública en la categoría de recurso por exceso de poder, por cuanto la acción pretendería la observancia de la legalidad. Previamente en SCS, de 3 de abril de 2014, Rol N° 10.637-2013, prevención del entonces ministro Pedro Pierry. En sentido opuesto, SCS, de 9 de junio de 2015, Rol N° 3807-2015, c. 3°. En este último fallo, conociendo de un recurso de queja la Corte Suprema reconoció al TCP la facultad para determinar la procedencia de indemnizaciones, expresando que el tenor literal del artículo 26 es amplio.

⁵⁵ Artículo 26 septies de la Ley N° 19.886. .

el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

Debido a la peculiaridad que representa la facultad de modificación para el paradigma anulatorio del contencioso administrativo, es que retomaremos su análisis más adelante.

2. *Contenciosos administrativos conocidos por tribunales ordinarios*

Lamentablemente, los contenciosos cuyo conocimiento han sido entregados a los tribunales ordinarios (es decir, la gran mayoría) no han corrido igual suerte. La menor atención del legislador en la regulación de las acciones contencioso-administrativas evidencia la coexistencia de procedimientos con diversos grados de intensidad, según si este ha sido entregado a un tribunal ordinario o uno especial, lo que presenta serias dudas para con la tutela judicial efectiva⁵⁶.

En efecto, los cuerpos normativos que regulan las acciones sometidas al conocimiento de tribunales ordinarios no suelen incluir reglas acerca de las consecuencias o herramientas del juez para hacer frente a la ilegalidad, limitándose a reconocer una regla de acceso a la jurisdicción, que usualmente adoptará la forma de un “reclamo de ilegalidad”. Así por ejemplo, el reclamo de ilegalidad contra la denegación de información pública del Consejo para la Transparencia contemplado en el artículo 28 de la Ley N° 20.285, se limita a reglamentar el órgano competente para conocer de la acción (Corte de Apelaciones), algunos aspectos particulares de la tramitación de la reclamación (notificación, término probatorio y plazo para dictar sentencia); y además, permite que la sentencia disponga un plazo para la entrega de la información que fue denegada por el órgano público⁵⁷. Del mismo modo, el reclamo de ilegalidad contra actos de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles del artículo 19 Ley N° 18.410, se circunscribe a mencionar el tribunal competente (Corte de Apelaciones), algunas reglas de tramitación del recurso (término probatorio especial), los recursos que proceden contra la sentencia de la Corte, pero nada dice respecto del posible contenido de la sentencia estimatoria⁵⁸.

La consecuencia directa de la falta de atención por los poderes del juez, no es otra que la falta de habilitación para impetrar órdenes de mayor intensidad, debiendo el juez limitarse a la anulación del acto que se estima ilegal, pudiendo ordenar el reenvío del expediente al ente administrativo para que subsanado los vicios vuelva a dictar un nuevo acto. Sin embargo, al juez le estará vedado pronunciarse respecto del fondo del

⁵⁶ La existencia de infracciones a derechos o intereses que pueden encauzarse mediante procedimientos especiales, en contraposición a otros que no cuentan con procedimientos *ad hoc*, también puede constituir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto, ver CAMACHO, 2019, pp. 231 y 232.

⁵⁷ Artículo 30 de la Ley N° 20.285, 2008.

⁵⁸ La falta de regulación positiva del contenido posible de la sentencia se repite en una innumerable cantidad de procedimientos contenciosos administrativos especiales, a saber, reclamaciones de la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168, 1982; reclamaciones del Código de Aguas, 1981; reclamaciones de la Ley N° 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión, 1989, entre otras.

asunto, ordenar la realización (o abstención) de una determinada conducta, así como definir los contornos del nuevo acto administrativo cuando se hubiese ordenado retrotraer el procedimiento administrativo. Dicho sea de paso, el efecto del retrotraimiento del procedimiento produce que, en ocasiones, el administrado deba mantener viva la instancia administrativa, y eventualmente, iniciar un nuevo proceso de impugnación judicial (si la Administración mantiene su decisión inicial), aun cuando el juez hubiese previamente declarado la existencia de ilegalidades invalidantes en la actuación del órgano. Esta situación resulta especialmente compleja tratándose de actos de gravamen, como podría ser una sanción administrativa anulada, pero cuyo expediente se ordena volver a tramitar ante el mismo órgano que incurrió en el error o irregularidad, suponiendo una carga poco razonable para el administrado⁵⁹.

Hasta el momento, la excepción a la poca densidad normativa en torno a los reclamos de ilegalidad de competencia de los tribunales ordinarios había sido aportada por el reclamo de ilegalidad municipal contemplado en el artículo 151 de la LOCM⁶⁰. Esta acción contenciosa dirigida contra actos u omisiones ilegales de municipalidades permite que, junto con ordenar la dictación de una resolución de reemplazo de la resolución anulada, sea posible declarar la procedencia de indemnizaciones de perjuicios, lo que importa el reconocimiento de derechos a favor del administrado, y, por tanto, una orientación hacia la tutela de derechos e intereses⁶¹.

Así y todo, la preocupación por las herramientas de los jueces pudiese estar extendiéndose a nuevos contenciosos entregados al conocimiento de tribunales ordinarios. Es el caso del recientemente creado recurso de reclamación contra actos de la Agencia Nacional de Ciberseguridad⁶², cuyo conocimiento ha sido entregado a las Cortes de Apelaciones. En este caso, el legislador incorporó con precisión reglas para la procesabilidad de las acciones, lo que incluyó la potestad para ordenar en el marco de una sentencia estimatoria, la “rectificación del acto impugnado y la dictación de la respectiva resolución”⁶³. Adicionalmente, en el ámbito sancionatorio, se reconocen poderes al juez para dejar sin efecto la resolución sancionatoria –lo que incluye tener por no configurada la infracción– así como “mantener, dejar sin efecto o modificar la sanción impuesta al responsable o su absolución”⁶⁴. Sin ir más lejos, el proyecto de ley marco para el tratamiento de datos

⁵⁹ Acerca del problema del retrotraimiento en materia sancionatoria, véase en general, CANO, 2012; BAÑO LEÓN, 2011.

⁶⁰ Artículo 151 literal h) del DFL N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, 2006.

⁶¹ HUNTER, 2014, p. 193; FERRADA, 2020, p. 122. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha ido en una línea distinta, al enmarcar esta acción en la categoría francesa de recurso por exceso de poder o acción de nulidad. *V. gr.* SCS, de 31 de mayo de 2018, Rol N° 34.588-2017, c. 11° y 12°.

⁶² Artículo 46 de la Ley N° 21.663, 2024.

⁶³ Artículo 46 literal f) de la Ley N° 21.663, 2024.

⁶⁴ Artículo 46 literal g) de la Ley N° 21.663, 2024.

personales contempla normas similares tratándose de reclamaciones contra actos de la Agencia de Protección de Datos Personales⁶⁵.

3. *Nuevos poderes para la tutela plena de los administrados*

De un tiempo a esta parte, el legislador ha comenzado a introducir lentamente en la regulación procesal de las acciones contencioso-administrativas, nuevas facultades para un óptimo control judicial de los actos públicos. Tratándose de los TA, el legislador les reconoció poderes anulatorios y modificatorios de actos ilegales, configurando este último un remedio judicial inusual en el esquema marcadamente anulatorio de nuestro contencioso administrativo.

La potestad de modificación faculta al juez para que, junto con anular el acto ilegal, ordene al ente administrativo adecuar su actuar futuro a un cierto programa de directrices o parámetros, que deberán ser observados al momento de volver a resolver respecto del acto anulado⁶⁶. Así, por medio de la facultad de modificación se le reconoce al juez un lugar en la orientación de la actividad administrativa futura⁶⁷, por lo que no estaríamos ante un contencioso puramente objetivo, sino que ante un procedimiento que también envuelve consideraciones de índole subjetiva. Lo anterior, resulta consistente con el tránsito experimentado por la justicia administrativa hacia un modelo que atienda, ante todo, a la protección de los derechos e intereses de los administrados⁶⁸.

Si bien la jurisprudencia ambiental ha sido más bien reticente en reconocer el mayor ámbito de intromisión que permite el artículo 30 LTA en la órbita de la actividad administrativa⁶⁹, en la práctica la facultad de modificación ha operado como una verdadera guía de parámetros o directrices, con el objeto de orientar la actividad futura de los órganos públicos⁷⁰.

⁶⁵ Al momento de elaboración de este trabajo, el proyecto de ley que crea un marco para el tratamiento de datos personales se encontraba aprobado por el Congreso Nacional, estando pendiente algunos trámites para su promulgación. Al respecto, véase Proyecto de ley sobre protección de datos personales, Boletín Nº 11.092.

⁶⁶ HUERGO, 2000, p. 268.

⁶⁷ VALDIVIA, 2015, pp. 268-269.

⁶⁸ Valdivia sostiene que se trataría de un “contencioso objetivo de plena jurisdicción”, en VALDIVIA, 2015, p. 272. En la misma línea, Hunter ha sostenido que la Ley Nº 20.600 reconoce un modelo donde conviven elementos de un control objetivo y subjetivo de la justicia administrativa, en HUNTER, 2023, pp. 149 y 150.

⁶⁹ En ocasiones la jurisprudencia ambiental asimila el tipo de acción con pretensiones de carácter anulatorias. V. gr. Sentencia 2º TA, de 18 de julio de 2014, Rol Nº R-16-2013, c. 3º y 4º.

⁷⁰ V. gr. en Sentencia 3º TA, de 5 de febrero de 2016, Rol Nº R-15-2015, que ordena dictar una nueva resolución sancionatoria considerando en la ponderación de la sanción las circunstancias que indica el fallo; Sentencia 2º TA, 20 de octubre de 2017, Rol Nº R-132-2016, donde el Tribunal ordenó que el nuevo programa de cumplimiento incluyera el contenido técnico relevado en la sentencia como defectuoso; en Sentencia 2º TA, 21 de noviembre de 2014, Rol Nº R-24-2014, en la que el Tribunal ordenó la eliminación de contenido de la RCA, así como requirió incorporar cierto contenido al acto terminal.

Posiblemente siguiendo a la LJCA española⁷¹, la potestad de modificación de actos ilegales se sitúa teóricamente en el ámbito de las órdenes de condena (en sentido débil), pero con ciertas particularidades que atenúan la intrusión de los jueces en las operaciones administrativas. Así, el poder de modificación se caracteriza por ordenar al órgano la realización de una determinada actividad (*v.gr.* tramitar un nuevo procedimiento sin vicios, recalcular el *quantum* de una multa, incorporar ciertos intereses en el otorgamiento de un permiso, etc.), sin que ello implique reemplazar a la Administración en aquello que la ley ha dejado entregado a la apreciación del órgano⁷². En este sentido, la orden de modificar el acto supone una herramienta que, junto con el poder de anulación, permite exigirle al órgano que adoptó la decisión que la adecue al contenido de la sentencia⁷³.

Siguiendo a Alejandro Huergo, este tipo de pronunciamientos se enmarca en lo que se conoce como “sentencias marco”, por cuanto “proporcionan a la Administración un marco vinculante para su actuación futura”, el que estará determinado por directrices o un programa al que deba ajustar su actuación futura, y que podrá ser más o menos específico, según la concurrencia o no de potestades discrecionales o regladas⁷⁴. Por lo demás, la orden de modificación no supone indicarle al órgano todo el contenido o detalle del nuevo acto que emita o procedimiento que se ordene tramitar (si se ordenó el retrotraimiento del procedimiento). A su turno, este remedio judicial tampoco impone un determinado resultado concreto, sino más bien tiene por objeto regular la actuación futura de la Administración, la que deberá tener en cuenta lo resuelto por el juez en su sentencia al momento de volver a pronunciarse acerca de la petición del particular⁷⁵. Dicho sea de paso, el juez tampoco podrá modificar por sí mismo el acto impugnado, estándole vedado su sustitución directa.

El fundamento de este tipo de órdenes reposa en la ilegalidad constatada por el juez en su sentencia, por lo que el eventual contenido del pronunciamiento tendrá por objeto que el órgano adecue su actuar a la legalidad, de ahí que el control de la legalidad no desaparece de la operación que debe realizar el juez. Por supuesto, los tribunales especializados –como es el caso de los TA– presentan particularidades propias,

⁷¹ En su versión inicial, el proyecto de ley que creaba los TA contemplaba la siguiente norma: “Artículo 26. (...) En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar como medidas el dejar sin efecto o modificar los actos contrarios a las disposiciones de la ley y ordenar la realización de determinadas actividades”. A su turno, el entonces artículo 27 contemplaba la posibilidad de que la sentencia sustituyera directamente el acto ilegal: “(...) En el ejercicio de estas competencias el tribunal tendrá plenas atribuciones para revisar el procedimiento administrativo de que se trate, verificar los hechos sobre los cuales descansa la decisión y sustituir la decisión en la parte que corresponda”. Véase Proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, Boletín N° 6747-12.

⁷² HUERGO, 2000, p. 283-285.

⁷³ SUNKIN, 2009, p. 922 y 923.

⁷⁴ HUERGO, 2000, p. 284. La expresión “sentencias marco” fue extraída del derecho alemán. Acerca de esto ver MAURER, 2012, pp. 259-261.

⁷⁵ HUERGO, 2000, p. 284.

que hacen esperable una menor deferencia en el control de la actividad administrativa, lo que posibilita el control tanto de aspectos jurídicos como técnicos de la decisión⁷⁶.

Un último aspecto relevante de este tipo de órdenes dice relación con la sustitución de la Administración. Sabido es que la consagración de pronunciamientos con mayor posibilidad de intrusión en la órbita de la administración supone también un riesgo para el principio de separación de poderes. Reconociendo esto, la formulación empleada en el contencioso administrativo ambiental busca evitar que los jueces reemplacen a la Administración (artículo 30 inciso segundo de la Ley N° 20.600) en aquello que la ley ha dejado entregado al margen de apreciación del órgano.

La cláusula en cuestión presenta dos ideas que nos parecen fundamentales mencionar⁷⁷: (i) por un lado, que es posible que el juez sustituya la decisión de la Administración, en la medida que existan antecedentes suficientes para ello, y, (ii) que la discrecionalidad puede agotarse, cuando desaparecen las razones que justifican la reticencia del juez a decidir acerca del fondo del asunto. En definitiva, la cláusula de prohibición de sustitución impide al juez que, en ejercicio de sus facultades, defina cuestiones que caben en el ámbito de discrecionalidad del órgano, a menos que la discrecionalidad se haya agotado⁷⁸. Por lo demás, el poder de sustitución de la Administración cuando la discrecionalidad se ha agotado no deja de ser un supuesto excepcional⁷⁹.

Pues bien, la delimitación que el juez haga en su sentencia no podrá significar el reemplazo de la Administración en el ejercicio de sus potestades que le son propias, como podría ser la potestad de fiscalizar y sancionar infracciones administrativas⁸⁰, la determinación específica del monto de una multa a aplicar⁸¹, o la delimitación de los cargos que deberán ser objeto del procedimiento sancionatorio⁸², por nombrar algunos supuestos.

⁷⁶ CORDERO y TAPIA, 2015, p. 12.

⁷⁷ El artículo 30 inciso segundo de la Ley N° 20.600 es similar al artículo 71 inciso segundo LJCA.

⁷⁸ HUERGO, 2000, p. 288; GAMERO y FERNÁNDEZ, 2016, p. 85. Debe precisarse que la norma fue extraída de un contexto donde la judicatura puede impetrar órdenes de mayor intensidad.

⁷⁹ El poder de sustitución no es una cuestión extraña en el derecho administrativo comparado. Sin ir más lejos, también se encuentra presente en el derecho inglés, cuando habiéndose anulado una decisión por un *tribunals* o *courts*, el acto sea anulado por un error de derecho, y que, además, suprimiendo dicho error haya sido posible una única decisión al caso. Véase CANE, 2011, pp. 248 y 249.

⁸⁰ Un caso claro de sustitución de la administración fue el del Proyecto "Punta Puertecillo", donde la Corte Suprema derechamente impuso una sanción de multa al infractor por el cargo de elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en circunstancias que la SMA resolvió que dicha infracción no se configuraba. Al respecto, ver SCS, de 25 de noviembre de 2022, Rol N° 14.568-2021. Un análisis de las implicancias de este caso para la revisión jurisdiccional de actos ambientales, véase MÉNDEZ, 2024, pp. 237-239.

⁸¹ Por ejemplo, SCS, de 31 de mayo de 2022, Rol N° 63.341-2020, c. 18° y 19°. En este caso la Corte Suprema estimó que la rebaja directa de un porcentaje de una multa impuesta por la SMA, importaba determinar el contenido discrecional del acto anulado.

⁸² Por ejemplo, en SCS, de 9 de julio de 2019, Rol N° 3470-2018, c. 34°, la Corte Suprema estimó que la instrucción del TA a la SMA de iniciar un procedimiento sancionatorio indicándole detalladamente los cargos a investigar, contravenía la prohibición de sustitución del artículo 30 inciso segundo de la Ley N° 20.600.

V. CONCLUSIONES

La configuración actual de los poderes del juez en el marco de lo contencioso administrativo presenta serias dudas para con las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así, y a diferencia de la transformación experimentada por el ordenamiento español, el legislador se ha mostrado más bien reticente a regular y ampliar el ámbito de lo que pueden decir los jueces cuando resuelven conflictos entre los particulares y la Administración.

Pese a que en otros ámbitos nuestro contencioso administrativo ha transitado hacia un control de impronta subjetiva, amparando la tutela de derechos e intereses de los justiciables, esto no ha importado el reconocimiento de poderes de mayor intensidad para el control de la actividad administrativa. Al contrario, nuestro sistema de justicia se ha estructurado sobre la base de pretensiones anulatorias, estándole vedado –en principio– a los jueces la impartición de órdenes de condena. Por su parte, los casos en los cuales los ciudadanos pueden solicitar una tutela de mayor intensidad, dejando fuera a la acción de protección, son escasos y requieren de regulación especial, que el legislador usualmente ha pasado por alto al momento del diseño de las acciones contencioso administrativas especiales.

Resulta apremiante dotar de racionalidad a nuestro modelo de justicia administrativa, para ello es necesario uniformar y fortalecer el esquema de poderes y herramientas para que los jueces puedan reestablecer la situación jurídica vulnerada. Esto por supuesto debe ir de la mano con un reconocimiento legal de poderes de mayor intensidad, que incluya, entre otros, la posibilidad de impartir órdenes de condena. A su vez, debemos preguntarnos si una ley de jurisdicción contencioso administrativa pueda en alguna medida brindar sistematicidad y coherencia a los procedimientos contenciosos. En esto, la experiencia española puede ser un buen punto de partida, considerando que su estructura y esquema ha permeado fuertemente nuestra propia reflexión en torno a la justicia administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO León, José María, 2011: “La retroacción de actuaciones: ¿denegación de justicia o garantía del justiciable?”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 152, pp. 839-858.
- BARNES, Javier, 1993: “La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (Art. 19 IV)” en BARNES, Javier (coord.), *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Madrid, Editorial Civitas, pp. 135-206.
- BORDALÍ, Andrés, 2011: “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, núm. 2, pp. 311-337.
- BORDALÍ, Andrés, 2018: “Interés legítimo e interés para recurrir en el Contencioso Administrativo ambiental chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 51, pp. 69-94.
- CAMACHO, Gladys, 2019: “Justicia administrativa y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 22, pp. 221-252.

- CANE, Peter, 2011: *Administrative Law* (5° ed.), Clarendon Law Series, New York, Oxford University Press.
- CANO, Tomás, 2012: “La imposibilidad de retrotraer actuaciones cuando se vulneran los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo sancionador (a propósito de las sentencias de la Audiencia Nacional, de 27 de mayo de 2009, y del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 17 de junio de 2010)”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y ALONSO GARCÍA, Ricardo (coord.) *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández*, vol. 1, pp. 841-866.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2005: “La legitimación activa en el proceso Contencioso Administrativo”, en FERRADA, Juan Carlos (coord.), *La Justicia Administrativa*, Santiago: LexisNexis, pp. 384-416.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2023: *Curso de Derecho Administrativo* (Santiago, Libromar).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo y GÓMEZ, Rosa, 2023: “Criterios y estándares para el control judicial de las sanciones administrativas”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, núm. 37, pp. 67-105.
- CORDERO, Luis, 2005: “Procedimientos Administrativos y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa”, en FERRADA, Juan Carlos (coord.), *La Justicia Administrativa*, Santiago: LexisNexis, pp. 301-340.
- CORDERO, Luis, 2015: *Lecciones de Derecho Administrativo* (2° ed.), Santiago, Legal Publishing Chile.
- CORDERO, Luis y TAPIA, Javier, 2015: “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional”, en *Revista de Estudios Públicos*, núm. 139, pp. 7-65.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 1987: “Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista del Poder judicial*, Nº 5, pp. 41-49.
- FERRADA, Juan Carlos, BORDALÍ, Andrés, y CAZOR, Kamel, 2003: “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 14, pp. 67-81.
- FERRADA, Juan Carlos, 2012: “El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 25, núm. 1, pp. 103-126.
- FERRADA, Juan Carlos, 2014: “La articulación de las potestades administrativas y jurisdiccionales en la aplicación de sanciones administrativas en el derecho chileno: Poderes distintos, pero complementarios”, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime y ALARCÓN, Pablo (coord.), *Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo, Colección Estudios de Derecho Público*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 239-261.
- FERRADA, Juan Carlos, 2020: *Justicia Administrativa* (Santiago, Der Ediciones).
- GAMERO, Eduardo y FERNÁNDEZ Eduardo, 2016: *Manual de Derecho Administrativo básico* (13° edición), Madrid, Editorial Tecnos.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 1962: “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, pp. 159-208.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 2001: *Problemas del Derecho Público al comienzo del siglo* (Madrid, Editorial Civitas).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, 2009: “La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva”, *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 179, pp. 167-183.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, 1997: *Curso de Derecho Administrativo* (11° edición), tomo I y II, Madrid, Civitas Ediciones.

- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, 1953: “La pretensión Procesal Administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 12, pp. 77-128.
- HARRIS, Pedro, 2020: “La identificación de la acción de plena jurisdicción en el contencioso administrativo: perspectivas doctrinales y jurisprudenciales”, *Revista de Derecho Público*, núm. 93, pp. 33-48.
- HUERGO, Alejandro, 2000: *Las Pretensiones de Condena en el Contencioso-Administrativo* (Navarra, Editorial Aranzandi).
- HUNTER, Iván, 2014: “Reclamo de ilegalidad municipal en la jurisprudencia: caos interpretativo y criterios dudosos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 27, núm. 2, pp. 191-215.
- HUNTER, Iván, 2021: “Tutela judicial y control de las vías de hecho de la Administración en Chile”, *Ius et Praxis*, vol. 27, núm. 1, pp. 229-247.
- HUNTER, Iván, 2023: *Tutela judicial y administrativa del medio ambiente*, Tomo I (Santiago, Der Ediciones).
- MAURER, Hartmut, 2012: *Derecho Administrativo Alemán* (trad.), Instituto de Investigaciones Jurídicas (16^o edición alemana), Doctrina Jurídica, núm. 647, Universidad Nacional Autónoma de México.
- MEILÁN, José Luis y GARCÍA, Marta, 2011: “La Justicia Administrativa en España”, *Revista de Derecho*, vol. 12, pp. 123-148.
- MÉNDEZ, Pablo, 2024: “Notas sobre la revisión judicial de multas ambientales (Corte Suprema) a propósito del Caso “Punta Puertecillo”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 37, núm. 1, 231-239.
- MODERNE, Franck, 1993: “La Justicia Administrativa en Francia: Proceso, técnicas de control, ejecución de sentencias” (trad.), en Barnes, Javier (coord.), *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Madrid, Editorial Civitas, pp. 303-332.
- PIERRY, Pedro, 1979: “Notas en torno a la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de la actividad administrativa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 3, pp. 161-174.
- PIERRY, Pedro, 1981: “Lo contencioso administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del poder judicial hasta la dictación de la ley”, *Revista de Derecho Público*, Comentarios Undécimas Jornadas de Derecho Público, pp. 209-225.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Juan, 1998: *Jurisdicción Administrativa revisora y tutela judicial efectiva* (Madrid, Civitas Ediciones).
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, 2001: “El objeto del recurso contencioso administrativo”, en Lenguina, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (2^o ed.), Valladolid: Editorial Lex Nova, pp. 163-238.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 2004: “La Constitucionalización del derecho administrativo”, en *Revista Universidad Mayor*, N^o3, pp. 27-46.
- SUNKIN, Maurice, 2009: “Remedies Available in Judicial Review proceedings”, en David Feldman (ed.), *English Public Law*, New York, Oxford University Press Inc., pp. 915-953.
- VALDIVIA, José Miguel, 2015: “Contenido y efectos de las sentencias de los Tribunales Ambientales”, en Ferrada, Juan Carlos, Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco (coord.), *La Nueva Justicia Ambiental*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 253-276.
- VALDIVIA, José Miguel, 2017: “Reflexiones sobre las acciones en Derecho Administrativo”, en Schopf, Adrián y Marín, Juan Carlos (editores), *Lo Público y Lo Privado: Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago, Legal Publishing Chile, pp. 349-431.
- VALDIVIA, José Miguel, 2018: *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- VERGARA, Alejandro, 2016: “Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 46, N^o1, pp. 347-378.

Normativa citada

- DECRETO con Fuerza de Ley Nº 1122, Código de Aguas, 1981.
LEY Nº 18.168, que dispone la Ley General de Telecomunicaciones, 1982.
LEY Nº 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 1985.
LEY Nº 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, 1989.
LEY Nº 29, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, 1998.
LEY Nº 19.886 sobre compras públicas, 2003.
DFL Nº 1 que fija texto refundido del Decreto Ley Nº 211/1973, sobre normas para la defensa de la Libre Competencia, 2005.
LEY Nº 20.285 sobre acceso a la información pública, 2008.
LEY Nº 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, 2006.
LEY 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, 2012.
LEY Nº 21.634, que moderniza la ley de compras públicas, 2023.
LEY 21.663, que establece la ley marco de ciberseguridad, 2024.
PROYECTO de ley que crea el Tribunal Ambiental, Boletín Nº 6747-12.
PROYECTO de ley sobre protección de datos personales, Boletín Nº 11.092.

Jurisprudencia citada

- CORTE Suprema, sentencia de 28 de junio de 2007, rol 1203-2006.
CORTE Suprema, sentencia de 2 de agosto de 2010, rol 7522-2008.
CORTE Suprema, sentencia de 10 de septiembre de 2013, rol 7929-2012.
CORTE Suprema, sentencia de 3 de abril de 2014, rol 10.637-2013.
CORTE Suprema, sentencia de 11 de mayo de 2015, rol 2788-2015.
CORTE Suprema, sentencia de 9 de junio de 2015, rol 3807-2015.
CORTE Suprema, sentencia de 31 de mayo de 2018, rol 34.588-2017.
CORTE Suprema, sentencia de 12 de marzo de 2019, rol 31.775-2018.
CORTE Suprema, sentencia de 9 de julio de 2019, rol 3470-2018.
CORTE Suprema, sentencia de 27 de diciembre de 2019, rol 15393-2019.
CORTE Suprema, sentencia de 9 de enero de 2020, rol 25.201-2019.
CORTE Suprema, sentencia de 31 de mayo de 2022, rol 63.341-2020.
CORTE Suprema, sentencia de 25 de noviembre de 2022, rol 22.308-2021.
CORTE Suprema, sentencia de 25 de noviembre de 2022, rol 14. 568-2021.
SEGUNDO Tribunal Ambiental, sentencia de 18 de julio de 2014, rol R-16-2013.
SEGUNDO Tribunal Ambiental, sentencia de 21 de noviembre de 2014, rol R-24-2014.
TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 5 de febrero de 2016, rol R-15-2015.
SEGUNDO Tribunal Ambiental, sentencia de 20 de octubre de 2017, rol R-132-2016.
TRIBUNAL de Contratación Pública, sentencia de 9 de enero de 2014, rol 243-2012.
TRIBUNAL de Contratación Pública, sentencia de 30 de enero de 2022, rol 271-2021.

Problemas operativos de la retractación de la víctima como causal de reproducción o lectura de declaraciones anteriores

*Agustina Alvarado Urizar**

RESUMEN

El trabajo analiza los problemas prácticos del nuevo supuesto de excepción a los principios de inmediación y contradicción en casos de retractación de la víctima, introducido por la Ley N° 21.523 en el literal f) del art. 331 del Código Procesal Penal. Para estos efectos, la investigación ofrece el marco teórico que dota de contenido a los principios anotados como garantías integrantes del derecho a un juicio oral, justificando una interpretación restrictiva de sus excepciones, con las precisiones que supone un adecuado concepto de retractación. A continuación se sistematiza las problemáticas asociadas a dos órdenes de ideas: en primer lugar, el ámbito de aplicación objetivo de la excepción (delitos) y la concreta modalidad que debe asumir su verificación (reproducción o lectura de declaraciones anteriores); y, en segundo lugar, las dificultades que presenta la exigencia legal según la cual la solicitud debe ser sustentada en informes psicológicos y los antecedentes relativos a la evaluación del riesgo en que se encuentra la víctima; todo con el objetivo de proporcionar opciones interpretativas que calibren la protección y fortalecimiento de los derechos de las víctimas y el respeto por el estatuto de garantías que ampara al imputado.

Retractación; reproducción o lectura de declaraciones; garantías procesales

* Licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctora en Ciencias Jurídicas, mención Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Universidad Estatal de Milán, Italia y Universidad de Girona, España. Profesora Asistente Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello, campus Viña del Mar, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3520-054X>. Correo electrónico: agustina.alvarado@unab.cl

Este trabajo ha sido redactado en el marco del Proyecto Fondecyt de Iniciación N°11221241, titulado "Régimen de ineficacia de la prueba ilícita en el sistema procesal penal chileno. Estudio dogmático y crítico", en calidad de investigadora responsable. Agradezco la contribución de los ayudantes de investigación Francisco Rivera Müller y Fabián Suazo Guacte, las sugerencias y comentarios formulados por el profesor Dr. Pietro Sferrazza, así como todas las consideraciones compartidas por las y los colegas en el contexto de las VI Jornadas de Mujeres Penalistas y Criminólogas celebradas los días 3 y 4 de agosto de 2023 en la Universidad de Concepción y en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Penal y Ciencias Penales verificados los días 15 a 17 de noviembre de 2023 en la Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo.

Artículo recibido el 1.5.2024 y aceptado para su publicación el 13.1. 2025.

*Operational problems of the retraction of the victim as a cause
for reproduction or reading of previous statements*

ABSTRACT

This work analyzes the practical problems of the new exception case to the principles of mediation and contradiction in cases of retraction of the victim, created by statute No. 21,523 in letter f) of article 331 of the Criminal Procedure Code. For these purposes, this research offers the theoretical framework that gives content to such principles as integral guarantees of the right to an oral trial, justifying a restrictive interpretation of its exceptions, with the clarifications that represent an adequate concept of retraction. Afterwards, the problems associated with two set of ideas are systematized: first, the objective scope of application of the exception (crimes) and the specific modality that must be assumed in its verification (reproduction or reading of previous statements); and, secondly, the difficulties presented by the legal requirement according to which the request must be supported by psychological reports and by the background information regarding to the evaluation of the risk that the victim is in; all with the aim of providing interpretative options that balance the protection and strengthening of the rights of victims and respect for the statute of guarantees that the accused holds.

Retraction; reproduction or reading of statements; procedural guarantees

I. INTRODUCCIÓN

El 31 de diciembre de 2022 se publicó la Ley N°21.523, que modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización. Para ello se plantean varias modificaciones destinadas a resguardar su integridad y privacidad en la investigación y el proceso penal, evitando su revictimización¹. Entre ellas se encuentra el nuevo literal f) del art. 331 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) que agrega un nuevo supuesto de excepción a los principios de inmediación y contradicción, al permitir la reproducción o lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, cuando existan antecedentes fundados acerca de la retractación de la víctima, los que serán valorados por el tribunal de acuerdo con lo dispuesto en el art. 297, teniendo en especial consideración los informes psicológicos acompañados y los antecedentes relativos a la evaluación del riesgo en que se encuentra. Así, el objetivo de la presente investigación consiste en evidenciar los problemas prácticos que deben (o deberían) enfrentar los operadores a la hora de hacer efectiva la invocación de este nuevo supuesto para proporcionar opciones interpretativas que calibren la protección y fortalecimiento de los derechos de las víctimas y el respeto por el estatuto de garantías que ampara al imputado.

¹ Biblioteca del Congreso Nacional, 2022, p. 7.

Para ello, el trabajo consta de tres apartados. El primero proporciona un marco conceptual de la función epistémica y el carácter de garantía que las exigencias de intermediación y contradicción desempeñan en un proceso acusatorio adversarial, así como el sentido y alcance que ha de atribuirse a la noción de retractación como elemento integrante del supuesto fáctico de la nueva excepción. Los restantes apartados sistematizan las problemáticas asociadas y las correspondientes soluciones interpretativas referidas a dos órdenes de ideas: el ámbito de aplicación de la excepción y su concreta modalidad de verificación y las dificultades que presenta la exigencia legal referida a los informes psicológicos y los antecedentes relativos a la evaluación del riesgo en que se encuentra la víctima.

II. LA RETRACTACIÓN COMO EXCEPCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONTRADICCIÓN EN JUICIO ORAL

1. *Justificación epistémica de las garantías de intermediación y contradicción en juicio oral*

Dentro de las garantías judiciales, entre las garantías del juicio, suele ubicarse la exigencia de intermediación y de contradicción como instrumentos necesarios para permitir la concreción del derecho a un juicio oral, como parte integrante, a su vez, del derecho a un debido proceso en los términos consagrados en el art. 19 N° 3 i. 6° de la Constitución Política de la República (en adelante CPR)².

Ambos principios constituyen el eje de un proceso moderno respetuoso con los derechos fundamentales que, superando los vicios y abusos del “proceso inquisitivo”, pretende reducir la probabilidad de error judicial en la reconstrucción de la premisa fáctica de cara a la acreditación de la verdad (siempre solamente probable) como supuesto indispensable para la justicia de la decisión y, por tanto, para su legitimidad en un Estado democrático de Derecho. En efecto, tanto los sistemas del *common law* como los de corte europeo-continental “parten del mismo postulado: el juicio ha de ser el resultado de la valoración de pruebas legales y fiables”³.

Así, el principio de intermediación impone que la recepción de la prueba se produzca ante el sentenciador, sin la intermediación de otras personas (intermediación en sentido formal), de modo que este solo pueda fallar sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral (intermediación en sentido material). Mientras el primer aspecto se manifiesta mediante la exigencia de la presencia ininterrumpida de los jueces durante toda la audiencia de juicio oral como requisito de validez (art. 284 CPP) y la prohibición, bajo sanción de nulidad, de la delegación de actuaciones (art. 35 CPP); el segundo se

² Así, Tribunal Constitucional: 18.01.2022, rol 11348-2021; 17.03.2022, rol 11715-2021; 18.12.2020, rol 9106-2020; 02.09.2021, rol 11343-2021; 18.12.2020, rol 9246-2020. Esta idea se encuentra expresamente en el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos que engloba todas estas garantías bajo la referencia a un juicio público equitativo (*right to a fair and public hearing*).

³ BACHMAIER, 2019, p. 289.

concreta en la prohibición (art. 334 CPP), con carácter general, de incorporar o invocar como medio de prueba o dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público (en adelante, MP)⁴.

En materia penal la cuestión es particularmente sensible por su incidencia en los casos de error judicial, o en palabras de Duce, de “errores del sistema”⁵. Por ello la prueba personal⁶ debe ser incorporada al juicio oral por medio de la declaración de los testigos y peritos en juicio, en forma directa, sin que puedan ser sustituidas por la lectura o reproducción de registros en que constaren deposiciones anteriores (art. 329 y 228 i. final CPP). En efecto, según el principio de separación de fases, los actos previos –por regla– carecen de valor probatorio, pues solo pretenden averiguar las circunstancias del delito y la identidad del imputado con el fin de preparar el juicio oral o descartar su celebración para evitar la llamada “prueba de banquillo”⁷ y posibilitar que los intervinientes tengan los elementos necesarios para defender sus posiciones en el debate contradictorio ante el tribunal enjuiciador⁸.

De otra parte, el sustento constitucional del principio contradictorio en Chile se halla en los arts. 19 N°2, i.1° (igualdad ante la ley) y en el N°3, i. 1° CPR (igualdad en la protección de la ley en el ejercicio de sus derechos). En su virtud, cualquiera que recurra a la justicia debe ser atendido conforme con unas mismas leyes y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo; donde la defensa cuente con la posibilidad real de formular la máxima refutación de las hipótesis acusatorias.

Si bien es verdad que, originalmente, su vigencia se justificaba en el *método falsacionista*⁹ empleado por el modelo acusatorio bajo un paradigma de finalidad persuasiva de la prueba; hoy, a la luz de una perspectiva racionalista-objetiva de valoración de la prueba, se entiende que la contraposición de tesis y antítesis permite, más bien, verificar la validez de una y otra, propiciando su control recíproco¹⁰.

Así, de cara a la búsqueda de la verdad, el principio de intermediación hace posible el control de la fiabilidad y credibilidad de las fuentes de prueba al exigir que el tribunal presencie el interrogatorio cruzado (*cross-examination*) de testigos y peritos, como técnica asociada a la rendición misma de esta clase de pruebas y que, concreta tanto el principio de contradicción (debate contradictorio propio del proceso acusatorio de corte europeo-continental) como el derecho del acusado a confrontar a su acusador

⁴ LÓPEZ, 2002, pp. 94 a 97.

⁵ DUCE, 2013, p. 3.

⁶ Se entiende que la prueba documental también debe ingresar directamente al tribunal, no obstante no ser susceptible de confrontación en sí misma. En efecto, ello explica que, tratándose de documentos, objetos y otros medios, estos deban ser leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen, en cuanto reconocimiento que solo puede provenir del acusado, peritos o testigos durante sus declaraciones (art. 333 CPP).

⁷ BACHMAIER, 2019, p. 286.

⁸ Así STC 138/1988, de 7 de julio y 217/1989, de 21 de diciembre.

⁹ HORVITZ, 2004, p. 253.

¹⁰ ALVARADO, 2022, p. 115 s.

(la denominada *confrontation clause* del proceso angloamericano)¹¹. En este sentido, el derecho a confrontación se encuentra en íntima relación con el contraexamen, pues el primero establece la obligación positiva de que la declaración se rinda con inmediatez de los intervinientes (*face to face*) como elemento del derecho a un debido proceso, con el objetivo primordial —no el único— de facilitar la *cross-examination*; y en sentido negativo, impide la admisión o valoración por falta de fiabilidad de un testigo que no ha podido ser sometido directamente a contrainterrogatorio. Es decir, desde este último extremo, justifica —en parte— la regla (no absoluta) de exclusión basada en *hearsay*, para no admitir prueba testifical no directa u obtenida con carácter previo al juicio oral, e introducida por medio de un testigo de referencia, lectura o reproducción de declaraciones realizadas ante la policía u otra autoridad¹².

En este punto, la cuestión conceptual fundamental es, como indica Bachmaier, que mientras la inmediatez se refiere primordialmente a la relación entre el juzgador y las pruebas (no solo la testifical); el derecho a la confrontación exige una relación entre la defensa (el acusado) y la prueba testimonial para poder contrainterrogarle, como extremo que supone la inmediatez¹³.

No es que las declaraciones prestadas con inmediatez sean más veraces que las producidas sin ella, previo al juicio (pues nadie discute los efectos del paso del tiempo en la memoria), o que en virtud del contacto directo el tribunal esté en mejores condiciones de apreciarla en un sentido sicologista¹⁴ (propia de una aproximación subjetiva de la valoración de la prueba, superada por la hodierna visión objetiva de la teoría racionalista, hoy, ampliamente compartida¹⁵). De lo que se trata es de propiciar el control de la credibilidad del sujeto y la fiabilidad¹⁶ o confiabilidad de la información que el tribunal recibe¹⁷, así como el correspondiente ejercicio del derecho de defensa en el contexto de un juicio público y de contradicción oral.

En este orden de cosas, la superación de la crisis actual del contradictorio como método probatorio¹⁸, requiere comprender que ya no se trata del contradictorio *sobre* la prueba, sino que del contradictorio *para* la prueba. Así, los tribunales deben abandonar su consideración como simple aspecto de tutela de posiciones jurídicas subjetivas (del

¹¹ En nuestro ámbito este derecho se entiende consagrado en el art. 8.2 letra f) de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 14.3 letra e) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

¹² BACHMAIER, 2019, p. 295.

¹³ BACHMAIER, 2019, p. 301. Según la autora este matiz explica que en el ámbito del *common law* no sea conocido el principio de inmediatez en su sentido europeo-continental, pues se entiende cubierto por el derecho a la confrontación.

¹⁴ HORVITZ, 2002, p. 286 s., justifica la relevancia de los principios de inmediatez y contradicción desde la perspectiva de la denominada *psicología del testimonio*.

¹⁵ Para una revisión del “giro racionalista”, véase ACCATINO, 2019, p. 89 ss.

¹⁶ De la necesidad de distinguir la noción de credibilidad con el sujeto y la fiabilidad con el testimonio, véase GONZÁLEZ, 2023, *passim*.

¹⁷ LÓPEZ, 2002, p. 98, aunque analiza este fin epistémico solamente desde la perspectiva de la inmediatez material, en la que parece también comprender aspectos referidos a la contradicción y la confrontación.

¹⁸ Se exponen los extremos de esta crisis en ALVARADO, 2022, pp. 118 y ss.

acusado) que obstaculiza la búsqueda de la verdad, para atender a su sentido “público” como regla “mínima” de una jurisdicción que pretenda contar con mayores posibilidades de alcanzar la verdad¹⁹.

En definitiva, como afirma Bachmaier: “si bien no cabe asegurar que la presencia del juez y las partes durante el interrogatorio de los testigos llevará a una valoración correcta de su credibilidad, sí puede afirmarse lo contrario: si el juez no está presente durante el interrogatorio de los testigos, aumenta la probabilidad de realizar una valoración incorrecta de la fiabilidad y la credibilidad de su testimonio”²⁰.

2. *Interpretación restrictiva de las excepciones a las garantías de inmediación y contradicción y su incidencia en el concepto de retractación*

En Chile, como en el derecho comparado, las garantías de inmediación y contradicción no son absolutas, sino que poseen excepciones que, en el CPP se encuentran en los arts. 331 y 332. El art. 332 prevé como excepción la lectura para apoyo de memoria, o bien, para demostrar o superar contradicciones en las declaraciones prestadas en juicio. Se trata de una hipótesis menos intensa en la medida en que la información incorporada por medio de la lectura no puede servir de base para la reconstrucción del hecho²¹, sino tan solo respecto del análisis de la credibilidad del testigo²² o atendibilidad de la declaración correspondiente²³. El art. 331, en cambio, permite la reproducción o lectura para que dicha información pueda ser directamente empleada por el tribunal para la construcción de la premisa fáctica. En consecuencia, tratándose de supuestos que impiden el pleno ejercicio de garantías procesales, no es posible la analogía, debiendo sus supuestos ser interpretados de manera restrictiva (en sentido contrario al imputado), tal como mandata el art. 5° i. 2° CPP²⁴.

En este contexto, a pesar del carácter polisémico de *retractación* presente en variada literatura y especialmente en el ideario de los operadores jurídicos, se impone la necesidad de plantear una interpretación restrictiva del término, con relación a cómo este es entendido en la intuición de los juristas. En efecto, bajo la noción de retractación, suelen aunarse tanto las hipótesis en que la víctima revoca expresamente todo o parte de lo ya declarado, como el supuesto de que esta deja de colaborar con la investigación no compareciendo o manifestando expresamente su decisión de no comparecer en lo sucesivo. En otras palabras, se adopta una interpretación extensiva que abarca, también, casos de

¹⁹ PERCHINUNNO, 2012, p. 1318.

²⁰ BACHMAIER, 2019, p. 292.

²¹ Así, HORVITZ, 2002, p. 322 s.

²² En esta línea, DUCE, 2013, p. 41.

²³ Este es el sentido de la institución en el art. 500 del CPP italiano y en el sistema procesal federal norteamericano, cuya fisonomía es más cercana a la estructura procesal penal chilena. Por el contrario, en el ámbito español y francés, en los que el tribunal tiene pleno acceso al *dossier*, se permite considerar directamente como válida la declaración sumarial en la medida en que se estime más fiable.

²⁴ En este sentido SCS Rol 87.728-2023, de 03.01.2024, c. 9° y 10°.

desistimiento activo o pasivo. Una interpretación restrictiva se justifica mediante un argumento *a contrario* que, en función puramente interpretativa, se ajuste a lo estrictamente literal²⁵. En efecto, en conformidad con lo dispuesto en el art. 19 inciso 1° del Código Civil, atendiendo a su tenor literal, conforme con el Diccionario, “retractarse” significa “revocar expresamente lo que se ha dicho, desdecirse de ello”. En este sentido natural, el término retractación debería circunscribirse al contenido de la declaración de un testigo, sea que consista en una revocación total que niegue la existencia del hecho originalmente referido (sentido natural de la expresión), o parcial en un sentido que minimice o justifique al autor de su responsabilidad (que en todo caso constituye una ampliación de su significado original). De este modo, corresponde rechazar o excluir aquellas interpretaciones que abarcan hipótesis de desistimiento, tanto activo (cuando expresamente se manifiesta la negativa a declarar, sea que se encuentre o no amparada por un derecho de abstención, en cualquier fase del proceso) como pasivo (cuando la negativa a declarar se deduce a partir de ciertas actitudes del testigo, en concreto, de su incomparecencia a los distintos llamamientos que se le formulen en ese sentido, que algunos tratan bajo la noción de “silencio”)²⁶.

A mi juicio, en caso de incomparecencia a juicio oral, si ella fuere imputable al acusado, su abordaje debiera conducirse a partir de la causal de la letra c) del art. 331 CPP, que, por lo demás, no requiere de informes psicológicos u otros antecedentes de riesgo. En todo caso, se debe considerar que, para la configuración de la denominada *forfeiture clause* en el sistema estadounidense, no basta con que el acusado —directamente o por medio de otra persona— *provoque o cause* la ausencia del testigo, “sino que la actuación concreta ha de estar destinada específicamente a impedir que testifique”²⁷.

En este sentido, resulta preocupante el amplio significado que la práctica jurisprudencial ha atribuido al supuesto de retractación²⁸, comprendiendo incluso el caso de declaraciones incompletas²⁹, así como la laxitud con que, según se verá, ha afrontado las distintas problemáticas que presenta la figura.

²⁵ CHIASSONI, 2011, p. 78.

²⁶ Para un examen particular del concepto de retractación ALVARADO, 2025, *passim*.

²⁷ Bachmaier, 2019, p. 300, a propósito del caso *Giles v. California*, 554 US 353 (2008) en un supuesto de violencia doméstica.

²⁸ Véase STOP de Castro RIT 18-2022, de 10.03.2023 y RIT 42-2022, de 10.03.2023. En el primero, constaba una declaración previa en que la víctima afirmaba que no era verídico lo denunciado y pedía excusas por ello; en el segundo, no hay constancia de la causal de incomparecencia. La Corte Suprema, por su parte, ha validado la aplicación de la excepción en supuestos de desistimiento pasivo por incomparecencia al juicio oral en los siguientes casos: SCS Rol 61.931-2023, de 29.05.2023; SCS Rol 238.008-2023, de 12.12.2023.

²⁹ STOP de Osorno, RIT 1-2022, de 10.05.2023, aplicó la excepción a un caso en que la víctima menor de edad se negó a continuar declarando durante el juicio oral, motivo por el que la Corte Suprema acoge el recurso de nulidad impetrado por la defensa por art. 373 letra a) CPP en rol 87.728-2023, de 3.1.2024, c.10°.

III. PROBLEMÁTICAS ASOCIADAS A LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE RETRACTACIÓN Y LA CONCRETA MODALIDAD DE INTRODUCCIÓN DE LAS DECLARACIONES ANTERIORES

El problema del ámbito objetivo de aplicación de la excepción apunta a interrogarse por la clase de delitos que la admiten, esto es, si es admisible respecto de toda clase de delitos o, si por el contrario, procede tan solo respecto de aquel grupo de delitos a los que se dirigen transversalmente otras modificaciones de la Ley Nº 21.523, a saber: delitos de índole sexual (arts. 361, 362, 363, 365 bis, 366 i. 1º y 2º, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367 y 367 ter, 372 bis, 411 quáter cometido con fines de explotación sexual y 433 N°1, cuando se cometa violación), y los delitos contenidos en los art. 141 i. final, 142 i. final, 150 A, 150 D, todos del Código Penal. Se trata de una cuestión que, hasta donde se ha alcanzado a revisar, no se ha promovido en la práctica, y que resulta relevante para analizar la concreta modalidad que pueda asumir la introducción de declaraciones anteriores³⁰.

1. *Determinación del ámbito objetivo de aplicación de la excepción de retractación*

Si bien, *prima facie*, la retractación constituye una hipótesis de hecho en que puede incurrir la víctima de cualquier clase de delito, la relevancia con la que ella impacta en materia de delitos sexuales y de violencia intrafamiliar se debe a las dificultades probatorias que la persecución penal debe enfrentar en ausencia –generalmente– del único medio de prueba “directo” de hechos acaecidos en contextos clandestinos. De este modo, se dice que la falta de declaración de la víctima en juicio conduce regularmente a la absolución de los acusados³¹, generando espacios de impunidad que terminan por deslegitimar la intervención estatal en casos donde no exista “prueba indiciaria” u otros testigos directos del hecho³².

No obstante, según la historia legislativa, la retractación no fue una preocupación contenida en el origen de la moción como tampoco lo fue el remover obstáculos procesales para la obtención de condenas. La cuestión recién aparece con ocasión del Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana cuando se denuncia la falta de participación de la víctima en el proceso como consecuencia de la *victimización secundaria*, esto es, como efecto de la inapropiada atención que recibía la víctima por parte de la institucionalidad con la que debía interactuar forzosamente para la persecución del delito³³.

³⁰ También puede ser útil para la interpretación de la polémica restricción del contraexamen contenida en el nuevo i. 4º del art. 330 CPP.

³¹ VERGARA, 2018, p. 1056. TORRES, 2013, pp. 169 y ss. a partir de un análisis de casos tramitados en la Región del Biobío durante el 2011 concluye que, en su gran mayoría (más del 80%), su término fue decidido por la retractación de la víctima.

³² JIMÉNEZ y MEDINA, 2016, p. 187 describen los diferentes momentos en que se puede producir retractación, especificando los casos en que ella puede conducir a la absolución de los acusados.

³³ Biblioteca del Congreso Nacional, 2022, p. 29.

El debate concerniente a su solución se centró en la posibilidad de introducir entrevistas videograbadas que, bajo la lógica de la Ley N°21.057 para menores víctimas de delitos sexuales, pudiese evitar que la mujer tuviera que declarar en varias ocasiones, profundizando con ello las secuelas y el daño psicológico del hecho³⁴. Sin embargo, tal opción se desechó por la detección de inconvenientes metodológicos (basarse en la noción de la psicología del testimonio infantil) y operativos (la necesidad de aumentar la dotación de personal encargado de tales diligencias)³⁵. En su lugar, en el segundo trámite constitucional se agregó un nuevo supuesto de prueba anticipada en el art. 191 ter, para evitar la victimización secundaria de las víctimas por los delitos expresamente previstos en dicha disposición.

Con ocasión de esta indicación, la representante de la Fiscalía Nacional hizo presente la necesidad de incorporar, además de la norma propuesta, una disposición que permitiese evitar la victimización secundaria en el proceso penal ante delitos contra la libertad e indemnidad sexual en los términos contenidos en el Boletín N°11.077-07 sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Allí se establecía que, en caso de existir antecedentes fundados acerca de la retractación de la mujer, se podría *dar lectura en el juicio oral* a los registros en que constaren sus declaraciones anteriores prestadas ante el Fiscal, las que debían ser valoradas por el tribunal de acuerdo con lo dispuesto en el art. 297 CPP³⁶. Sin embargo, no hay constancia de que esta idea haya prosperado, pues a pesar de una cierta similitud entre la norma del Boletín y el literal f) del art. 331, lo cierto es que la Comisión decidió plasmar la solución bajo la lógica del art. 331 CPP en lugar de plantearlo como un supuesto autónomo y desconectado³⁷.

En virtud de lo expuesto, la obligación de proceder restrictivamente en este ámbito exige adoptar un enfoque sistemático que enlace la hipótesis del art. 331 letra f) CPP con el nuevo art. 191 ter referente a prueba anticipada. Con ello se obtiene coherencia interna con la tutela especial que otras innovaciones de esta ley dispensan a las víctimas de este especial grupo de delitos, como es el caso del art. 109 bis. Sin embargo, se puede admitir su extensión en los términos planteados por el nuevo i. 2° del art. 109 CPP, que además del listado ya anotado, alude a “cualquier delito sobre violencia en contra de las mujeres”. La conexión entre los dos supuestos, además, permite justificar el hecho de que el legislador no haya modificado la letra a) del art. 331 para comprender allí el nuevo supuesto de prueba anticipada.

³⁴ Biblioteca del Congreso Nacional, 2022, p. 30.

³⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, 2022, p. 98.

³⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, 2022, p.105 s.

³⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, 2022, p. 111.

2. *Modalidad con la que debe operar la introducción de declaraciones anteriores*

a) Críticas generales a la introducción de declaraciones efectuadas en fase previa sin interrogatorio contradictorio

Si bien la decisión político-legislativa de excluir el principio de contradicción de la fase de investigación se puede comprender por una cuestión de economía procesal, para evitar que el juicio oral quede reducido a una simple repetición de lo obrado en fase de investigación, es preciso considerar que, en virtud del carácter libre y desformalizado de esta, pueden producirse situaciones de abierta desigualdad entre los intervinientes. De este modo, admitir la lectura directa de declaraciones anteriores sin interrogatorio contradictorio, solo contribuye a profundizar tales desigualdades.

Si se analiza la regulación pertinente a las declaraciones previas de testigos ante el MP (art. 190 y 299) o la policía (como facultad autónoma en el art. 83 letra d), o por delegación expresa del MP en el art. 79) destaca inmediatamente su insuficiencia. No hay detalle acerca del modo en que la diligencia debe ser ejecutada; su registro se entiende satisfecho por la sola escrituración; no se prevé la presencia del imputado o su defensa para su realización, ni mucho menos la obligación de comunicarles la circunstancia de que se llevará a cabo, en caso de que hubiese interés en participar en ella, pues, la asistencia a diligencias no se configura como un derecho del imputado. En efecto, el art. 184 CPP condiciona su ejercicio a la aprobación del MP, en la medida que este lo considere útil.

Así, al no garantizarse contradicción, no existe manera de controlar que la declaración del testigo esté exenta de presiones, ni que sea conocedor de las consecuencias penales por faltar a la verdad. Tampoco se constata el cumplimiento de las advertencias pertinentes a la relación que pueda existir entre el declarante y la persona imputada, permitiendo pasar por sobre el derecho de abstención cuando este es ejercido en juicio oral. Ciertamente, no hay forma de examinar la calidad de las preguntas que se le formulan al testigo, que bien podrían ser sugestivas, y, no hay modo de contrainterrogar con el objetivo de obtener el registro de información que luego pudiese ser útil para la teoría del caso de la defensa a efectos del art. 332.

Si todos estos aspectos pueden ser críticos para el ejercicio del art. 332 CPP, resultan catastróficos en el ámbito del art. 331 CPP. Es por ello que en el ámbito europeo³⁸ —desde los años 80— se discute la posibilidad de extender la garantía de contradicción a la etapa de instrucción anterior al juicio, en los términos sostenidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) en *Can vs. Austria* en 1985. A partir de ese momento, el TEDH ha establecido la obligación de conceder al acusado

³⁸ El caso italiano es particularmente interesante por su similitud con la actual situación chilena. En Italia la evolución hacia la consagración constitucional del principio de contradicción “fuerte”, esto es, vigente en la producción de la prueba y condicionante de la utilizabilidad de declaraciones previas al juicio, surge a partir de la constatación de laxas interpretaciones de la Corte Constitucional para admitir testimonios indirectos y uso de declaración previas sin contradictorio para ejercicios de confrontación en juicio (incluso cuando el declarante en juicio se abstenía de prestarla). Al respecto, véase Dean, 2007, p. 160 ss.

una oportunidad real y suficiente para contradecir e interrogar al testigo que declare en su contra, así como la imposibilidad de valorar declaraciones sumariales producidas sin la intervención del acusado³⁹. Sin embargo, y debido a que el TEDH no examina los hechos de cada caso a la luz de la consideración aislada del art. 6.3 letra d) de CEDH (derecho a la confrontación), sino que valora su infracción desde la amplia perspectiva del derecho a un proceso equitativo del art. 6.1, ha terminado por aceptar como prueba –en forma excepcional– las testificales sumariales no sometidas a contrainterrogatorio solo en el caso de *incomparecencia del testigo* y siempre que se acredite haberse desplegado los *esfuerzos razonables* para asegurar su presencia en el juicio. Sin embargo, a causa de su falta de fiabilidad, esta se compensa restándoles valor probatorio al prohibir que una sentencia de condena se sustente en esa sola prueba⁴⁰.

En Estados Unidos, por su parte, la prohibición es más intensa, pues al comprender el derecho a la confrontación en un sentido autónomo a la garantía de la fiabilidad, la concurrencia de esta no justifica la eliminación del derecho a confrontación. Así, como sintetiza Bachmaier, desde *Crawford vs. Washington*, 541 US 36 (2004), rige la regla según la cual: “(...) las declaraciones obtenidas con carácter previo al juicio que tengan naturaleza testifical y que no fueren sometidas a interrogatorio cruzado –incluso aunque se hubieran sometido a un interrogatorio análogo– no podrán ser valoradas como prueba si el testigo no declara en el juicio, bien por estar ausente, bien porque invoca su derecho a no declarar, pues ello vulneraría el derecho a la *confrontation*”⁴¹.

Por tanto, debido a que el supuesto fáctico de incomparecencia no se encuentra comprendido en un concepto restringido de retractación, desde ambas aproximaciones no cabría más que proscribir la incorporación de su declaración mediante la lectura de registros previos sin contradictorios.

b) Interpretación sistemática de la Ley N°21.523 y exclusión de lectura como modalidad de introducción de declaraciones anteriores

Según lo dicho, la excepción del art. 331 letra f) CPP mantiene el encabezado referido a la posibilidad de “*reproducirse o darse lectura* a los registros en que constaren declaraciones de *testigos, peritos o imputados*”. La práctica jurisprudencial, hasta el momento, no ha hecho cuestión concerniente a este punto y, de hecho, los casos en que esta disposición ha sido aplicada, se ha permitido la lectura de declaraciones previas efectuadas en fase de investigación sin intermediación y sin posibilidad de confrontación⁴².

³⁹ En esta línea casos *Kostovski*, de 20.11.1989; *Windisch*, de 27.09.1990; *Delta*, de 19.12.1990; e *Isgro*, de 19.02.1991.

⁴⁰ BACHMAIER, 2019, p. 308.

⁴¹ BACHMAIER, 2019, p. 299.

⁴² En este sentido, el punto no es objeto de cuestionamientos y, por esta razón, implícitamente se acepta en: SCS Rol 61.931-2023, de 29.5.2023; SCS Rol 87.728-2023, de 3.1.2024; SCS Rol 175.415-2023; SCS Rol 238.008-2023, de 12.12.2023; STOP de Castro RIT 18-2022, de 10.3.2023 y RIT 42-2022, de 10.3.2023

Sin embargo, en atención a la interpretación restrictiva propuesta *supra* así como a la situación general de la lectura de declaraciones previas sin confrontación, es conveniente circunscribir la modalidad de introducción de declaraciones anteriores únicamente a su reproducción en el marco del supuesto de prueba anticipada del art. 191 ter CPP. Abona a esta interpretación lo dispuesto en el nuevo inciso 2º del art. 109 CPP, en la medida en que, tratándose de este especial grupo de delitos, la víctima tiene derecho, según la letra h), a que: “su declaración sea recibida en el tiempo más próximo desde la denuncia, por personal capacitado de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile o del MP y cuente con el soporte necesario para evitar que vuelva a realizarse *durante la etapa de investigación*, a menos que ello sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos o que la propia víctima lo requiera (...)”.

Esta norma manifiesta la preocupación legislativa por satisfacer objetivos vinculados a la disminución de victimización secundaria y a reducir cuestionamientos epistémicos. En virtud del primer objetivo busca introducir el estándar consolidado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para las declaraciones de víctimas de violencia de género, de manera de eliminar prácticas institucionales que resulten *des-subjetivantes* a su respecto (que le impide la construcción del “yo”), y que, por esta razón, sean constitutivas de victimización secundaria⁴³. En efecto, “la ausencia de mecanismos de registros de denuncia o la impericia de los operadores judiciales que no agotan la totalidad de las preguntas son algunos de los factores que determinan que las mujeres sean citadas en un sinnúmero de oportunidades y que se observen modificaciones en el relato”⁴⁴. Desde este extremo se advierte el segundo objetivo, esto es, propender a un menor número de declaraciones, para evitar que puedan emerger supuestas inconsistencias de contenido, lo que “hace indispensable un adecuado tratamiento de la declaración en los primeros momentos en los que se pretende introducir la información en el proceso, con la finalidad de recuperar fielmente la mayor cantidad de datos posibles sin incorporar elementos sugestivos que puedan contaminar el relato”⁴⁵. Por lo demás, también se debe considerar que la asistencia a un gran número de diligencias o entrevistas termina por socavar el interés de participación de la víctima en atención a los constantes permisos laborales que debe solicitar⁴⁶.

Es de destacar que, de lo que se trata, es de evitar *su reiteración durante la fase de investigación*, limitando la necesidad de repetición solo para casos fundados, sin que en ningún caso ella pueda reemplazar su declaración en juicio oral, pues en este plano la prohibición del art. 334 CPP ha de mantenerse incólume. Si, como he afirmado en otro lugar, “el fin utilitarista del abordaje de la victimización secundaria pretende evitar que el sistema sea un factor determinante de la retractación, para –por esta vía– lograr una

⁴³ DI CORLETO y PIQUÉ, 2017, p. 422, aluden a los casos: Fernández Ortega y otros *vs.* México, párr. 194 y 196; J. *vs.* Perú, párr. 344 y 351; Espinoza González *vs.* Perú, párr. 249 y 256; Rosendo Cantú y otra *vs.* México, párr. 180.

⁴⁴ DI CORLETO y PIQUÉ 2017, p. 422.

⁴⁵ RAMÍREZ, 2019, p. 146.

⁴⁶ GUTIÉRREZ DE PIÑERES *et al.*, 2009, p. 54.

mayor adhesión al proceso de persecución criminal, no tiene sentido que se le emplee como razón para finalmente excluir su participación⁴⁷ en fase de juicio oral.

IV. PROBLEMÁTICAS ASOCIADAS A LA EXIGENCIA LEGAL DE CONTAR CON INFORMES PSICOLÓGICOS Y ANTECEDENTES RELATIVOS A LA EVALUACIÓN DEL RIESGO EN QUE SE ENCUENTRA LA VÍCTIMA

Una interpretación textual y sintáctica del art. 331 letra f) CPP, conduce a identificar una disposición hipotáctica compuesta, idónea para expresar cuatro normas⁴⁸, a saber: i) que la excepción de retractación de la víctima requiere que existan antecedentes fundados a su respecto (norma explícita); ii) que dentro de los antecedentes fundados deben acompañarse informes psicológicos y antecedentes referidos al riesgo en que se encuentra la víctima (norma implícita); iii) que todos los antecedentes fundados deben ser valorados según el art. 297 CPP (norma explícita); y iv) que en dicha valoración se deben considerar especialmente los informes psicológicos y los antecedentes referidos al riesgo en que se encuentra la víctima (norma explícita).

De este modo, implícitamente, el legislador supone que para la invocación de esta causal se *acompañen* informes psicológicos y antecedentes referidos al riesgo en que se encuentra la víctima. Ambos elementos constituyen una manifestación concreta de aquello que ha de integrar el acervo de “antecedentes fundados” que luego debe ser valorado por el tribunal conforme con las reglas de la sana crítica.

A pesar de que este enfoque ha sido adoptado por la Corte Suprema⁴⁹, por regla, es un aspecto mayormente descuidado en la aplicación práctica de esta figura. Aunque esta impresión pueda deberse a la falta de transcripción de todos los detalles del debate y sus incidencias, parece ser una tendencia el que la solicitud se sustente únicamente en la sola afirmación del MP, sin más⁵⁰. Ahora bien, este requisito copulativo para la

⁴⁷ ALVARADO, 2025, en proceso de publicación a la fecha de envío de este artículo.

⁴⁸ CHIASSONI, 2011, p. 65.

⁴⁹ Así en SCS Rol 75.415-2023, de 15.9.2023, c. 7° y 9°; y SCS Rol 87.728-2023, de 3.1.2024, c. 6° y 9°.

⁵⁰ STOP de Castro RIT18-2022, de 10.3.2023, c. 3°, en la transcripción de los alegatos de apertura y clausura, se anota la afirmación del MP acerca de que la “retractación” de la víctima (*rectius*, desistimiento pasivo por incomparecencia a juicio oral) se había debido al aumento de violencia con fines intimidatorios para que “retirara la denuncia”. STOP de Castro RIT 42-2022, de 20.03.2023, no se da cuenta del motivo de la incomparecencia de la víctima, limitándose a permitir la lectura por configurarse la causal de retractación invocada por el MP. En 2°STOP de Santiago RIT 353-2023, de 28.2.2023 en la apertura el MP señala que se trata de una víctima muy vulnerable, que sufre un problema de drogadicción y con gran diferencia de edad con el acusado, el que refiere la Fiscal ser muy violento, con una colopatía tremenda con la ofendida, la que por temor al acusado lo más probable es que no va a declarar en el juicio. No hay más datos. En SCS Rol 61.961-2023, de 29.05.2023, se indica que el MP, previo a rendir prueba testimonial, habría advertido que la víctima no se presentaría a declarar en juicio (celebrado el 21.3.2023) por recomendación de su psicóloga, por haber tenido un intento de suicidio en noviembre de 2022.

invocación de la causal permite enarbolar ciertos aspectos problemáticos, según se analiza a continuación sin pretensión de exhaustividad.

1. *Naturaleza de los informes psicológicos y antecedentes referidos al riesgo*

Se debe evidenciar la ambivalencia legislativa consistente en: de una parte, llamarles –separadamente– “informes” y “antecedentes” como denominación que parece buscar desmarcarlos de su carácter de prueba; y, de otra, paradójicamente someterlos a las reglas de valoración de la prueba conforme con los “límites” de la sana crítica.

La negación de su carácter de prueba se deduce del empleo de la expresión “acompañados”, propia de la producción de prueba documental en los procesos escritos. De otra parte, la referencia a “antecedentes” rememora la simple lectura que de los elementos de prueba pueden efectuarse en la fase de investigación e intermedia para la fundamentación de las diversas solicitudes internas a cada fase. De este modo, ambas expresiones debiesen conducir a desconocer su carácter de prueba en el sentido técnico de la expresión, estimándolos simples fuentes de información introducida desde un plano meramente argumentativo-retórico.

No es complejo elucubrar las perplejidades que ocasiona una tal aproximación desde la perspectiva del efectivo ejercicio del derecho de defensa material del acusado. En este sentido, el hecho de que el supuesto de hecho (la retractación de la víctima), por regla, tan solo pueda constatarse en el momento mismo del juicio oral, impide que el acusado y su defensa hayan podido tener acceso a esos informes y antecedentes con el tiempo suficiente para contrarrestar su contenido. La cuestión se hilva nítidamente con otro extremo problemático relativo a la oportunidad en que debe haberse evacuado el informe y obtenido los antecedentes de riesgo. En efecto, debido a que la ley alude a “los antecedentes relativos a la evaluación del riesgo *en que se encuentra*” la víctima, la revisión de su situación actualizada permite suponer que esta información debe haber sido adquirida en un tiempo próximo al juicio, ciertamente *con posterioridad a la audiencia de preparación de juicio oral*. En otras palabras, se trataría de una especie de diligencia de investigación realizada fuera de la fase procesal destinada a tal fin, en una oportunidad en que el acusado ya no puede proponer diligencias de investigación en sentido contrario y, en que, además, no se encuentra asegurada su debida publicidad.

a) Respecto de los informes psicológicos de la víctima

La necesidad de contar con informes psicológicos puede explicarse a partir de la consideración del fenómeno de la retractación como un proceso de toma de decisiones y acciones ejecutados por víctimas mujeres que ha sido mayormente estudiado con ocasión de violencia doméstica en el marco de la denominada “Ruta Crítica”⁵¹. Sin

⁵¹ Se alude a la denominada “Ruta crítica que siguen las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina” formulada por la Organización Panamericana de la Salud del Programa Mujer, Salud y Desarrollo del año 2000, que ha gozado de especial recepción en los diferentes sistemas jurídicos.

embargo, al tratarse de un fenómeno multicausal, la comprensión de las causales que la producen debe considerar no solo los factores individuales de la mujer o su pareja y el medio social en que se insertan; sino que también debe examinar los factores vinculados a la frustración de expectativas originada por la respuesta del sistema de justicia penal frente a estos delitos. Dentro de este último extremo corresponde ubicar las inadecuadas respuestas institucionales, entre las que se encuentran, a modo ejemplar, el grado de apoyo y acompañamiento, la duración del proceso y los niveles de credibilidad percibida por la víctima de parte de los operadores del sistema.

En este orden de ideas, un informe psicológico podría dar cuenta de los factores que han incidido en el proceso de toma de decisión de la víctima conducente a su retractación, a pesar de que no exista consenso acerca de la preeminencia de alguno de ellos en dicho proceso. Así, como se ha tenido ocasión de profundizar en otro trabajo⁵², de adoptarse una explicación sicologista, basada fundamentalmente en el constructo del ciclo de violencia –más allá de su limitado rendimiento acotado a los casos de violencia doméstica–, se presenta el inconveniente de utilizar estructuras conceptuales que perpetúan el estereotipo de la “mujer con desorden mental” y de la “víctima débil y necesitada”, que terminan por reducirla a esa sola condición⁵³. En efecto, este tipo de informes se esmera en detectar daño psicológico fruto de la agresión o hechos denunciados y para ello se inspira en la premisa por la que el hecho ilícito indefectiblemente debe conllevar un efecto dañoso transformando a la mujer en una “víctima crónica”, necesitada de tratamiento psicológico⁵⁴.

Un segundo inconveniente, ya adelantado, dice relación con la escasa posibilidad de que una “mujer retractada” preste colaboración para participar en la confección de esta clase de instrumento (abriendo, además, el estereotipo de mujer “consentidora de la agresión” en caso de que no quiera participar en su evaluación⁵⁵). En efecto, como dan cuenta los casos disponibles, el MP suele valerse de antecedentes obtenidos mientras todavía contaba con la adhesión de la víctima en la persecución, lo que podría implicar la cristalización de un escenario que bien haya podido haber variado, constituyendo un trato victimizante y desubjetivada hacia su persona.

Un tercer problema operativo de los informes psicológicos dice relación con el fundado temor de una pérdida de imparcialidad (objetiva y subjetiva) del juzgador. Si el contenido del informe busca dar cuenta de la existencia de un ciclo de violencia, entonces deberá discurrir acerca de la magnitud del hecho mismo y de la situación general de maltrato, aportando aspectos previos y posteriores a la comisión del hecho, junto con el daño diagnosticado y el riesgo asociado, todo ello constituye información que puede perjudicar al órgano sentenciador e incluso configurar un supuesto de implicancia por prejuzgamiento del art. 195 N°8 del Código Orgánico de Tribunales por sesgo de

⁵² ALVARADO, 2025, en proceso de publicación a la fecha de envío de este trabajo.

⁵³ JIMÉNEZ y MEDINA, 2016, p. 169 s.

⁵⁴ RAMÍREZ, 2019, p. 192.

⁵⁵ RAMÍREZ, 2019, p. 192.

confirmación⁵⁶. Si, desde otra perspectiva, se asumiera un enfoque criminológico que indagara los efectos de las inadecuadas respuestas institucionales como determinantes en el proceso de toma de decisión de retractarse, entonces habría que aceptar la configuración de la causal de excepción de la letra f) CPP como un mecanismo para superar un obstáculo probatorio creado por el mismo Estado a partir de su actuación negligente. Ciertamente, se trataría de una restricción al pleno ejercicio de las garantías procesales con insuficiente justificación (sobre todo para quienes aceptan la lectura de declaraciones anteriores ante la policía o el MP), aunque podría ser difícil que fuese una variable que se transparentara en los informes en caso de ser evacuados desde las estructuras internas de la propia fiscalía.

Paradójicamente, en ambos casos (enfoque psicologista o criminológico), no queda del todo claro que la situación fáctica de retractación sea imputable, de hecho, al acusado, que es quien precisamente debe soportar su aplicación y lidiar con sus efectos.

b) Acerca de los antecedentes relativos al riesgo en que se encuentra la víctima

En este caso parece ser que, con un cierto fraude de etiquetas, el legislador ha dado lugar a las denominadas pruebas periciales de valoración de riesgo –de enorme importancia en materia de medidas cautelares y determinación y ejecución de las penas o medidas de seguridad en casos de violencia de género–, pero sustrayéndolas del régimen general de rendición de prueba, sea que se la conciba como una pericia propiamente tal o como información aportada por un testigo experto (que, además, puede estar tratada en los informes psicológicos *supra* referidos). En otras palabras, para confirmar la verificación de una causal de excepción, se admite otra excepción, esta vez referida a los principios de intermediación y confrontación de la prueba pericial o testimonial correspondientes cuyo objeto de análisis finalmente recae, en parte, en la peligrosidad que el acusado reviste respecto de la víctima.

A pesar de ello, podría ser conveniente –a modo de mal menor–, atribuirles el carácter de una pericia, sujeta a un régimen especial de rendición, de cara a la fijación de una determinada metodología técnica y, consecuentemente, a la apreciación de la idoneidad profesional del perito. Ello, sobre todo, para contar con los insumos necesarios para determinar la suficiencia y el valor de los informes generados desde el propio ente persecutor mediante las Unidades de Atención de Víctimas incorporadas en su estructura. Aunque no es posible analizar aquí la cientificidad de esta clase de informe, es importante anotar que una de las críticas que, desde una perspectiva de género, se ha dirigido a los informes de las Unidades de Valoración de Riesgo es que ellos pueden violentar los derechos de las mujeres sometidas a los peritajes por la extracción de información sensible a partir de un sondeo de sus psiquis en lo que el TEDH ha llegado

⁵⁶ Según ZUCKERMAN, 2020, p. 88 s., aunque se trata de un sesgo cognitivo y un error sistemático al razonar deductivamente confirmado por variada evidencia empírica, suele no destacarse el hecho que, incluso el ser consciente de la posibilidad de incurrir en él, también conduce a distorsiones por medio de una sobrecompensación o de un exceso de corrección que busque prever una inclinación sesgada.

a calificar como de una “injerencia insoportable”, pues es su vida la que termina siendo el objeto del proceso⁵⁷.

No obstante, cualquiera sea la naturaleza que se atribuya a estos extremos, hay un obstáculo práctico insoslayable, y responde a la pregunta de si efectivamente podrá contarse con la colaboración de la víctima para su correspondiente evaluación. Este cuestionamiento deja en evidencia la deficiente técnica legislativa, así como los problemas que genera declarar un determinado objetivo (evitar victimización secundaria) en circunstancias que realmente se busca la consecución de uno distinto (remoción de obstáculos para condenar).

2. *Acerca de la valoración de los antecedentes según las reglas del art. 297 CPP*

a) *Pronunciamiento especial y fundado*

En primer lugar, es necesario relevar que la solicitud de aplicación de la causal de retractación se enmarca en el plano de una incidencia que ha de formularse luego de que se verifique su supuesto de hecho, esto es, una vez que la víctima haya declarado negando, total o parcialmente, las circunstancias que motivaron la correspondiente persecución penal. De este modo, por mucho que se trate de una situación que pueda anticiparse en los alegatos de apertura, la oportunidad procesal para abrir debate contradictorio a su respecto es justamente después de que se ha verificado “fácticamente” la retractación (en el sentido restrictivo sostenido en este trabajo). Ello es así porque el MP debe cumplir con la exigencia legal de acompañar los informes y antecedentes que se vienen analizando, permitiendo a la defensa —al menos formalmente— plantear oposición. Luego, tratándose de una afectación al pleno ejercicio de las garantías procesales del acusado, resulta imperativo el contar con un pronunciamiento especial y fundado del tribunal en uno u otro sentido.

En segundo lugar, la exigencia de contar con una resolución fundada no solo descansa en la norma general del art. 36 CPP, sino también en el expreso mandato de ponderar los antecedentes conforme con las reglas del art. 297 CPP. Como se sabe, esta disposición no solo exige la observancia de los criterios de la sana crítica, sino que también requiere hacerse cargo de toda la prueba producida (incluso aquella que se desestima, indicando sus razones), debiendo permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar sus conclusiones.

Aunque esta aproximación ha sido adoptada por ciertas defensas⁵⁸, es otro de los aspectos que ha descuidado la práctica jurisprudencial en general, conformándose con una mera enumeración o reiteración de lo señalado por el MP, en una aplicación automaticista

⁵⁷ RAMÍREZ, 2019, p. 192.

⁵⁸ En SCS Rol 238.008-2023, de 12.12.2023, c. 1º, párr. 5º, la defensa se lamentó de la ausencia de un desarrollo argumentativo (solo se habría limitado a afirmar la suficiencia de los antecedentes invocados por el fiscal), y, no obstante, el máximo tribunal se dedicó a resolver la cuestión referida a la sucesión de leyes sin prestar atención a este extremo.

de la causal que, en ocasiones, ni siquiera deja constancia de los antecedentes esgrimidos, si es que los hubo⁵⁹.

b) Especial consideración de los conocimientos científicamente afianzados

Desde un punto de vista material, como se ha dicho *supra*, a mi juicio, se trata, en general, de pruebas científicas, sea que se las considere o no pericias, que combinan métodos clínicos y actuariales que, sobre la base de factores de riesgo actuales de la víctima, tienen como objetivo ofrecer predicciones respecto de la probabilidad de que esta experimente revictimización por parte del mismo acusado. En otras palabras, se pronuncian respecto de la probabilidad de reiteración delictiva del sujeto.

En este orden de cosas, es oportuno recordar que el uso de prueba pericial de baja calidad o confiabilidad es precisamente otra de las variables que con bastante frecuencia impacta en la obtención de sentencias erróneas⁶⁰. Como explica Ramírez⁶¹, si bien son preferibles a los pronósticos intuitivos de los juzgadores, se debe ser consciente de su alcance para evitar su sobrevaloración epistémica (exceso de fuerza probatoria) y semántica (asumir que la ciencia sea capaz de concluir cosas de las que no es capaz). Así, una vez consciente que, al tratarse siempre de una conclusión probabilística –basada fundamentalmente en leyes estadísticas–, resulta imprescindible que para la evaluación de la calidad epistémica del instrumento se distinga entre su valor predictivo (cuántas de las personas que el instrumento afirmó como peligrosas realmente delinquieron después) y su sensibilidad (cuántas de las personas que efectivamente delinquieron pudieron haber sido identificadas con el instrumento). Estos extremos serán los que permitirán evitar la sobrevaloración epistémica (también llamado “mito de infalibilidad”)⁶² y concluir acerca de la aceptabilidad científica de dicho conocimiento en los términos del criterio de cientificidad del art. 297 CPP⁶³.

c) Debate pertinente al estándar de prueba

Debido a que el art. 331 letra f) CPP guarda silencio en este respecto, es admisible legítimamente preguntarse cuál debiese ser el estándar probatorio que fije el umbral de suficiencia probatoria de los *antecedentes fundados* que se esgrimen en favor de la aplicación de la excepción. En otras palabras, cuándo debe entenderse que son “fundados” para considerar que se encuentra suficientemente corroborada la hipótesis fáctica de retractación y, por esta razón, poder justificar la decisión. Considérese que la negación total o parcial, si bien puede deberse a algún motivo espurio en causales referidas al ciclo

⁵⁹ A modo ejemplar, véase STOP de Castro en causas RIT 18-2022 y 42-2022, ya citadas; y 2ºSTOP de Santiago, RIT 353-2023, de 28.2.2023.

⁶⁰ DUCE, 2013, p. 16 y ss.

⁶¹ RAMÍREZ, 2019, pp. 188 a 190.

⁶² GASCÓN, 2010, p. 150 y ss.

⁶³ VALENZUELA, 2017, p. 106 y 108 s.

de la violencia o las inadecuadas respuestas institucionales que trasuntan una voluntad viciada, también puede obedecer a que realmente los hechos denunciados no sucedieron⁶⁴.

Siguiendo a Ferrer⁶⁵, debido a que la función del estándar probatorio es distribuir el riesgo de error entre las partes, es posible diferenciar varios niveles cualitativos según cuál sea la decisión político-moral respecto del grado de error que se considere aceptable. Ciertamente en esta decisión influye la gravedad del error, y dicha gravedad depende fundamentalmente de la importancia que tenga el bien jurídico afectado por la consecuencia jurídica que se deriva del error, es decir, “el estándar de certidumbre probatoria requerido en cada caso debe vincularse con las consecuencias jurídicas pretendidas”⁶⁶.

En este orden de cosas, considerando que a partir de la admisión de esta excepción se permitirá el ingreso de información de alto valor epistémico para la acreditación de la hipótesis acusatoria, me parece necesario prescindir del estándar de prueba prevaleciente o prevalente, pues, sin duda, por medio de esta causal se busca remover los obstáculos procesales para condenar. Como explica Oliver, este criterio de mínima racionalidad de la decisión apunta a una distribución igualitaria del riesgo de error entre los intervinientes (acusador y acusado), lo que “echaría por tierra el tradicional entendimiento del manejo de espacio de incertidumbre en el proceso penal, conforme al cual es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente”⁶⁷.

Sin embargo, el mínimo margen de error tolerado en el criterio que exige la superación de toda duda razonable tampoco parece dúctil a la implementación de esta excepción, pues no se trata de la decisión que fija directamente la premisa fáctica sobre la que se basa la condena⁶⁸. Además, exigir este estándar exacerbaría el riesgo del sesgo de confirmación *supra* reseñado. Por el contrario, el estándar intermedio de alta probabilidad o de prueba clara y convincente, a mi juicio, colabora a mantener intacta la tradicional distribución inequitativa del riesgo de error en favor del acusado⁶⁹ y, de otra parte, permite otorgar al tribunal la holgura necesaria para admitir el supuesto de hecho de la excepción y, no obstante, no condenar. Esta problemática representa un extremo que merece una exploración más exhaustiva, aunque su tratamiento en profundidad excede los límites de este análisis.

V. CONCLUSIONES

El objetivo planteado en este trabajo fue sistematizar los problemas operativos del nuevo supuesto de excepción a los principios de inmediación y contradicción en casos

⁶⁴ ALVARADO, 2025, en proceso de publicación a la fecha de envío de este trabajo.

⁶⁵ FERRER, 2020, p. 442 s.

⁶⁶ RAMÍREZ, 2019, p. 191.

⁶⁷ OLIVER, 2021, p. 190.

⁶⁸ BELTRÁN, 2012, p. 466 ss., en un sentido similar en materia de estándar de prueba respecto de la acreditación del presupuesto material.

⁶⁹ OLIVER, 2021, p. 191.

de retractación de la víctima previsto en el literal f) del art. 331 CPP. Para la solución de tales problemas se aboga por una interpretación restrictiva de la causal en general y del concepto de retractación en particular, consciente de la limitación que su aplicación supone tanto para el pleno ejercicio del derecho de defensa como para el cumplimiento de los fines epistémicos que los principios de inmediación y contradicción están llamados a resguardar en un proceso acusatorio adversarial de un Estado Democrático de Derecho.

La revisión de los casos disponibles en que se ha empleado la figura da cuenta de una aproximación laxa que desatiende los extremos anotados y que vuelve aún más necesaria una propuesta interpretativa que pueda resituar el equilibrio entre el respeto del estatuto de garantías del acusado y la debida protección a las víctimas de esta especial clase de delitos. En efecto, los numerosos flancos que abre la nueva figura en la indeterminación de su ámbito objetivo de aplicación y la concreta modalidad de introducción de declaraciones anteriores, así como los extremos vinculados a la exigencia legal de sustentar la causal en informes psicológicos y otros antecedentes referidos al riesgo en que se encuentra la víctima, permiten identificar una defectuosa técnica legislativa que, más que apuntar al interés de “evitar” la victimización secundaria de las víctimas, trasluce el no declarado objetivo de eliminar los obstáculos procesales para la obtención de condenas. Todo, sin considerar que tales “obstáculos procesales” representan las garantías de las que depende la legitimidad de las decisiones judiciales y sin advertir el contraproducente efecto que esta clase de aproximación puede generar respecto de las propias víctimas. En este sentido, se arriesga que el MP descuide el cumplimiento de los deberes institucionales de acompañamiento y apoyo para las víctimas, buscando exclusivamente contar con una única declaración que, por esta vía, sea útil para sostener la hipótesis acusatoria en juicio.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, 2019: “Teoría de la prueba: ¿somos todos ‘racionalistas’ ahora?”, *Revus* [Online], 39, pp. 85-102, <https://doi.org/10.4000/revus.5559>.
- ALVARADO, Agustina, 2025: “Regulación de la retractación en la Ley N°21.523: cuestiones conceptuales y tensiones sistémicas”, *Política Criminal*, Vol. 20, N°39, en proceso de publicación.
- ALVARADO, Agustina, 2022: “El principio de contradicción en la nueva Constitución y su vigencia en fase de investigación”, en Javier Velásquez y Alejandro Fernández (directores), *Temas actuales de Derecho penal y procesal penal a 20 años del inicio de la reforma procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 109-129.
- BACHMAIER, Lorena, 2019: “Principio de inmediación y *confrontation*: paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 279-331.
- BELTRÁN, Ramón, 2012: “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”, *Política Criminal*, Vol. 7, N°14, Art. 6, pp. 454-479, https://lc.cx/_WNovP
- CHIASSONI, Pierluigi, 2011: *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas*, Madrid, Marcial Pons.

- DEAN, Giovanni, 2007: "Retrospectiva del 'nuovo' art. 111 Cost.: Anamnesi del giusto proceso penal", Giovanni Dean (editor), *Fisionomia costituzionale nel proceso penale*, Torino, Giappichelli Editore.
- DI CORLETO, Julieta; PIQUÉ, María, 2017: "Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género", en José Hurtado Pozo (editor), Luz Cynthia Silva Ticllacuri (coord.), *Género y Derecho Penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schböne*, Lima, Instituto Pacífico, pp. 409-433.
- DUCE, Mauricio, 2013: "Errores del sistema y condena de inocentes: nuevos desafíos para nuestra justicia penal acusatoria", en Mauricio Duce *et al.*, *El modelo adversarial en Chile. Ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 1-65.
- FERRER, Jordi, 2020: "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión errónea", en Jordi Ferrer y Carmen Vásquez (editores), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial*, Madrid, Marcial Pons, pp. 435-464.
- GASCÓN, Marina, 2010: *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.
- GONZÁLEZ, María de los Ángeles, 2023: "Una increíble, aunque verosímil historia de las palabras: fiabilidad, credibilidad y testimonios", *Revista Derecho (Valdivia)*, volumen XXXVI, N° 2, pp. 187-204. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502023000200187>
- GUTIÉRREZ DE PIÑERES, Carolina; CORONEL, Elsa; ANDRÉS, Carlos, 2009: "Revisión teórica del concepto de Victimización Secundaria", *Liberabit Revista Peruana de Psicología*, N°15 (1), pp. 49-58.
- HORVITZ, María Inés, 2002: "La etapa del juicio oral", en María Inés Horvitz y Julián López (autores), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 229-346.
- JIMÉNEZ, María Angélica; MEDINA, Paula, 2016: *Violencia contra la pareja en la justicia penal* (2ª edición), Santiago, Editorial Universidad Central de Chile.
- LÓPEZ, Julián, 2002: "Principios y garantías del sistema procesal penal chileno", en María Inés Horvitz y Julián López (autores), *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 31-104.
- OLIVER, Guillermo, 2021: *Proceso penal chileno: algunos aspectos problemáticos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PERCHINUNNO, Francesco, 2012: "Il principio del contraddittorio: considerazioni su fondamento, attuazione ed interpretazione della Corte Costituzionale", *Studi in onore di Aldo Loiodice*, volumen II, Bari, Caducci Editore, pp. 1317-1330.
- RAMÍREZ, José Luis, 2019: *Perspectiva de Género, prueba y proceso penal: Una reflexión crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- TORRES, Sandra, 2013: "Aproximación al fenómeno de la retractación en las causas de violencia intrafamiliar", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVI, N°1, pp. 167-180. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100008>.
- VALENZUELA, Jonatan, 2017: *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*, Santiago, Rubicón Editores.
- VERGARA, Esteban, 2018: "La investigación sin víctima de ilícitos cometidos en contextos de violencia doméstica. Su situación actual en los Estados Unidos de América y el aporte a los países integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Política Criminal*, volumen 13, N°26), pp. 1055-1073. Disponible en: <https://bit.ly/3vvt1vR> [visitado el 28/04/2024].
- ZUCKERMANN, Adrian, 2020: "La averiguación de la verdad y el espejismo del proceso inquisitorio", en Jordi Ferrer Beltrán y Carmen Vásquez (editores), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial*, Madrid, Marcial Pons, pp. 83-96.

Normas jurídicas citadas

LEY Nº 19.696, establece CPP, publicada el 12 de octubre de 2000.

LEY Nº 21.523, modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización, publicada el 31 de diciembre de 2022.

Jurisprudencia citada

TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, Isgro *vs.* Francia, 19.2.1991, Nº11339/85

TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, Delta *vs.* Francia, 19.12.1990, Nº11444/85

TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, Windisch *vs.* Austria, 27.9.1990, Nº12489/86

TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, Kostovski *vs.* The Netherlands, 20.11.1989, Nº11454/85

TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, Can *vs.* Austria, 30.9.1985, Nº9300/81

TRIBUNAL Constitucional, 17.3.2022, rol 11715-2021

TRIBUNAL Constitucional, 18.1.2022, rol 11348-2021

TRIBUNAL Constitucional, 2.9.2021, rol 11343-2021

TRIBUNAL Constitucional, 18.12.2020, rol 9106-2020

TRIBUNAL Constitucional, 18.12.2020, rol 9246-2020

TRIBUNAL Constitucional, 21.12.1989, rol 217-1989

TRIBUNAL Constitucional, 7.7.1988, rol 138-1988

CORTE Suprema, 3.1.2024, rol 87.728-2023

CORTE Suprema, 12.12.2023, rol 238.008-2023

CORTE Suprema, 15.9.2023, rol 175.415-2023

CORTE Suprema, 29.5.2023, rol 61.961-2023

TRIBUNAL de Juicio Oral de Castro, 10.3.2023, rit 42-2022

TRIBUNAL de Juicio Oral de Castro, 10.3.2023, rit 18-2022

2º Tribunal de Juicio Oral de Santiago, 28.2.2023, rit 353-2022

Revocación de la libertad condicional: alcance y sentido de la causal de incumplimiento injustificado del plan de intervención

Álvaro Castro Morales*
Lautaro Contreras Chaimovich**

RESUMEN

La investigación se focaliza en la revocación de la libertad condicional, concretamente en la causal de incumplimiento sin justificación suficiente del plan de intervención. Los objetivos del presente trabajo buscan, por una parte, determinar el alcance y sentido de la causal, y por otra, ofrecer criterios que las Comisiones de Libertad Condicional deban considerar al evaluar la gravedad y ausencia de justificación de los incumplimientos del plan de intervención.

Libertad condicional; revocación; incumplimiento del plan de intervención

Revocation of parole: scope and meaning of unjustified failure to comply with intervention plan

ABSTRACT

The research focuses on parole revocation, and in particular, on one of its grounds: non-adherence, without sufficient justification, to the intervention plan. The objectives of this paper are, on the one hand, to determine the scope and meaning of the cause, and on the other hand, to offer criteria that the Parole Commissions should consider when evaluating the seriousness and absence of justification for non-compliance with the intervention plan.

Probation; revocation; non-adherence to the intervention plan

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Doctor en Derecho, Ernst- Moritz-Arndt Universität Greifswald, Alemania. Profesor Asociado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ORCID: 0000-0002-9571-7172. Correo electrónico: acastro@derecho.uchile.cl

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemania. Profesor Asociado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ORCID: 0000-0002-9488-9976. Correo electrónico: lcontreras@derecho.uchile.cl

Este artículo fue elaborado en el contexto del proyecto Redes, titulado “Red interdisciplinaria para la investigación del impacto de las sanciones penales”, periodo 2025. En dicho proyecto, Álvaro Castro Morales tiene la calidad de coinvestigador responsable en conjunto con la Prof. Dra. Carolina Villagra.

Artículo recibido el 30.10.2024 y aceptado para su publicación el 1.4.2025.

I. INTRODUCCIÓN

La investigación que aquí se presenta se focaliza en la revocación de la libertad condicional, en particular respecto de una de sus causales: la de incumplimiento sin justificación suficiente del plan de intervención. Los objetivos del manuscrito son, por un lado, determinar el alcance y sentido de la causal, y por otro, determinar cuáles son los criterios que las Comisiones de Libertad Condicional deben considerar para evaluar la gravedad y ausencia de justificación de los incumplimientos del plan de intervención.

La necesidad de analizar la revocación de la libertad condicional y, más concretamente, de interpretar la causal de revocación señalada radica en las dos razones siguientes. La primera dice relación con los problemas interpretativos de relevancia práctica que la normativa vigente en la materia no zanja. Por ejemplo, para la normativa nacional, el incumplimiento del plan de intervención aparece como un elemento a observar dentro de la supervisión de la libertad condicional y como causal de revocación. Así, no resulta del todo claro en la normativa si el análisis que realizan las y los delegados y el Consejo Técnico en torno a la falta de adhesión al plan de intervención es el mismo análisis que debieran realizar las Comisiones de Libertad Condicional y, eventualmente, los Tribunales Superiores para decidir la revocación. Tampoco es clara la relación que debe existir entre la modificación del plan de intervención y la revocación: ¿podría decretarse la revocación si no se ha procedido antes a la modificación del plan de intervención? Asimismo, el legislador menciona, a propósito de los requisitos que se deben reunir para revocar la libertad condicional, la ausencia de justificación suficiente del incumplimiento. Al respecto, es admisible preguntarse: ¿cuándo un incumplimiento está suficientemente justificado? Además, ¿debería exigirse, como requisito adicional para revocar el beneficio, que el incumplimiento no suficientemente justificado sea grave? Si ello fuera exigible, ¿en qué debe consistir la gravedad del incumplimiento?, ¿cuáles deberían ser los criterios para evaluar tal gravedad?

La segunda razón que hace necesaria la interpretación de la causal de revocación de incumplimiento sin justificación suficiente del plan de intervención consiste en la escasa atención que la doctrina nacional le ha dedicado al problema de la revocación de la libertad condicional. Aunque es posible encontrar varios artículos científicos acerca de la libertad condicional, estos se abocan más bien a sus aspectos generales o a temáticas que no consideran en profundidad la revocación¹. Una rápida mirada a las últimas

¹ Se refieren a los aspectos generales de la libertad condicional, VAN WEEZEL, 2023, pp. 584 y ss.; MATUS y RAMÍREZ, 2021, pp. 682 y ss.; CURY, 2005, pp. 722 y ss. Aluden a diferentes temáticas de la libertad condicional sin ahondar en el problema de la revocación, por ejemplo, CASTRO *et al.*, 2023 (libertad condicional como puesta en libertad anticipada); MAPELLI, 2016 (como beneficio penitenciario); Figueroa, 2016 (como mecanismo de prevención del delito); MARTORELL, 2021 (problemas de aplicación de la ley penal en el tiempo en materia de libertad condicional); PARDOW *et al.* 2021 (imparcialidad de la decisión de otorgar la libertad condicional); FERNÁNDEZ y CÁRDENAS, 2018 (libertad condicional en el Derecho penal internacional); TRONCOSO y HERNÁNDEZ, 2022 (calificación de la conducta); VILLAGRA, 2008; MARTÍNEZ, 2008 (postpenitenciario). También pueden encontrarse investigaciones empíricas en HOFFER, 2019; FIGUE-

publicaciones nacionales pertinentes a derecho penitenciario y libertad condicional dan cuenta del escaso desarrollo doctrinario en materia de revocación². Por ejemplo, Fernández nada dice respecto de la revocación de la libertad condicional, y tanto Tapia³ como Troncoso⁴ solo hacen una alusión general a las causales de revocación de la libertad condicional y su efecto.

Para el cumplimiento de los objetivos de este artículo, revisaremos la normativa nacional pertinente, en particular tres textos: el Decreto Ley N° 321 de 1925 (en adelante, DL 321); el Decreto Supremo N°338 de 2020 (en adelante, “Decreto 338”) y las Normas Técnicas de la Libertad Condicional de 2021 (en adelante, “Normas Técnicas”). El enfoque principal del trabajo es jurídico-dogmático y se recurrirá a la doctrina, así como a la jurisprudencia⁵.

Para lograr los objetivos planteados, este trabajo seguirá el orden siguiente: además de la introducción (a continuación, I.), aludiremos al anclaje de los fines de la pena en la evaluación del cumplimiento e incumplimiento durante la libertad condicional (*infra* II.). Luego, en la parte medular del trabajo, se revisarán ciertas temáticas vinculadas con el cumplimiento e incumplimiento durante la libertad condicional (*infra* III.). Entre otros, qué es lo que se cumple o incumple en la libertad condicional; en qué consiste el cumplimiento y cuáles son sus consecuencias; en qué consiste el incumplimiento, tipos de incumplimientos y sus consecuencias. Seguidamente, se explicará en qué consiste el incumplimiento del plan de intervención en sede jurisdiccional: gravedad y falta de justificación como presupuestos de la revocación (*Infra*, IV). Por último, se expondrán las conclusiones.

II. ANCLAJE DE LOS FINES DE LA PENA EN LA EVALUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DURANTE LA LIBERTAD CONDICIONAL

Para determinar el alcance y sentido de la causal de revocación fundada en el incumplimiento injustificado del plan de intervención es necesario tener en consideración, de forma general, los fines de las sanciones penales en el contexto de la libertad condicional. La consideración de los fines de la pena como criterios que orientan la toma de decisiones judiciales durante la libertad condicional será útil para resolver las tensiones de mayor

ROA, 2018; VILLAGRA y DROPELMANN, 2016; ESPINOZA y VIANO, 2008; AMPUERO *et al.* 2020 o análisis de tasas de privados de libertad y las fluctuaciones de la libertad condicional DÜNKEL y CASTRO, 2023.

² Véase QUIROGA y ARÉVALO, 2016, pp. 143 y ss.; MAPELLI *et al.*, 2014, pp. 79 y ss.; MORALES, 2013; SEPÚLVEDA y SEPÚLVEDA, 2008.

³ TAPIA, 2023, p. 261.

⁴ TRONCOSO, 2023, pp. 174 y ss.

⁵ La recolección de fallos no es exhaustiva y consideró solo aquellas decisiones que contenían algún tipo de fundamentación pronunciadas durante los años 2020 a 2024, que nos brindaron las plataformas VLEX y del Poder Judicial.

flexibilidad, por un lado, y la exigencia de controles más intensos o severos, por otro, que se suscitan en el análisis del cumplimiento e incumplimiento.

Si bien el análisis de los fines de la sanción penal⁶ es un tema complejo que excede los objetivos de este trabajo, sí se puede realizar un examen más acotado en el contexto de la libertad condicional. La existencia de esta institución en nuestra legislación es una prueba del espacio que el legislador le brinda a la reinserción social⁷ en la etapa de ejecución de la sanción privativa de libertad⁸. De acuerdo con el Decreto 338, la libertad condicional está concebida para aquellas personas privadas de libertad que, por su conducta intachable durante la condena y sus posibilidades de reinsertarse de manera efectiva en la sociedad, han demostrado, al momento de solicitarla, que se encuentran en un proceso de reinserción social que muestra avances⁹. Asimismo, en las distintas normas que regulan la ejecución de la libertad condicional en nuestro país, se aprecia la consagración de la finalidad de rehabilitación, por ejemplo, cuando se decreta la libertad completa si se mantienen los avances en el plan de intervención¹⁰; en el énfasis en la promoción y fortalecimiento de la formación educacional, capacitación y colocación laboral de los condenados que gocen de la libertad condicional¹¹; en el diseño del plan de intervención que debe considerar todas aquellas circunstancias sociales y comunitarias que puedan incidir en el proceso de reinserción social¹²; y en los ajustes del plan de intervención para continuar con los avances en el proceso de reinserción social¹³.

No obstante, la prevención general y la incapacitación continúan en esta fase cumpliendo un rol que no puede ser desatendido¹⁴. La manera en que la prevención general y la incapacitación se expresarán en la libertad condicional es por medio de controles, órdenes, obligaciones y prohibiciones que durante un periodo mínimo de duración imperarán en la persona con libertad condicional, por ejemplo exigiendo un lugar de residencia fijo que sea informado a la autoridad¹⁵. Con estas restricciones el legislador

⁶ En doctrina se distingue entre teorías absolutas y relativas de la pena. Las primeras asumen que la pena solo debe tener por propósito la respuesta al castigo. En cambio, en las segundas el castigo solo está legitimado si logra un propósito específico. Las teorías relativas pueden ser generales o especiales, dependiendo si el destinatario es la comunidad o el condenado. Véase, KINDHÄUSER y ZIMMERMANN, 2024, p. 64; VAN WEEZEL, 2023, p.39; HÖRLE, 2015, p.22

⁷ La rehabilitación o reinserción social son entendidas en este trabajo como sinónimos y tienen por objeto aumentar la capacidad de los condenados para desenvolverse normalmente en la sociedad civil. Véase, VAN ZYL SMIT y SNACKEN, 2013, p. 141

⁸ Véase, Decreto Ley 321, artículo 1.

⁹ Decreto 338, 2020, artículo 2.

¹⁰ Decreto Ley 321, 1925, artículo 8.

¹¹ Decreto Ley 321, 1925, artículo 10.

¹² Decreto 338, 2020, artículo 22.

¹³ Decreto 338, 2020, artículo 23.

¹⁴ En la prevención general el castigo se dirige a la comunidad y busca fortalecer la confianza en el sistema penal y la lealtad al derecho. La incapacitación tiene por objetivo proteger a la comunidad de los condenados mediante controles y restricciones a la libertad ambulatoria. Véase, VAN ZYL SMIT y SNACKEN, 2013, p. 140.

¹⁵ Decreto 338, 2020, artículos 19, 23 y 25.

busca, por un lado, proteger a la comunidad, y por otra, lograr la conminación o la intimidación penal suficiente que mantenga la función motivadora de la norma penal en la comunidad¹⁶. Acerca de estas restricciones volveremos más adelante.

Como se aprecia, la decisión de la revocación radica en la consideración de tres intereses: la reintegración social de la persona en libertad condicional, la protección de la sociedad y la conminación a la comunidad.

En el Derecho penal se reconoce que durante la ejecución de la pena y, por tanto, durante la libertad condicional, la prevención especial positiva tendría un rol preponderante por sobre las otras finalidades¹⁷. La mayor preponderancia de la finalidad preventivo especial positiva por sobre las otras finalidades en juego se explica normativamente por el artículo 5 numeral 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que otorga un mayor valor a la reinserción en la etapa de ejecución de la pena¹⁸.

La preeminencia de la prevención especial positiva en la fase de ejecución tiene dos implicancias básicas en materia de libertad condicional. Primera: debe promoverse que el condenado cumpla la fase final de su pena precisamente en libertad, para así disminuir los efectos negativos del encierro y lograr la reinserción social. Segunda: deben existir niveles de tolerancia importantes por parte de las instituciones judiciales que deciden la revocación de la libertad condicional.

III. CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DURANTE LA LIBERTAD CONDICIONAL

Podría suponerse que la situación de las personas en libertad condicional no presenta problemas tras la salida de la cárcel. Ciertamente, son personas con buen comportamiento en la prisión, que han cumplido un tiempo mínimo de aseguramiento exigido por la ley y que cuentan con una prognosis positiva de no reincidencia. Todo indicaría que durante la libertad condicional deberían continuar los progresos del penado y que este se adaptará sin dificultad a las nuevas restricciones y obligaciones¹⁹. Sin embargo, en la práctica, las personas beneficiadas con la libertad condicional deben enfrentar enormes dificultades cuando salen de la cárcel.

La criminología ha levantado una nutrida y valiosa evidencia al respecto²⁰. Es casi una máxima en criminología que una condena penal, no importa lo trivial que sea o el tiempo que haya transcurrido desde la sentencia, marca a una persona de por vida²¹.

¹⁶ CASTRO *et. al.*, 2023, p. 197; MURMANN, 2017, pp. 26 y ss.; VAN ZYL SMIT y SNACKEN, 2013, pp. 140 y ss.

¹⁷ ROXIN y GRECO, 2020, p. 153. Estos autores remarcan que la preponderancia preventivo especial en fase de ejecución debe considerar cierto espacio a la prevención general, de lo contrario decae su seriedad en fase de conminación e imposición.

¹⁸ NASH, 2013, p. 59.

¹⁹ VAN ZYL SMIT y SNACKEN, 2013, p. 504.

²⁰ LEBEL y MORUNA, 2012, pp. 661 y ss.

²¹ PETERSILIA, 2003, p. 19.

Incluso en las mejores condiciones, las y los exreclusos se enfrentan a obstáculos formidables para su reincorporación en la comunidad²².

Está bien documentado que las y los exreclusos sufren variadas discapacidades civiles, como las restricciones impuestas al empleo público y privado, al voto, a la asistencia social, a la vivienda pública, a becas universitarias, además de la carga que implica el registro de antecedentes penales. Travis al respecto habla de restricciones o inhabilidades como “castigos invisibles”²³. Además de los estigmas vinculados con la cárcel, los exinternos e exinternas cargan con estigmas que se derivan de sus circunstancias personales, entre otros, por razones de raza, pobreza, salud mental, género, etc.²⁴ Por todas estas dificultades Maruna habla del efecto “muro de ladrillos”: volver a la vida libre está lleno de obstáculos, lo suficientemente complejos para hacer que la mayoría de las y los exreclusos no los enfrente, se den media vuelta y decidan regresar a su antigua vida en prisión²⁵.

Este escenario complejo en que se encuentran las personas beneficiadas con la libertad condicional abre la necesidad de una supervisión, evaluación y protección de ellas. La supervisión debería focalizarse en la manera que la persona en libertad está reaccionando o adaptándose a las nuevas restricciones. La evaluación, en cambio, se focalizaría en constatar los cumplimientos e incumplimientos y en decidir qué consecuencias legales deberían tener estos. Y finalmente, la protección de las personas beneficiadas por la libertad condicional debería orientarse hacia la evitación de potenciales venganzas, abusos o acciones discriminatorias que mermen el proceso de reinserción o afecten la intimidad²⁶.

Como se aprecia, la evaluación en torno al cumplimiento e incumplimiento de la persona en libertad condicional está estrechamente relacionada con las complejidades que enfrentan durante esta etapa. Estas complejidades harían recomendable realizar una supervisión continua del desempeño de la persona en libertad condicional, evaluar el cumplimiento de los términos y las condiciones de la libertad condicional y, si es necesario, considerar medidas de protección a favor de la o el liberto. En lo que sigue ahondaremos en torno a la evaluación del cumplimiento e incumplimiento de los términos y condiciones de la libertad condicional.

a. Quién decide el cumplimiento e incumplimiento

Tradicionalmente dos son las instituciones responsables de la libertad condicional que se abocan a las labores de supervisión y decisión en torno a la continuidad de la

²² JOHNSON, 2002, p. 319.

²³ TRAVIS, 2002, pp. 15 y ss.

²⁴ LEBEL y MARUNA, 2012, p. 669.

²⁵ MARUNA, 2001, p. 55.

²⁶ En Alemania destaca el caso Lebach donde el Tribunal Constitucional Federal alemán prohibió a la prensa develar la identidad de una persona que había cumplido condena. El argumento se centró en la dignidad humana y en el derecho de reinsertarse en la sociedad (BVerfG, 5.06.1973, 1BvR635/73).

libertad condicional²⁷. En la experiencia comparada las instituciones de supervisión suelen estar bajo el alero del aparato estatal penitenciario y poseen un carácter eminentemente administrativo, en cambio, las que deciden la continuidad de la libertad condicional suelen tener un carácter jurisdiccional y se insertan dentro del poder judicial²⁸. Ambas instituciones tienen atribuciones para evaluar el cumplimiento e incumplimiento, pero bajo criterios y consecuencias diferentes.

En las líneas siguientes explicaremos cuáles son las instituciones chilenas que se abocan a las labores de supervisión y decisión en torno a la continuidad de la libertad condicional. Como el carácter jurisdiccional de la institución encargada de la concesión y revocación de la libertad condicional no es del todo clara en la doctrina chilena, nos detendremos en esta discusión. La resolución de esta controversia resulta necesaria para comprender que la evaluación que realiza cada una de las instituciones nacionales a cargo de la libertad condicional, acerca del cumplimiento o incumplimiento, son distintas entre sí, con criterios de decisión y consecuencias diferentes.

Respecto del servicio administrativo responsable de la libertad condicional se han ensayado en Chile diversos modelos. Durante la centenaria existencia de la libertad condicional, varios órganos administrativos han estado a cargo del apoyo y supervisión de los y las libertos. En el modelo original de 1925 las personas beneficiadas quedaban a cargo del Tribunal de Conducta, que velaba por ellos y ejercía labores de monitoreo. Con la reforma de 1943, esta labor pasó al Patronato Nacional de Reos y a los Patronatos Locales de Reos. Esta nueva institucionalidad tenía por objeto apoyar a las y los libertos, proporcionándoles medios de trabajo y procurándoles atención social, educativa y médica. Los Patronatos se suprimieron en 2013 y en remplazo se crearon los Centros de Apoyo para la Integración Social de Gendarmería de Chile (en adelante, CAIS). Dentro de los CAIS, la responsabilidad de la supervisión²⁹ recae en las y los delegados de libertad vigilada de Gendarmería de Chile³⁰ y en el Consejo Técnico de Libertad Condicional³¹.

De acuerdo con las Normas Técnicas la supervisión debe entenderse como:

²⁷ Complementariamente apoyan el trabajo de estas instituciones una red de agencias de diversa naturaleza, tales como municipalidades, fundaciones y empresas privadas.

²⁸ Por ejemplo, en Alemania la instancia administrativa está a cargo de la *Bewährungshilfe* o servicio estatal de libertad vigilada. Los *Bewährungshelfers* u oficiales de libertad condicional despliegan dos tareas, la primera, de apoyo, para que las personas en la libertad condicional puedan llevar una vida alejada del delito, y la segunda, de control de las condiciones y órdenes que deben acatar los sujetos durante el periodo de prueba. Asimismo, la instancia judicial recae en jueces de ejecución, las *Strafvollstreckungskammer*. Véase, DÜNKEL y PRUIN, 2023, p.640.

²⁹ De acuerdo con las Normas Técnicas, la supervisión de la libertad condicional es el proceso que se inicia una vez obtenida la libertad condicional, la que es considerada un medio de prueba de que la persona condenada a una pena privativa de libertad demuestra avances en su proceso de reinserción social (Normas Técnicas, 2021, p. 39).

³⁰ Son funcionarios con una licenciatura en ciencias sociales. Véase, Decreto 338, 2020, artículo 28.

³¹ Como indican las Normas Técnicas, el Consejo Técnico es una instancia de discusión, con facultades asesoras y resolutorias, cuyo objetivo es orientar a los delegados en el ejercicio y cumplimiento de su rol frente a las personas beneficiarias de libertad condicional (Normas Técnicas, 2021, p. 103).

“un proceso técnico y continuo, en el que la persona, desde su incorporación al beneficio y con la guía y apoyo de la o el delegado, va progresivamente accediendo a prestaciones y desarrollando competencias que facilitarán su integración a la comunidad. En este proceso, tanto el acceso a las redes de apoyo intersectorial como la intervención especializada y el trabajo motivacional ocupan un lugar central como parte de las acciones del plan de intervención”³².

Los CAIS, además de asistir, supervisan al liberto, para así garantizar que este cumpla con las condiciones impuestas, ejerciendo grados de control sobre aquel³³. Con el registro y la información acumulada en el seguimiento realizan, bajo criterios administrativos, una evaluación de cumplimiento o incumplimiento que tiene consecuencias de carácter administrativo que serán explicadas en las siguientes secciones.

En el ordenamiento jurídico chileno el órgano encargado de la concesión y revocación de la libertad condicional es la Comisión de Libertad Condicional (en adelante, CLC)³⁴. En nuestro país existen dudas en torno al carácter jurisdiccional de dicho órgano. Según Morales, las CLC tendrían una naturaleza administrativa porque el propio Código Orgánico de Tribunales no las reconoce como tribunales³⁵. No obstante, por las razones que explicaremos a continuación, se debe concluir que las CLC sí despliegan una labor jurisdiccional.

La primera razón gira en torno a la naturaleza de los miembros de la CLC (jueces y juezas) y la esencia de la decisión (que recae en la libertad de una persona). Al decidir la concesión y la revocación del beneficio, las CLC realizarían una labor de carácter jurisdiccional y cumplirían la función de hacer ejecutar lo juzgado. Apoyaría esta posición el artículo 7° del Código Procesal Penal, que considera como parte del proceso penal la ejecución de la pena, extendiendo a la ejecución, y consiguientemente a la libertad condicional, este carácter³⁶. No se debe olvidar además que la libertad condicional no extingue ni modifica la duración de la pena, la que se sigue cumpliendo por la persona condenada, de un modo particular, en libertad, requiriendo entonces de un control judicial mientras se ejecuta³⁷.

³² Normas Técnicas, 2021, p. 86.

³³ Según las Normas Técnicas, el control considera acciones de monitoreo y verificación, transversales a la totalidad de la población y permanentes durante el período de la supervisión, dirigidas a comprobar el cumplimiento de las condiciones del beneficio de la libertad condicional, según los medios disponibles y lo que se acuerde en el plan de intervención (Normas Técnicas, 2021, p. 70).

³⁴ En el modelo original de la libertad condicional, la concesión y revocación correspondía al Poder Ejecutivo, quien dictaba el correspondiente Decreto Supremo. Con la reforma de la Ley N° 20.587, de 2012, se confirió la facultad para conceder y revocar la libertad condicional a una comisión especial compuesta por jueces que se denomina “Comisión de Libertad Condicional”.

³⁵ MORALES, 2013, pp. 7 y ss.

³⁶ Tapia explica que en nuestro ordenamiento jurídico corresponde al Poder Judicial juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y que la administración penitenciaria no es un órgano jurisdiccional (TAPIA, 2023, p. 399).

³⁷ Decreto Ley 321, 1925, artículo 1 inciso 2°. Desde luego la CLC solo cumple la labor jurisdiccional respecto de la libertad condicional. En otras materias son distintos los órganos competentes llamados a

Otra de las razones para entregarles un carácter jurisdiccional a las CLC es de carácter sistémico. Si miramos la forma en que nuestro país diseña la puesta en libertad anticipada en su globalidad se puede apreciar que la labor jurisdiccional se distribuye entre los jueces de garantía y los jueces que componen las CLC. Es difícil pensar que en la sustitución de las penas privativas de libertad y pena mixta de la Ley N° 18.216³⁸, así como en la sustitución y quebrantamiento de la pena juvenil, el juez de garantía cumple una función jurisdiccional y en la libertad condicional, en cambio, los jueces de la CLC, que la conceden y revocan, cumplan una función administrativa³⁹.

b. ¿Qué es lo que se cumple o incumple en la libertad condicional?

Para responder esta pregunta resulta necesario explicar que Chile adhiere al modelo de intervención de Andrews, Bonta y Hoge, también conocido como “modelo de Riesgo, Necesidad y Responsabilidad”. Este busca evaluar e intervenir a las personas infractoras de ley. El modelo se construye fundamentalmente en la evaluación de los riesgos de reincidencia y necesidades criminógenas y no criminógenas, así como en la entrega de intervenciones destinadas a disminuir la reincidencia⁴⁰. Asimismo, Chile incorpora de manera complementaria elementos del así denominado “desistimiento delictivo”⁴¹; con ello, la evaluación pondría el foco en los elementos promotores del cambio y no solo en los déficits (es decir, en los factores de riesgo de reincidencia)⁴².

La evaluación de los riesgos en el contexto de la libertad condicional abarca una prognosis acerca de las posibilidades de que el condenado reincida, una ponderación de los factores de protección que alejarían al liberto de la reincidencia y una comparación de estos elementos, de modo de tener claridad acerca del potencial comportamiento delictivo y la forma de evitar o disminuir al mínimo la reincidencia⁴³. Con la evaluación se está en condiciones de elaborar el plan de intervención⁴⁴ que busca alcanzar dos grandes objetivos: por una parte, disminuir las probabilidades de reincidencia, por

ejercer esta función, por ejemplo, el juez de garantía o la comisión de rebaja de condena. Lamentablemente en Chile el control judicial de la ejecución de la pena se encuentra difuminado entre varios órganos, cuestión que ha sido duramente criticado por la doctrina nacional. Véase, entre otros, DURÁN, 2023, p. 1059; TAPIA, 2023, p. 403; CASTRO, 2019, p.109.

³⁸ La pena mixta alude a aquellos casos en que el tribunal podrá, previo informe de Gendarmería de Chile, disponer la interrupción de la pena privativa de libertad original, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva, siempre que concurran los requisitos del artículo 33 de la Ley N° 18.216 de 1983.

³⁹ Ley N° 18.216, 1983, artículos 25, 32 y 33. Ley N° 20.084, 2005, artículos 50, 52 y 53.

⁴⁰ Normas Técnicas, 2021 p. 11.

⁴¹ El desistimiento delictivo estudia el proceso cuando una persona cesa o se abstiene por un periodo de tiempo prolongado de cometer delitos (Normas Técnicas, 2021, p. 12).

⁴² Normas Técnicas, 2021, p. 12.

⁴³ Normas Técnicas, 2021, p. 13.

⁴⁴ Según las Normas Técnicas, el plan de intervención es el documento donde el delegado/a organiza y consigna las actividades que la persona deberá desarrollar durante el período de libertad condicional (Normas Técnicas, 2021, p. 63).

otra, promover la integración social del individuo. Para ello, en el plan de intervención deben desplegarse acciones para la consecución de cada uno de estos objetivos y definir actividades concretas⁴⁵.

Así, para el logro del primer objetivo el plan debe desplegar acciones que permitan abordar necesidades de intervención con objetivos medibles; considerar el abordaje de las principales necesidades criminógenas, incorporando factores protectores, así como promover la incorporación de habilidades cognitivas emocionales y sociales para desenvolverse en la comunidad. Para alcanzar el segundo objetivo, el plan debe contemplar acciones que faciliten la vinculación del liberto con redes sociales y de apoyo; mejoren sus posibilidades de empleabilidad; potencien la revinculación familiar; y gestionen las derivaciones a la red pública, cuando sea necesario⁴⁶.

Según el artículo 28 del Decreto 338, corresponde a la o al delegado de libertad condicional la planificación y conducción del plan de intervención individual⁴⁷. Una vez que el plan ha sido consensuado entre la o el delegado y la persona en libertad condicional, el o la profesional es responsable de presentarlo al Consejo Técnico para su revisión y aprobación⁴⁸.

En resumen, podría afirmarse que el cumplimiento o incumplimiento en la libertad condicional está determinado por la satisfacción o insatisfacción del plan de intervención y, más precisamente, por el cumplimiento de los dos grandes objetivos trazados en el documento: disminuir las probabilidades de reincidencia y promover la integración social del individuo.

c. En qué consiste el cumplimiento y cuáles son sus consecuencias

En términos generales podemos señalar que el cumplimiento está vinculado a aquellos casos donde la persona beneficiada reacciona positivamente a los términos y condiciones de la libertad condicional. Más concretamente: el cumplimiento se logra cuando se han materializado los objetivos del plan de intervención, es decir, la persona ha mantenido durante la libertad condicional un compromiso con un proyecto de vida libre de delito y se ha integrado socialmente. Este compromiso debe evaluarse por la institución administrativa y la jurisdiccional considerando las circunstancias de la persona beneficiada durante la libertad condicional. En lo que sigue, explicaremos cuáles son los criterios y las consecuencias del cumplimiento en sede administrativa y jurisdiccional.

En sede administrativa el plan de intervención se entenderá cumplido cuando:

“el objetivo propuesto se ha alcanzado de manera favorable y no existen actividades pendientes”⁴⁹.

⁴⁵ Normas Técnicas, 2021, p. 39.

⁴⁶ Normas Técnicas, 2021, p. 39.

⁴⁷ Decreto 338, 2020, artículo 28.

⁴⁸ Decreto 338, 2020, artículo 22.

⁴⁹ Normas Técnicas, 2021, p. 93

Los criterios para determinar el cumplimiento se regulan en el artículo 25 del Decreto 338. Según esta disposición, las condiciones generales de cumplimiento del plan de intervención individual están definidas por: a) La presentación en el CAIS respectivo; b) La asistencia a entrevistas individuales con el (la) DLC que le fuere asignado, salvo situaciones debidamente justificadas; c) La participación en acciones y programas especializados, individuales o grupales, dirigidos a disminuir los factores de riesgo delictual que se encuentren contemplados como necesarios en su plan de intervención individual; d) La participación y asistencia mediante procesos de derivación asistida, a organismos y programas de la red intersectorial, que se encuentren establecidos como acciones técnicas en su plan de intervención individual; y e) Mantener un lugar de residencia estable y conocido que permita la supervisión y la asistencia a las actividades programadas, y el deber de informar de manera oportuna un cambio de residencia, de modo de garantizar la continuidad de la intervención por medio de la derivación a una nueva unidad de control⁵⁰.

En torno a las consecuencias de carácter administrativo del buen desempeño del liberto, las Normas Técnicas distinguen cuatro medidas que pueden ser adoptadas: suavizar la intensidad de la supervisión⁵¹; realizar informes para la postulación a los beneficios del artículo 8 del DL N°321 y a la rebaja de condena⁵²; realizar actividades de preparación para el egreso⁵³, y realizar la evaluación final⁵⁴.

En sede jurisdiccional los requisitos para evaluar el cumplimiento son dos y se encuentran señalados en el artículo 8 del DL 321, a saber: haber cumplido la mitad del período de libertad condicional y las condiciones establecidas en su plan de intervención individual. Desde el punto de vista de los fines de la pena se puede interpretar el cumplimiento de la mitad del periodo como un tiempo suficiente para asegurar un mínimo preventivo general. Además, el segundo requisito, desde el punto de vista de los fines preventivo especial positivos, debe ser leído como un incentivo para la persona en libertad condicional que ha continuado avanzando en su proceso de reinserción social, demostrando un compromiso con una vida libre de delitos e integrada socialmente. Acerca de este último aspecto, es importante considerar los logros prosociales de la persona, entre otros, tener trabajo y vivienda, cursar estudios, mantener lazos afectivos o haber superado los factores que generaron la comisión de delitos (como una adicción, por ejemplo).

⁵⁰ Decreto 338, 2020, artículo 25.

⁵¹ A partir del segundo año y posterior a una evaluación del caso, ante la presencia de un nivel bajo o muy bajo de reincidencia y la ausencia de necesidades de intervención, las actividades de supervisión se pueden realizar mensualmente y de forma presencial y remota (Normas Técnicas, 2021, p. 75).

⁵² El artículo 8 del DL 321 alude al cumplimiento de la mitad del periodo y a las condiciones establecidas en el plan. Las personas que gozan de la libertad condicional y que han dado cumplimiento a las condiciones impuestas pueden optar a la rebaja de condena (Normas Técnicas, 2021, p. 95).

⁵³ Alude a actividades que comprenden el análisis, revisión y refuerzo de los aspectos trabajados durante el cumplimiento del beneficio. Las actividades se realizan tres meses antes de la fecha de egreso (Normas Técnicas, p. 96).

⁵⁴ Consiste en cerrar el proceso de supervisión con una evaluación final que permita identificar los logros alcanzados durante el cumplimiento de la libertad condicional (Normas Técnicas, 2021 p. 97).

En sede jurisdiccional, la consecuencia contemplada para el caso de cumplimiento es la concesión de la libertad completa⁵⁵. Esta consecuencia se puede interpretar desde los fines preventivo especial positivos como el paso necesario para que el o la liberta continúe, sin ningún tipo de restricción o control, avanzando en su proceso de resocialización.

d. En qué consiste el incumplimiento, tipos de incumplimientos y sus consecuencias

Como se explicó al inicio de la segunda sección de este trabajo, las autoridades encargadas de la ejecución de la libertad condicional deben interactuar con personas con historias de vida complejas que reaccionarán de diferentes maneras durante la libertad condicional. En este contexto, tanto las CAIS como las CLC enfrentan ciertos escenarios vinculados con la resistencia al plan de intervención, que los obliga, en pos del logro de los fines de la sanción, a adoptar diferentes medidas.

Para efectos de dosificar la intensidad de las consecuencias ante una resistencia al plan de intervención, la doctrina ha propuesto el modelo de reacción escalonado, esto es, varias medidas graduales según el tipo de incumplimiento⁵⁶. Detrás de este modelo se encuentra la certeza de que el cumplimiento de la libertad condicional no puede ser lineal y que el énfasis en la prevención especial positiva obligaría a las instituciones a cargo de la libertad condicional a ser más tolerantes con aquellas personas que han planteado resistencias al plan, pero que aún podrían cumplir con los objetivos establecidos en este⁵⁷.

De acuerdo con el modelo de reacción escalonado, la resistencia o recaída al plan o la recaída del o de la liberta se clasifica en incumplimientos leves, de mediana gravedad y graves. La resistencia o recaída de la persona al plan debe ser considerada como leve en la medida de que existan antecedentes que demuestren que, a pesar de la resistencia o recaída, se podrá cumplir con los objetivos trazados en el plan de intervención. En este escenario, las autoridades encargadas de la libertad condicional deben actuar con paciencia y tolerancia. Lo que corresponde en estas situaciones consiste en animar a la persona en libertad condicional para que pueda continuar con la consecución de los objetivos trazados en el plan de intervención.

La decisión de reaccionar con paciencia y considerar la recaída como un momento previsible en la etapa de cumplimiento de la libertad condicional se funda en los antecedentes que dan cuenta de que aún es posible lograr avances resocializadores y que el éxito del plan continúa como una posibilidad cierta⁵⁸. Además, detrás de esta decisión está la convicción de que los efectos negativos de la pena –discriminación, estigmatización, daños psicológicos– se mitigan de mejor forma en libertad que en encierro y que

⁵⁵ Decreto Ley 321, 1925, artículo 8.

⁵⁶ DÜNKEL y PRUIN, 2023, p. 522.

⁵⁷ En el mismo sentido se orientan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de la Libertad. En la Regla 14.3 se establece que el fracaso de una medida no privativa de libertad, como, por ejemplo, la libertad condicional, no puede significar de manera automática la imposición de una medida privativa de libertad.

⁵⁸ VAN ZYL SMIT y SNACKEN, 2013, p. 485.

las posibilidades de concretizar un compromiso de una vida sin delitos son mayores en libertad que en la cárcel⁵⁹.

En cambio, la resistencia deberá ser considerada como de mediana gravedad si los antecedentes dan cuenta de un alto riesgo de fracaso de los objetivos del plan de intervención. En estos casos, el sistema de reacción escalonado propone a los operadores de libertad condicional evaluar el rediseño del plan de intervención⁶⁰. La decisión de rediseñar el plan se funda en los nuevos antecedentes que dan cuenta de las dificultades que está presentando la persona durante la libertad condicional y que ponen en riesgo el cumplimiento de los objetivos del plan. También en esta decisión existe la convicción de que aún hay espacio para avanzar en la dimensión resocializadora, pero con controles y restricciones más intensos.

Finalmente, si hay indicios categóricos de que el plan de intervención ha fracasado, es decir, que la persona beneficiada se ha sustraído de forma completa y permanente de los objetivos del plan de intervención, el incumplimiento deberá ser considerado como grave. En estos casos lo que procede es derechamente la revocación de la libertad condicional⁶¹.

Pareciera ser que Chile incorpora el modelo de reacción escalonado. Desde un punto de vista sistémico, es necesario destacar que el legislador chileno se inclina expresamente por tal modelo en materia de penas sustitutivas a la pena privativa de libertad. En efecto, el art. 25 de la Ley N° 18.216 establece que, tratándose de un incumplimiento grave o reiterado de las condiciones impuestas, y atendidas las circunstancias del caso, el tribunal deberá revocar la pena sustitutiva impuesta o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad. El precepto agrega que, en el caso de otros incumplimientos injustificados, el tribunal deberá imponer la intensificación de las condiciones previstas en la correspondiente pena sustitutiva.

En el caso de la regulación de la libertad condicional, no hay una norma como la contenida en el artículo 25 de la Ley N° 18.216 que distinga con claridad entre tipos de incumplimientos y sus consecuencias. Asimismo, hay cuatro razones para considerar la aplicación del modelo de reacción escalonada en nuestro país, también para el caso de la libertad condicional.

Primero, la normativa que regula esta institución considera expresamente dos consecuencias, a saber: modificar el plan de intervención y decretar la revocación de la libertad condicional. Si analizamos de manera conjunta todas las causales de revocación no cabe duda de que estamos ante hipótesis de gravedad. La no presentación al CAIS luego de decretada la libertad condicional; negarse a firmar un compromiso consistente en no amedrentar u hostigar a la o las víctimas, y la condena por cualquier delito, son situaciones de importancia que dañan a la comunidad y ponen en jaque la seriedad del funcionamiento del sistema penal⁶². Según esta línea de razonamiento, sería absurdo

⁵⁹ MORALES, 2013, p. 7.

⁶⁰ VAN ZYL SMIT y SNACKEN, 2013, p. 485.

⁶¹ VAN ZYL SMIT y SNACKEN, 2013, p. 485.

⁶² Decreto Ley 321, 1925, artículo 7.

que cualquier incumplimiento, por ejemplo, uno de carácter leve o mediano, se active la revocación.

Segundo, desde el punto de vista del principio constitucional de proporcionalidad⁶³ sería muy difícil justificar la revocación para casos de incumplimientos de mediana gravedad. Es complejo justificarla si el objetivo de proteger a la comunidad se puede lograr con otras medidas menos restrictivas e igualmente idóneas, como la modificación al plan de intervención (criterio de necesidad). Y, además, es difícil justificarla en un escenario donde los costos de la revocación son mucho mayores que el beneficio que se logra protegiendo a la comunidad (criterio de proporcionalidad en sentido estricto). Dicho de otra manera, la revocación significa poner término a la libertad, exponer al interno o interna a los efectos negativos del encierro⁶⁴, deshacer los avances en materia de reinserción y agudizar el hacinamiento del sistema carcelario⁶⁵. Estos costos solo se pueden justificar en el caso de infracciones gravitantes de incumplimiento.

La tercera razón para considerar la aplicación del modelo de reacción escalonada en materia de libertad condicional se basa en la decisión de entregar al ente administrativo la modificación del plan y la revocación al órgano jurisdiccional. Esta decisión de política criminal puede ser interpretada como una forma de distinguir entre incumplimientos y dosificar sus consecuencias. En este sentido, sería razonable que las dimensiones leves y medianas sean resueltas por los CAIS y las hipótesis de gravedad –por la envergadura que implica la decisión de revocación de la libertad condicional– sean resueltas por las CLC (integradas por jueces y juezas).

La cuarta y última razón se basa en cierta línea jurisprudencial que puede reconocerse en fallos pronunciados por la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago. Si bien la argumentación no ha sido detallada, hay cierta reflexión en torno a aquellos casos de incumplimiento que no son graves. No sería grave aquel incumplimiento que se presenta en un escenario donde no se avizoran faltas anteriores⁶⁶, no se respetó el debido proceso (no se escuchó al liberto)⁶⁷, o en casos de cumplimiento negligente⁶⁸. En todas estas hipótesis no procedería la revocación.

⁶³ Este principio relaciona los medios, fines y costos de una decisión judicial con intereses diversos mediante tres máximas. La primera es la idoneidad del medio para alcanzar el fin buscado. En la segunda máxima se indaga la relación entre el medio idóneo y el fin buscado constatando si se satisface o no el estándar de la necesidad. El medio no solo debe ser útil, pues, como tiene costos, debe ser además necesario para el fin. La tercera máxima es la proporcionalidad en sentido estricto, e impone la necesidad de ponderar los fines en juego, para decidir si está justificado el sacrificio de un fin implicado por la utilización de un medio que sirve a la protección de otro, lo que dependerá de si la importancia asignada a la protección de dicho fin precedente justifica o no el nivel de sacrificio impuesto por la medida protectora al fin que es desplazado. Véase, KASPAR, 2014, p. 101.

⁶⁴ CID, 2021, p. 283 y ss.; PRUIN, 2016, pp. 251 y ss.; LIEBLING *et al.*, 2013, pp. 169 y ss.; LÖSEL, 2012, p. 986 y ss.

⁶⁵ DÜNKEL *et al.*, 2021, pp. 38 y ss.

⁶⁶ Corte Suprema, 9.11.2023, rol 242.540-2023.

⁶⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 3.8.2022, rol amparo-3136-2022.

⁶⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 22.4.2023, rol 104.863-2023.

f) Incumplimiento del plan de intervención en sede administrativa

En torno a las situaciones en que procede la modificación del plan de intervención, las Normas Técnicas distinguen tres hipótesis: i) supuestos de cambios relevantes en la situación de la persona o de las condiciones inicialmente evaluadas; ii) supuestos de escasos o nulos resultados respecto del logro de objetivos, y iii) existencia de indicadores que señalen el aumento de necesidades a abordar⁶⁹. Estas modificaciones al plan pueden abrir tres tipos de modificaciones: nuevas áreas y necesidades del probando; mantener las áreas o necesidades originalmente propuestas, pero con modificaciones de los objetivos y las actividades a realizar y, finalmente, considerar ajustes en la intensidad de la supervisión en general⁷⁰.

En caso de incumplimiento del plan, las y los delegados, además de modificar el plan de intervención con autorización del Consejo Técnico, deben elaborar un informe de incumplimiento de las condiciones del plan y remitirlo al Consejo Técnico de manera oportuna, de forma tal que el Consejo pueda evaluar y determinar su comunicación a la respectiva CLC⁷¹.

IV. INCUMPLIMIENTO DEL PLAN DE INTERVENCIÓN EN SEDE JURISDICCIONAL: GRAVEDAD Y FALTA DE JUSTIFICACIÓN COMO PRESUPUESTOS DE LA REVOCACIÓN

Como ya se mencionó anteriormente, las CLC conocen de casos donde la o el liberto se resiste a cumplir con los términos y condiciones de la libertad condicional, debiendo evaluar la magnitud de dicha sustracción, así como si dicha resistencia se debe a circunstancias que están o no bajo el control de la persona beneficiada. La consecuencia, como ya se ha mencionado, es la revocación de la libertad condicional, que interpretada bajo los fines preventivo general positivos, debe ser entendida como la única medida idónea para proteger a la comunidad y asegurar la seriedad de la sanción.

1. *Gravedad del incumplimiento como presupuesto de la revocación*

El examen de la gravedad del incumplimiento exige enfrentar tres cuestiones. La primera, justificar por qué entendemos que la gravedad del incumplimiento es un requisito para la revocación. Esta justificación es importante porque el DL N° 321 solo alude al incumplimiento del plan sin justificación suficiente. El segundo aspecto que es necesario afrontar es el relativo a qué debe entenderse por gravedad, y finalmente, fijar

⁶⁹ Normas Técnicas, 2021, pp. 88 y s.

⁷⁰ Normas Técnicas, 2021, p. 89.

⁷¹ El Consejo Técnico deberá constituirse para estos fines, hasta tres días hábiles siguientes a dicho aviso, con el fin de analizar los antecedentes, determinando si existió o no justificación suficiente para el incumplimiento, e informar a la respectiva Comisión de Libertad Condicional, si lo considera incumplimiento. Normas Técnica de la Libertad Condicional, 2021, p. 94.

los criterios que deberían ser tomados en cuenta por la CLC al momento de evaluar si se está en presencia de un incumplimiento grave del plan de intervención.

- a) Razones que permiten considerar a la gravedad del incumplimiento como un presupuesto de la revocación

Como ya explicamos, Chile acoge el modelo de escala de reacciones. Por consiguiente, el propio legislador gradúa las respuestas del sistema frente al incumplimiento del plan de intervención durante la libertad condicional. Para los incumplimientos leves y medianos, la ley contempla la actualización del plan de intervención y, para los casos graves, prevé la revocación. Con la incorporación de este modelo no tendría sentido revocar por cualquier incumplimiento, salvo situaciones excepcionalísimas que serán explicadas más adelante y que están vinculadas con casos calificadamente especiales.

- b) Concepto de incumplimiento grave

Según nuestra opinión, a partir de lo desarrollado en las secciones anteriores, al evaluar jurisdiccionalmente la magnitud del incumplimiento, es necesario considerar dos aspectos: qué es lo que se incumple y las posibilidades de alcanzar los objetivos. En el primer aspecto, la gravedad está vinculada con el incumplimiento de los objetivos centrales del plan de intervención, es decir, disminuir las probabilidades de reincidencia y promover la integración social del individuo. Por ejemplo, puede existir un temor fundado de que la persona en libertad condicional volverá a cometer un delito porque no ha superado los factores que generaron el delito, sus necesidades de intervención han aumentado o no ha consolidado un compromiso con una vida que incorpore trabajo, vivienda y lazos afectivos positivos. En el segundo aspecto, la gravedad de la resistencia está vinculada al fracaso del plan de intervención; por ejemplo, de acuerdo con los antecedentes del caso no hay posibilidades de alcanzar los objetivos porque no hay resultados o porque en el plazo de programación que resta es imposible alcanzar los objetivos del plan⁷².

En los casos de resistencia que no afecten a alguno de los objetivos centrales del plan de intervención, como la inasistencia a algún programa o la reunión con una o un delegado, el incumplimiento no debería ser considerado grave. En el mismo sentido, si de los antecedentes del caso se desprende que aún existen posibilidades de que la persona en libertad condicional alcance los objetivos trazados en el plan, no debiera decretarse la revocación.

⁷² En la *praxis* judicial, según los fallos analizados para la presente investigación, se aprecia que no todas las CLC se preguntan en qué medida dicho incumplimiento está afectando los objetivos generales del plan (por ejemplo, véase la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, 8.8.2022, rol amparo 3240-2020). Indagar en las razones que explican este fenómeno exigiría desplegar una investigación empírica que está fuera del propósito y alcance del presente trabajo.

En una forma similar a la expuesta, se ha entendido este problema en el derecho alemán⁷³, donde la gravedad y la persistencia del incumplimiento, unido al temor de que nuevamente cometerá delitos, son determinantes para revocar la libertad condicional. En torno a la gravedad, la doctrina exige –más que una simple infracción–, a modo de ejemplo, no será considerada como grave si el probando interrumpe una terapia hospitalaria que le parece inútil y se somete a una terapia ambulatoria que sí resulta adecuada⁷⁴. Sin embargo, existe una infracción grave si el condenado es expulsado de un centro terapéutico por motivos disciplinarios⁷⁵.

En la misma línea la normativa española⁷⁶ considera que, para revocar la libertad condicional, el incumplimiento de las prohibiciones o deberes que hubieran sido impuestos debe ser grave o reiterado. De acuerdo con Fernández y Nistal, dicha gravedad va de la mano de un agravamiento del pronóstico de reincidencia⁷⁷.

- c) Criterios que debe considerar la CLC al momento de evaluar si se está en presencia de un incumplimiento grave del plan de intervención

c.1. Modificación del plan de intervención en la instancia administrativa

Para evaluar el incumplimiento del plan y determinar su gravedad resulta relevante conocer si se han realizado modificaciones al plan. Como se ha explicado anteriormente, la o el delegado de libertad condicional está facultado a realizar cambios en el plan⁷⁸.

Si se han desplegado modificaciones y el probando continúa manifestando falta de adherencia al plan de intervención, estaríamos en un escenario donde debería considerarse la revocación como una opción. En cambio, en un escenario donde no se han hecho modificaciones o habiéndose realizado, existen algunas dimensiones del plan que aún admitirían ajustes como mayores restricciones para la persona en libertad condicional, sería recomendable, debido a la magnitud de la decisión, esperar el efecto de dichas modificaciones antes de revocar.

Igualmente, podrían darse casos donde a pesar de no haberse realizado modificaciones es recomendable evaluar la revocación como opción. Se trata de casos calificadamente especiales, donde ha habido un radical cambio en las necesidades del probando, y aun

⁷³ Según el parágrafo 56 letra f) del Código Penal alemán, el tribunal puede revocar la libertad condicional cuando el condenado infrinja grave o continuamente órdenes o se sustraiga continuamente a la vigilancia y dirección del asistente de libertad condicional, dando lugar al temor de que nuevamente cometerá hechos punibles (véase OSTENDORF y BARTSCH, 2023, p. 514).

⁷⁴ MOSBACHER y CLAUS, 2016, p. 536.

⁷⁵ MOSBACHER y CLAUS, 2016, p. 537.

⁷⁶ El Código Penal español de 1995 dispone en los artículos 86.1 letra b) y c) y 90.5.I que el juez revocará la libertad condicional cuando el penado incumpla de forma grave o reiterada las condiciones, prohibiciones y deberes que le hubiera sido impuestos o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración Penitenciaria.

⁷⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN, 2016, p.222

⁷⁸ Normas Técnicas, 2021, p. 90.

cuando se modifique el plan, es poco probable revertir la falta de adhesión a este. Por ejemplo, se han incrementado ostensiblemente los riesgos de reincidencia durante el periodo de prueba. Desde luego, este escenario exige para la o el delegado un despliegue mayor de información y fundamentación para explicar que la CLC está frente a un caso calificadamente especial.

c.2. Persistencia de la infracción

Otro de los elementos que hay que sopesar para determinar si procede o no la revocación por gravedad es la persistencia de la infracción en el tiempo. Resulta útil saber si pese a las advertencias del delegado de la libertad condicional la persona en libertad condicional ha perseverado con las infracciones al plan. Este criterio ha sido utilizado precisamente por la Corte de Apelaciones de Santiago⁷⁹ y Antofagasta como una manera de evaluar la gravedad de la infracción⁸⁰.

c.3. Determinación de los aspectos del plan que sí se están cumpliendo y el tiempo de adhesión

También resulta determinante evaluar qué aspectos del plan de intervención sí han sido cumplidos por la persona en libertad condicional (tanto las actividades en concreto como aquellos objetivos trazados en el plan). En esta misma línea resulta necesario contemplar en la valoración el tiempo en que el probando ha venido desarrollando satisfactoriamente este comportamiento.

Recordemos que, de acuerdo con las Normas Técnicas, la o el delegado de la libertad condicional debe monitorear y registrar las asistencias o inasistencias de las reuniones y a las actividades en las que haya participado la persona beneficiada; luego, para las CLC será fácil conocer aquellas dimensiones del plan que sí han sido exitosas y desde cuándo lo han sido⁸¹. Este criterio también ha sido considerado por la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago⁸².

c.4. Riesgo de reincidencia

El pronóstico de reincidencia debe basarse en el comportamiento de la persona durante el período de prueba⁸³. El pronóstico elaborado por la o el delegado de la libertad condicional permitirá a la CLC evaluar dos aspectos: el primero, la conexión de

⁷⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 26.10.2023, rol amparo 2356-2023.

⁸⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 13.1.2022, rol amparo sin número.

⁸¹ Normas Técnicas, 2021, p. 86.

⁸² Corte Suprema, 19.3.2021, rol 19163-2021; Corte Suprema, 3.3.2020, rol 11.165-2020; Corte de Apelaciones de Santiago, 13.8.2022, rol amparo 3136-2022; Corte de Apelaciones de Santiago, 22.6.2023, rol amparo 104.863-2023

⁸³ Normas Técnicas, 2021, p. 89.

las infracciones con el riesgo de que la persona beneficiada volverá a cometer un delito; el segundo, cuánta tolerancia deberá tenerse con la persona en libertad condicional.

Sería lógico que, a mayores niveles de riesgo de reincidencia, la tolerancia frente a los incumplimientos sea menor y el estándar para considerarlo grave menos exigente. *A contrario sensu*, frente a casos de riesgo bajo o medio donde aún queda un espacio para seguir “apostando” por la persona beneficiada, el estándar de gravedad debería ser mayor.

c.5. Consideración de los costos de la decisión y la consecuente necesidad de moderación al momento de evaluar la gravedad

La necesidad de que las CLC adopten una actitud de moderación al evaluar la gravedad del incumplimiento pasa fundamentalmente por las razones ya señaladas en la sección III y por la envergadura de los costos sociales que están asociados a la decisión de acoger o rechazar la revocación. Por un lado, la negativa a reconocer la gravedad del incumplimiento puede dejar a la comunidad, y por supuesto también a las víctimas, en desprotección por la inminente comisión de un delito. Pero, por otro lado, su reconocimiento y posterior revocación desactivaría todos los positivos efectos que la libertad a prueba presenta para la persona beneficiada. Como se aprecia, la decisión de revocar o no tiene costos sociales importantes que deben ser cuidadosamente considerados y que exigirá de parte de los jueces y juezas una carga argumentativa importante, a saber: justificar que el fin o beneficio perseguido —al acoger o denegar la revocación— es superior al sacrificio o costo que se asume con dicha decisión.

2. *Incumplimiento injustificado*

Como mencionamos el primer requisito exigido por la normativa para revocar alude a que el incumplimiento no tenga justificación suficiente. En lo que sigue, analizaremos las justificantes que podrían ser admitidas por la CLC en su decisión de no revocar. Si bien en la jurisprudencia nacional es posible encontrar circunstancias justificatorias basadas en razones de salud, también podrían considerarse otras constelaciones. Todas ellas serán revisadas a continuación.

a) Justificante basada en razones de salud

Esta causal de justificación ha sido desarrollada por algunas decisiones de la Corte de Apelaciones de Santiago⁸⁴. Por ejemplo, la Corte consideró que:

“el beneficiado puede enervar la revocación de la libertad siempre que excuse suficientemente sus inasistencias, pareciendo atendible que, en este caso, si un médico

⁸⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 3.8.2002, rol amparo 3136-2022.

extiende una licencia y prescribe un reposo absoluto, ello sea una razón suficiente para justificar su inasistencia a los controles”⁸⁵.

b) Justificante fundada en el actuar negligente del delegado

En términos generales la o el delegado de libertad condicional tiene un doble rol en las intervenciones, por un lado, debe ejercer las funciones de control y, por otro, favorecer procesos de cambio y establecer una relación de ayuda. El equilibrio en estas dos facetas es fundamental para el logro de los objetivos de la supervisión⁸⁶.

Para cumplir la segunda función el delegado debe emplear estrategias motivacionales durante todo el proceso de cumplimiento y debe procurar establecer una relación basada en la construcción de confianza y permanente apoyo en la solución de problemas⁸⁷.

Puede ocurrir en algunos casos que el desempeño de la o el delegado no sea el óptimo y esto termine impactando negativamente a la persona beneficiada, por ejemplo, no facilita información o no la entrega de manera adecuada⁸⁸, incurre en faltas de respeto, abusa o tiene problemas para calibrar las funciones de control y promoción al cambio, etc.

c) Justificante fundada en deficiencias de las actividades

Es importante considerar como circunstancia justificatoria los defectos de la actividad que realiza la persona en libertad condicional. El plan de intervención suele considerar ciertas actividades que deben contener un diseño, pueden significar intervención, así como contemplar reglas y vinculaciones con el personal de la institución correspondiente. Además, no se debe olvidar que frente a necesidades de intervención especial se puede recurrir a prestaciones de apoyo que implican una derivación a la red intersectorial⁸⁹.

No se pueden descartar casos en que dichas actividades terminen ocasionando daños en la persona beneficiada que afectan el logro de los planes de intervención. Reglas arbitrarias, modelo incorrecto u objetivos poco realistas pueden generar dinámicas de desmotivación que no deben ser imputables a la persona en libertad⁹⁰.

d) Justificante fundada en caso fortuito o fuerza mayor

Las propias Normas Técnicas aluden a algunas circunstancias que deberían ser consideradas por la o el delegado en su labor de control y que pueden englobarse bajo los conceptos de “caso fortuito” o fuerza mayor”; por ejemplo: la persona en libertad condicional se ve obligada a vivir en una zona alejada del CASI, no existe transporte

⁸⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 20.3.2024, rol amparo 654-2024.

⁸⁶ Normas Técnicas, 2021, p. 18.

⁸⁷ Normas Técnicas, 2021, p. 19.

⁸⁸ Corte Suprema, 10.2.2022, rol 3972-2022.

⁸⁹ Normas Técnicas, 2021, p. 88.

⁹⁰ DENNING y LITTLE, 2024, p.13.

público que permita su desplazamiento, el mal tiempo impide el traslado, etc.⁹¹ Para efectos de la revocación, estas circunstancias excepcionales deberían ser nuevamente ponderadas por la CLC.

V. CONCLUSIONES

Para determinar el alcance y sentido de la causal de revocación fundada en el incumplimiento injustificado del plan de intervención es necesario tener en consideración, de forma general, los fines de las sanciones penales en el contexto de la libertad condicional. Durante la libertad condicional es posible reconocer tres intereses: la reintegración social de la persona en libertad condicional, la protección de la sociedad y la conminación a la comunidad. De acuerdo con la doctrina y el derecho internacional de los derechos humanos debería brindarse siempre un mayor énfasis a la reintegración social.

La evaluación en torno al cumplimiento e incumplimiento de la persona en libertad condicional está estrechamente relacionada con las complejidades que enfrentan las personas durante esta etapa. Esas complejidades harían recomendable realizar una supervisión continua del desempeño de la persona en libertad condicional, evaluar el cumplimiento de los términos y condiciones de la libertad condicional y, si es necesario, considerar medidas de protección a favor de la persona en libertad condicional.

En Chile son dos las instituciones responsables de la libertad condicional que se abocan a las labores de supervisión y decisión en torno a la continuidad de la libertad condicional. Los CAIS, de naturaleza administrativa, supervisan a la persona beneficiada, para garantizar que se cumplan las condiciones de la libertad condicional, ejerciendo así grados de control sobre dicha persona. Y las CLC, de carácter jurisdiccional, que se encargan de la concesión y revocación de la libertad condicional. Ambas instituciones tienen atribuciones para evaluar el cumplimiento e incumplimiento, pero bajo criterios y consecuencias diferentes.

En sede administrativa el plan de intervención se entenderá cumplido cuando el objetivo propuesto se ha alcanzado de manera favorable y no existen actividades pendientes. Los criterios para determinar el cumplimiento se regulan en el artículo 25 del Decreto 338. Las consecuencias del cumplimiento son: suavizar la intensidad de la supervisión, realizar informes para la postulación a los beneficios del artículo 8 del DL N°321 y a la rebaja de condena, desplegar actividades de preparación para el egreso y realizar la evaluación final.

En sede jurisdiccional los requisitos para evaluar el cumplimiento son dos. Haber cumplido la mitad del período de libertad condicional y las condiciones establecidas en el plan de intervención individual. Desde el punto de vista de los fines de la pena, el cumplimiento de la mitad del periodo se puede interpretar como un tiempo suficiente para asegurar un mínimo preventivo general. Asimismo, el segundo requisito, debe ser

⁹¹ Normas Técnicas, 2021, p. 23.

interpretado desde una perspectiva de prevención especial positiva, esto es, como un incentivo para la persona en libertad condicional que ha continuado avanzando en su proceso de reinserción social, demostrando un compromiso con una vida libre de delitos e integrada socialmente.

En sede jurisdiccional, la consecuencia contemplada para el caso de cumplimiento es la concesión de la libertad completa. Esta consecuencia se puede leer desde los fines preventivo especial positivos como el paso necesario para que la persona en libertad condicional continúe, sin ningún tipo de restricción o control, avanzando en su proceso de resocialización.

En relación con el incumplimiento, Chile recoge el modelo de la reacción gradual. Tratándose de incumplimiento grave del plan de intervención, la CLC debe revocar la libertad condicional. Y en el caso de otros incumplimientos, las o los delegados deben modificar el plan de intervención.

En sede administrativa el plan de intervención deberá modificarse en tres hipótesis: i) en los casos de cambios relevantes en la situación de la persona o de las condiciones inicialmente evaluadas; ii) cuando existan escasos o nulos resultados respecto del logro de objetivos, y iii) cuando se presentan indicadores que señalan el aumento de necesidades a abordar.

Además de la modificación del plan de intervención con autorización del Consejo Técnico, las o los delegados deben elaborar un informe de incumplimiento de las condiciones del plan e informar al Consejo Técnico de manera oportuna de cualquier incumplimiento de las condiciones del plan, de forma tal que el Consejo Técnico pueda evaluar y determinar su comunicación a la respectiva CLC.

En sede jurisdiccional son dos los presupuestos que deben proceder para revocar la libertad condicional, a saber: gravedad del incumplimiento y falta de justificación de este. En torno al primer presupuesto, al evaluar jurisdiccionalmente la magnitud del incumplimiento, es necesario considerar dos aspectos: qué es lo que se incumple y las posibilidades de alcanzar los objetivos. En el primer aspecto, la gravedad está vinculada con el incumplimiento de los objetivos centrales del plan de intervención, es decir, disminuir las probabilidades de reincidencia y promover la integración social del individuo. En el segundo aspecto, no hay posibilidades de alcanzar los objetivos porque no hay resultados o porque en el plazo de programación que resta es imposible alcanzar los objetivos del plan.

Los criterios que debe tomar en consideración la CLC al momento de evaluar si se está en presencia de un incumplimiento grave del plan de intervención deben ser las siguientes: (i) Modificación del plan de intervención en la instancia administrativa; (ii) Persistencia de la infracción; (iii) Determinación de los aspectos del plan que sí se están cumpliendo y el tiempo de adhesión; (iv) Riesgo de reincidencia, y (v) Consideración de los costos de la decisión y la consecuente necesidad de moderación al momento de evaluar la gravedad.

En torno al segundo presupuesto, el incumplimiento no debe tener justificación. Existe justificación, por ejemplo, en los siguientes casos: (i) enfermedad de la persona beneficiada; (ii) actuar negligente del delegado; (iii) deficiencias en las actividades, y (iv) supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

BIBLIOGRAFÍA

- AMPUERO, Fernanda; CODOCEO, Fernando y TRONCOSO, Max, 2020: “La libertad condicional y su utilización en tiempos de Covid”, en: *Revista Justicia Penal*, n°14. RJPdep_La-libertad-condicional-y-su-utilizacion-en-tiempo-de-Covid_FAmpuero.pdf (librotecnia.cl)
- CASTRO, Álvaro, 2019: “Ley de ejecución de sanciones privativas de libertad y mecanismos de protección de derechos de los privados de libertad en Chile: ¿bajo la maldición de Sísifo?”, en Javier Contesse y Lautaro Contreras (coord.), *La insostenible situación de las cárceles en Chile: debate sobre la prisión y los derechos humanos*, Santiago, Editorial Jurídica, pp. 89-120.
- CASTRO, Álvaro; CONTRERAS, Lautaro y SANHUEZA, Guillermo, 2023: “Permisos de salida y libertad condicional como mecanismos de puesta en libertad anticipada en Chile: ¿necesidad de una revisión?”, en *Ius et Praxis*, año 29, n°3. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718_00122023000300192&lng=es&nrm=iso
- CERVELLÓ, Vicenta, 2019: *Libertad condicional y sistema penitenciario*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CID, José, 2021: “La libertad condicional ¿está en Europa la solución?”, en *inDret Criminología*, n°4.21. <https://indret.com/wp-content/uploads/2021/10/1660.pdf>
- CURY, Enrique, 2005: *Derecho Penal Parte General*, Santiago: Ediciones UC.
- DENNING, Patt y LITTLE, Jeannie 2024: *Practicando la psicoterapia de reducción de daños. Un enfoque alternativo a las adicciones* (trad.), Santiago: IIREDA.
- DURÁN, Mario, 2023: “La judicialización de la ejecución penal y el juez de ejecución en Chile. contexto, marco internacional, funciones y diseño en el proyecto de ley que modifica la ejecución de la sanción penal”, en Raúl Carnevali (ed.), *Hacia un derecho penal liberal. Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1059-1084.
- DÜNKEL, Frieder; GENG, Bernd y HARRENDORF, Stefan, 2021: “Gefangenenraten im internationalen und nationalen vergleich – entwicklungen und erklärungsansätze”, en Lars Schäfer y Kai Kupka (hg.), *Freiheit wagen – alternativen zur haft*, Freiburg, Lambertus Verlag, pp. 18-54.
- DÜNKEL, Frieder y CASTRO, Álvaro, 2023: “Desarrollo de las tasas de privados de libertad en Europa y América Latina: ¿dos mundos de política criminal liberal versus punitiva?”, en Juan Muñoz Sánchez Octavio García Pérez, Ana Isabel Cerezo Domínguez (Dir.), *Estudios jurídico-penales, criminológicos y político criminales. Libro en homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 159-180.
- DÜNKEL, Frieder y PRUIN, Ineke, 2023: “Paragraph 57”, en Prof. dr. dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Prof. dr. dres. h.c. ulfrid neumann, Prof. dr. Hans-Ullrich Paefgen, Prof. Dr. Frank Saliger (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar* (6. Auflage), Baden-Baden, Nomos, pp. 527-654.
- DÜNKEL, Frieder y WEBER, Jonas, 2019: “(early) Release, probation and collateral consequences (directives) after release: legal conditions and practice”, en Frieder Dünkel, Ineke Pruin, Anette Stoogard y Jonas Weber (ed.), *Prisoner resettlement in Europe*, London, Routledge, pp. 403-434.
- ESPINOZA, Olga; VIANO, Carolina, 2008: *El desafío de la libertad. Proceso de concesión de beneficios intrapenitenciarios para la reinserción social*, Santiago: Ril Editores.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis y NISTAL BURÓN, Javier, 2016: *Derecho penitenciario*, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- FERNÁNDEZ, Marco Antonio, 2019: *Derecho penitenciario chileno. Problemas en y torno a su naturaleza jurídica*, Santiago: Editorial Hammurabi.
- FERNÁNDEZ, Karina y CÁRDENAS, Claudia, 2018: “Estándares internacionales para legislar en Chile sobre la libertad condicional de responsables de crímenes de lesa humanidad”, en *Revista de Ciencias Penales*, sexta época, vol. XLV, pp. 185-206.

- FIGUEROA, Ulda, 2018: “La libertad condicional en el sistema de justicia chileno. Funcionamiento actual y principales modificaciones al Decreto ley 321”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, nº35. <https://revistas.ucsc.cl/index.php/revistaderecho/article/view/1598>
- FIGUEROA, Ulda, 2016: “Libertad condicional como mecanismo de prevención del delito y promotor de la reinserción social: propuesta para una reforma basada en la evidencia”, en *Derecho y Justicia*, nº6. <https://ediciones.ucsh.cl/index.php/derechoyjusticia/article/view/1405/1260>
- HOFER, María Eugenia, 2019: “Crisis de confianza afecta a la libertad condicional: reflexión desde la perspectiva de los involucrados”, en Javier Contesse y Lautaro Contreras (coord.) *La insostenible situación de las cárceles en Chile: debate sobre la prisión y los derechos humanos*, Santiago, Editorial Jurídica, pp.121-146.
- HÖRLE, Tatjana, 2015: *Teorías de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- JOHNSON, Robert, 2002: *Seeking Redemption in Prison* (3er ed.), Belmont, CA: Wadsworth.
- JUANATEY, Carmen, 2016: *Manual de derecho penitenciario* (3ª edición), Madrid: Iustel.
- KASPAR, Johannes, 2014: *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos.
- KINDHÄUSER, Urs y ZIMMERMANN, Till, 2024: *Derecho Penal Parte General*, Valencia: Tirant lo blanch
- LEBEL, Thomas y MORUNA, Shadd, 2012: “Life on the outside: transitioning from prison to the community”, en Joan Petersilia, Kevin Reitz (ed.), *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*, Oxford, Oxford University Press, pp. 657-683
- LIEBLING, Alison y SHADD, Maruna, 2013: “Los efectos del encarcelamiento reexaminados”, en *Estudios de derecho penal juvenil*, Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, pp. 169-212.
- LÖSEL, Friedrich, 2012: “Offender treatment and rehabilitation: what works?”, en Maguire, M., Morgan, R., Reiner, R. (eds) *The oxford handbook of criminology*, Oxford, Oxford University Press, pp.986-1016
- MAPELLI, Borja, 2016: “Beneficios penitenciarios en Chile”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal. Determinación de penas, ejecución y beneficios*, año 6, nº25, Santiago, Thomson Reuters, pp.79-89.
- MAPELLI, Borja; SALINERO, Alicia y ESPINOZA, Olga, 2014: “Estudio jurídico Chile”, en *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*, Documento de trabajo nº17. Serie guías y manuales, Eurosocial. https://sia.eurosocial-ii.eu/files/docs/1427301931-DT_17.pdf
- MARUNA, Shadd, 2001: *Making Good: How Ex-convicts Reform and Rebuild their Lives*, Washington, DC: American Psychological Association.
- MARTORELL, Daniel, 2021: “Libertad condicional, sus efectos y los cambios legislativos”, en *Revista de Ciencias Penales*, sexta época, vol. XLVII, 2º semestre. <https://biblio.dpp.cl/data-files/17399.pdf>
- MARTÍNEZ, Fernando, 2008: *Asistencia postpenitenciaria en Chile. Diagnóstico de la oferta pública*, Santiago: Ril Editores.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María, 2021: *Manual de derecho penal chileno. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MEIR, Bernd-Dieter, 2015: *Strafrechtliche sanktionen* (4. Auflage), Berlin: Springer.
- MORALES, Ana María, 2013: “Redescubriendo la libertad condicional”, en *Conceptos*, nº30, pp. 1-20.
- MOSBACHER, Andreas y CLAUS, Sussane, 2016: “StrafAussetzung zur bewärung”, en Prof. dr. Helmut Satzer, dr.h.c. Wilhelm Schluckebier, *Strafgesetzbuch kommentar*, 3. auflage, Köln, Carl heymanns verlag, pp. 508-544
- MURMANN, Uwe, 2017: *Grundkurs Strafrecht* (4.Auflage), München: C.H.BECK

- NASH, Claudio, 2013: "Artículo 5. Derecho a la integridad personal", en Christian Steiner y Patricia Uribe (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Berlín, Konrad Adenauer, pp. 131-160
- ORTIZ, Luis y ARÉVALO, Javier, 2016: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- OSTENDORF, Heribert y BARTSCH, Tillmann, 2003: "vor paragraph 56 bis 56g", en Prof. dr. dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Prof. dr. dres. h.c. Ulfrid Neumann, Prof. dr. Hans-Ullrich PAEFFGEN, Prof. dr. Frank Saliger (hrsg.), *Strafgesetzbuch kommentar*, 6. auflage, Baden-Baden, Nomos, pp. 479-526.
- PARDOW, Diego; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías y CRUZ, Fabián, 2021: "¿Hay evidencia de polarización en las decisiones de la Corte Suprema sobre libertad condicional y derechos humanos?", en *Política Criminal*, vol.16 n°32. <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v16n32/0718-3399-politcrim-16-32-931.pdf>
- PRUIN, Ineke, 2019: "Prisoner resettlement in Germany: regional disparities of the constitutional aim of social reintegration", en Frieder Dünkel, Ineke Pruin, Anette Storgaard, Jonas Weber (ed.) *Prisoner resettlement in Europe*, London, Routledge, pp. 150-166
- PRUIN, Ineke (2016): "What works and what else do we know? hinweise zur gestaltung des ubergangsmanagements aus der kriminologischen forschung", en Frieder Dünkel, Jorg Jesse, Ineke Pruin y Moritz von der Wenze (hrsg.) *Die wiedereingliederung von hochrisikotatern in europa-behandlungskonzepte und ubergangsmanagement*, Mönchengladbach, Forum Verlag Godesberg, pp. 251-274.
- PETERSILIA, Joan, 2003: *When prisoners come home. Parole and prisoner reentry*, Oxford: Oxford University Press.
- ROXIN, Claus y GRECO, Luis, 2020: *Strafrecht allgemeiner*. Teil I, München, C.H. Beckc.
- SEPÚLVEDA, Eduardo; SEPÚLVEDA, Paulina, 2008: "A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿un beneficio desaprovechado?", en *Revista de estudios criminológicos y penitenciarios*, Ministerio de Justicia, n°13, pp. 85-112.
- TAPIA, Marcela, 2023: *Manual de derecho penitenciario chileno*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- TRAVIS, Jeremy, 2002: "Invisible Punishment: An Instrumento f Social Exclusion", en Marc Mauer y Meda Chesney-Lind (Eds.), *Invisible Punishment: The Collateral Consequenses of Mass Imprisonment*, New York, The new Press, pp.15-36.
- TRONCOSO, Max, 2023: *Manual de la libertad condicional*, Santiago: Librotecnia.
- TRONCOSO, Max; HERNÁNDEZ, Lorena, 2022: "El procedimiento de calificación de la conducta de las personas privadas de libertad", en *Revista de la justicia penal electrónica* n°15. https://www.librotecnia.cl/ckfinder/userfiles/files/RJP15_el-procedimiento-de-calificacion-de-la-conducta-de-las-personas-privadas-de-libertad_Troncoso-Hernandez.pdf
- VAN WEEZEL, Alex, 2023: *Curso de Derecho Penal*. Parte general, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile.
- VAN ZYL SMIT, Dirk y Snacken, Sonja, 2013: *Principios de derecho y política penitenciaria europea. penología y derechos humanos* (trad.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- VILLAGRA, Carolina, 2008: *Hacia una política postpenitenciaria en Chile*, Santiago: Ril Editores.
- VILLAGRA, Carolina y DROPPELMANN, Catalina, 2016: "The law, practice and experience of conditional freedom in Chile: no mans land", en Ian Durnescu y Ruth Armstrong (ed.), *Parole and beyond: international experiences of life after prison*, Reino Unido, Palgrave Macmillan.

Normas jurídicas

- DECRETO Ley 321, Establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, publicada el 12 de marzo de 1925.
- DECRETO 338, Aprueba el reglamento del Decreto Ley 321, de 1925, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, publicada el 17 de septiembre de 2020.
- NORMAS Técnicas de la libertad condicional, publicada el 1 de enero de 2021.
- LEY Nº 21.124, Modifica el decreto ley 321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados, publicada el 18 de enero de 2019.
- CÓDIGO Penal alemán, publicado el 2 de enero de 1975.
- CÓDIGO Penal español, publicado el 1 de julio de 2015.
- CÓDIGO Orgánico de Tribunales, publicado el 15 de junio 1943.
- LEY Nº 18.216, Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, publicada el 14 de mayo de 1983.
- LEY Nº 20.084, Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, publicada el 7 de diciembre de 2005.
- CONVENCIÓN Americana de Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969. Publicada en Chile el 5 de enero de 1991.
- REGLAS Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de la Libertad, adoptada en la 68ª sesión plenaria, el 14 de diciembre de 1990.

Jurisprudencia

- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 20 de marzo de 2024, rol amparo 654-2024.
- CORTE Suprema, sentencia de 9 de noviembre de 2023, rol 242.540-2023.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 26 de octubre de 2023, rol amparo 2356-2023.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 22 de abril de 2023, rol 104.863-2023.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 1 de diciembre de 2022, rol 151.122-2022.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 24 de agosto de 2022, rol amparo-3359-2022.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 11 de agosto de 2022, rol amparo-3276-2022.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 3 de agosto de 2022, rol amparo-3136-2022.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 8 de agosto de 2022, rol amparo 3240-2020.
- CORTE Suprema, sentencia de 10 de febrero de 2022, rol 3972-2022.
- CORTE de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 13 de enero de 2022, sin rol.
- CORTE de Apelaciones de Talca, sentencia 26 de noviembre de 2021, rol 30-2022.
- CORTE Suprema, sentencia de 19 de marzo de 2021, rol 19163-2021.
- CORTE Suprema, sentencia de 3 de marzo de 2020.
- BVERFG, sentencia de 5.06.1973, 1BvR635/73.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Contratación pública e implementación de políticas públicas,
a propósito de las inhabilidades del artículo 4º de la Ley Nº 19.886
(Tribunal Constitucional)

*Public procurement and implementation of public policies, regarding
the disabilities of article 4 of law Nº 19.886 (Constitutional Court)*

*Comentario de Matías Villarroel Flores**

Santiago, dos de agosto de dos mil veintidós.

(...)

III. IMPLEMENTACION DE POLÍTICAS HORIZONTALES
EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

(...)

DÉCIMO OCTAVO: Tradicionalmente, se adjudicaban estos contratos a quienes ofrecían el menor precio posible y cumplían ciertos estándares de calidad exigidos por el respectivo organismo. Sin embargo, en la última década se ha puntualizado que esa eficiencia, eficacia y ahorro si bien implican buscar el mejor “valor por el dinero” (*value for money* o *best value*), ello no lleva necesariamente a adjudicar el contrato a quien efectuó la oferta más baja, sino que deben considerarse además una serie de otros factores para elegir aquella que cumpla de mejor forma con los requerimientos del organismo y de los usuarios finales. De este modo para la adjudicación deben sopesarse diversos factores: el precio, la calidad, el cumplimiento de las normas, los riesgos asociados, el costo total de la vida del producto, el presupuesto, la sustentabilidad y la competencia para lograr la consecución de ciertos bienes de relevancia pública. (Deloitte, (2015) “Economic benefits of better procurement practices”. Disponible: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/au/Documents/Economics/deloitte- au-the-procurement-balancing-act-170215.pdf>)

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile. Magíster en Derecho Administrativo con mención en Litigación Pública, Pontificia Universidad de Valparaíso, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9486-9089>. Correo electrónico: matias.vf.94@gmail.com

DÉCIMO NOVENO: El empleo de la contratación pública como herramienta para implementar políticas públicas resulta ser un fenómeno cada vez más común y ampliamente estudiado (Arrowsmith, Sue (2010): “Horizontal policies in public procurement: a taxonomy”, en *Journal of Public Procurement*, Nottingham University, Vol. 10, Nº 2, pp. 149-186). A través de tal contratación “responsable”, “sostenible” o “estratégica”, como también se le ha denominado, se busca que el Estado influya en los mercados y en el comportamiento de las empresas con las cuales se relaciona para lograr objetivos de interés público. De este modo, mediante las denominadas “políticas horizontales”, “socioculturales” o “secundarias” el Estado busca asegurar el cumplimiento de leyes generales o, incluso, establecer exigencias que van más allá del marco legal, como pagar remuneraciones “justas”; asegurar la igualdad de género en la contratación; luchar contra la corrupción; apoyar a las pymes; luchar contra el desempleo; integrar personas con discapacidad; propiciar el comercio justo, la eficiencia y ahorro energético; proteger el medio ambiente; impulsar el ahorro energético, la innovación y el desarrollo tecnológico, etc.

Tales políticas horizontales pueden incidir en la decisión o no de contratar; en establecer distintos criterios para evaluar con mejor puntaje a quien cumpla con ciertos objetivos; en establecer ciertas condiciones de consumo de un producto o servicio; en fijar medidas de producción, entrega y disposición para disminuir ciertos impactos en la fabricación o entrega del producto o servicio; en limitar el acceso a algunos contratos para incentivar a quienes observen la ley y castigar a quienes la vulneren sin que estos últimos puedan acceder a los contratos públicos en aras de proteger ciertos bienes jurídicos, etc.

(...)

VIGÉSIMO SEGUNDO: En cuanto a las directrices que provengan de organismos internacionales que vinculan a nuestro país, no puede obviarse que la Asamblea General de ONU, de 25 de septiembre de 2015, aprobó la “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. Se trata de un plan de acción conformado por 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas para poner fin a la pobreza, proteger el medioambiente y combatir el cambio climático, propender al progreso económico y la paz, entre otras aspiraciones. Teniendo en cuenta las distintas realidades, capacidades y nivel de desarrollo de cada país, dentro de los Objetivos de Desarrollo Sustentable se encuentra el de “promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales” (Nº 12), lo cual importa incluir criterios de sostenibilidad en sus legislaciones de compra pública, lo que es un típico ejemplo de una política horizontal; y el Nº8, sobre “trabajo decente y crecimiento económico”, tiene entre sus metas “promover políticas orientadas al desarrollo que apoyen las actividades productivas, la creación de puestos de trabajo decentes, el emprendimiento, la creatividad y la innovación, y fomentar la formalización y el crecimiento de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, incluso mediante el acceso a servicios financieros”, políticas de fomento que pueden ser impulsada a través de la contratación pública.

(...)

VIGÉSIMO TERCERO: Conforme a lo ya expuesto, cabe concluir que la tendencia mundial es que la contratación pública “no puede concebirse exclusivamente como una herramienta de aprovisionamiento de los poderes públicos, sino como un poderoso instrumento para llevar a cabo políticas públicas tan diversas como la promoción de la innovación, el fomento de las Pymes o la sostenibilidad social y ambiental” (Gallego Córcoles, M. I., 2017, “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Documentación Administrativa*, (4), p. 93).

VIGÉSIMO CUARTO: De lo anterior resulta que, entre las diferentes políticas horizontales que pueden adoptarse en la contratación pública, existen múltiples razones para que el Estado exija contratar sólo con empresas que cumplan con las leyes laborales -como exige el precepto legal impugnado en estos autos constitucionales- de manera de evitar asociar al Estado con comportamientos ilícitos que vulneren los derechos de los trabajadores. Ello puede lograrse proporcionando incentivos adicionales al cumplimiento de la ley, para evitar así vulneraciones legales en el cumplimiento del contrato y garantizar una competencia justa, entre otras razones, (Arrowsmith, p. 154). En nuestro sistema jurídico la finalidad de la sanción se puede sintetizar en las siguientes razones:

- a.- *Aseguramiento de libre competencia*, cuestión que se tuvo a la vista y que consta en la historia legislativa de este precepto, en la moción que dio origen a la Ley N° 20.238, que incluyó este artículo a la Ley N° 19.886, se razonó que: “el óptimo funcionamiento de estos mecanismos, además, precisa la libre competencia entre los proveedores, la que se ve dificultada y entorpecida por actitudes desleales en algunos oferentes que, mediante la violación de las leyes laborales, sociales y tributarias, consiguen mejorar sus costos y tener así mayores posibilidades de éxito en las licitaciones y convocatorias.” (Historia de la Ley, pp. 4-5).
- b.- *Reputación y buena fe en la contratación con el Estado*: La provisión de bienes y servicios del Estado tiene ciertas particularidades que hacen imprescindible le que, además del establecimiento de licitaciones públicas, igualitarias y transparentes, se garantice que quienes contratan con el Estado cumplan la legislación y los contratos plenamente y de buena fe.
En primer lugar, porque se paga con recursos públicos; en segundo lugar, porque la mayoría de las veces la contratación está ligada con políticas públicas, servicios públicos, y en general con asuntos de bien común que requieren de calidad y continuidad. Las empresas que contratan con el Estado deben garantizar el cumplimiento de la legislación y la buena fe en el cumplimiento de las cláusulas contractuales. La condena por prácticas antisindicales es un indicio de que la empresa en cuestión no sólo infringe las normas laborales, sino que además hace uso de maniobras ilícitas y vulnera derechos fundamentales (incluyendo la libertad sindical). Normas de este tipo se han incluido progresivamente en la legislación, y algunas de ellas han sido revisadas por el Tribunal Constitucional, como ocurrió con el proyecto que introdujo la televisión digital (STC 2645).
- c.- *Incentivo económico para el cumplimiento de legislación laboral*: El establecimiento de esta inhabilidad constituye un poderoso incentivo para que las empresas cumplan

la legislación laboral y, al mismo tiempo, es una medida altamente eficiente, pues fomenta el cumplimiento de la ley y disminuye la presión en la fiscalización de la misma, ya que las empresas estarán interesadas en no ser condenadas por prácticas antisindicales o por vulnerar los derechos fundamentales de sus trabajadores.

(...)

Rol N° 12.264-21-INA

COMENTARIOS

Los considerandos transcritos corresponden a parte de la sentencia del Tribunal Constitucional que vino a cambiar el criterio respecto de las inhabilidades para contratar con el Estado del artículo 4°, inciso primero, de la Ley N° 19.886, pues antes estaba establecida en ese tribunal una postura favorable a la declaración de inaplicabilidad, resolviéndose en esta oportunidad el rechazo del requerimiento.

De esta manera, el presente comentario jurisprudencial se centrará en examinar la concepción que tiene el Tribunal Constitucional acerca de la contratación pública, quien la apunta como una herramienta cuyo objetivo no solo es proveer de bienes o servicios a la administración, sino que, además, permitiría la implementación y promoción de políticas públicas.

I. *Los cambios en la composición del Tribunal Constitucional, el origen de la variación jurisprudencial*

La sentencia del Tribunal Constitucional a la que nos referimos es la Rol N° 12.264-21-INA, cuyo origen es la inaplicabilidad presentada por una empresa en una causa de tutela laboral, siendo el primer fallo respecto de las inhabilidades del artículo 4° de la ley de compras públicas que se dictó tras los cambios producidos el año 2022 en la integración del tribunal a raíz de la designación de las ministras Nancy Yáñez y Daniela Marzi, dándose paso a la conformación de nuevas mayorías en materias tales como la analizada.

De esta forma se da paso a una nueva postura mayoritaria que opta por desestimar la declaración de inaplicabilidad de esas normas, bloque compuesto en su momento por las ministras antes mencionadas, y por los ministros Silva, Pozo y Pica, pese a que, siendo los requirentes Órganos de la Administración del Estado, o particulares que ejercen funciones públicas, este último ministro, bajo sus propios argumentos, en varias ocasiones se inclinó por acoger la inaplicabilidad¹.

¹ Al respecto, véanse los votos disidentes del ministro Rodrigo Pica contenidos en las sentencias Roles N°s 12.583-2021-INA, y 13.311-2022-INA. Se tratan de requerimientos de inaplicabilidad presentados por un notario, y por la Universidad de Chile, respectivamente. En el primero de estos fallos el exministro Pica estuvo por acoger la inaplicabilidad, teniendo en cuenta la naturaleza pública de la función notarial, apuntando a los notarios como auxiliares de la administración de justicia y agentes del Estado, y calificando

No obstante, se debe precisar que la tesis sostenida por este bloque no es nueva, pues ya formaba parte del voto disidente de ministros que se mostraban reticentes a la declaratoria de inaplicabilidad, y cuya argumentación también se enfocaba en el rol de la contratación pública en la implementación de las políticas públicas, como se puede apreciar de la sentencia Rol N° 3570-17-INA, fallo que dio comienzo a la antigua línea jurisprudencial predominante en la magistratura constitucional.

II. *La contratación pública como herramienta de promoción e implementación de políticas públicas*

Realizadas las explicaciones previas, el primer punto que resulta pertinente anotar es que el Tribunal Constitucional para explicar el rol que cumple la contratación pública en la implementación de políticas públicas recurre al argumento de que la Administración del Estado por medio de su actividad contractual, no solo debe buscar la oferta más conveniente desde un punto de vista económico y técnico, sino que también debe considerar otros factores orientados a la consecución del interés general. Es decir, el eje de su tesis son las denominadas compras públicas estratégicas, responsables o sostenibles, concepto empleado ya desde hace algunos años en la Unión Europea, y que implica el empleo de la contratación como un medio para conseguir objetivos no económicos, principalmente, sino de tipo social y medioambiental².

Según el tribunal las políticas horizontales pueden repercutir en la decisión de contratar o de no hacerlo, manifestándose en distintos momentos del iter contractual, como en la evaluación de las ofertas—introduciendo criterios relacionados con el objetivo a cumplir—, incorporando condiciones contractuales, o mediante la restricción del acceso a la contratación a quienes vulneren la ley.

III. *Cláusulas sociales en la contratación pública, a propósito de las inhabilidades del artículo 4° de la Ley N° 19.886*

Lo descrito en el acápite anterior acontece con las inhabilidades del artículo 4° de la Ley N° 19.886, las que impiden contratar con el Estado a quienes hayan sido condenados por prácticas antisindicales, por infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por la comisión de delitos concursales establecidos en el Código Penal, en los términos establecidos en ese precepto.

Por ello, la magistratura constitucional declara que en la gestión judicial pendiente, las inhabilidades del artículo 4°, inciso primero, de la ley de compras públicas son acordes

su función como de servicio público. En cambio, en la segunda sentencia el voto disidente de Rodrigo Pica se fundó en la pertenencia de esa universidad a la orgánica de la Administración del Estado, lo que a su juicio impediría que se le califique como a cualquier otro contratista del Estado, indicando que se trataría de un contratista que forma parte del Estado mismo.

² GIMENO, José María, 2013: “Compra pública estratégica”, en PERNAS, Juan José (Dir.): *Contratación pública estratégica*, Thomson-Reuters Aranzadi, pp. 45-82, p. 52.

con la Carta Fundamental, validando tal decisión denotando la relevancia que detentan en la contratación pública las denominadas cláusulas sociales, las que son definidas como “todo tipo de estipulación, normativa o contractual, en virtud de la cual se establecen compromisos específicos (obligaciones) de índole social y laboral en cualquiera de las fases del proceso de contratación pública”³, y que en el caso de las inhabilidades descritas toman la forma de un requisito previo a la contratación.

IV. Reflexiones acerca de la sentencia analizada

No cabe duda alguna de que la contratación pública no es simplemente un medio de provisión de bienes o servicios, sino que, en conformidad con el mandato impuesto por el derecho a la buena administración, esa actividad contractual también debe orientarse a la satisfacción de necesidades públicas y a la promoción del bien común⁴. En esos términos, resulta destacable la postura del Tribunal Constitucional de concebir a ese tipo de actividad formal de la administración como una herramienta de implementación de políticas públicas, y como un mecanismo de protección de los derechos del trabajador, por cuanto aquello es una tarea que es de resorte de los poderes públicos, los que precisamente están destinados a mejorar la calidad de vida de la ciudadanía por medio de sus diversas técnicas⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, la argumentación desarrollada por el Tribunal Constitucional poco se hace cargo de que la inhabilidad para contratar no es la única forma de manifestación de las cláusulas sociales, ello pese a que contradictoriamente la sentencia en variadas ocasiones recalca que lo buscado por las compras estratégicas es generar incentivos, o motivaciones adicionales al cumplimiento de la legislación laboral, ambiental o de otra índole, lo que por cierto igualmente podría ser conseguido empleando las cláusulas sociales en otras etapas del *iter* contractual⁶.

Por esta razón, sería más conveniente, por ejemplo, incluir los supuestos previstos en el artículo 4º de la Ley Nº 19.886 como criterios a evaluar, o como una condición para la ejecución del contrato. Otra fórmula aconsejable sería introducirlos como una cláusula contractual que busque incentivar al proveedor, o prestador, a no incurrir en tales hipótesis, so pena de aplicarle multas o de proceder a poner término anticipado al contrato.

³ MOLINA, Cristóbal, 2016: “Cláusulas sociales, contratación pública: Del problema de ‘legitimidad’ al de sus ‘límites’”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* Nº 135, pp. 79-110, p. 92.

⁴ GIMENO, José María, 2013, pp. 47-48.

⁵ RODRÍGUEZ-Arana, Jaime, 2023: “Profesionalización en la contratación pública”, en Rodríguez-Arana, Jaime y Díaz, Enrique (Dir.), *La profesionalización en la contratación pública estratégica*, Tirant lo Blanch, pp.19-45, p. 23.

⁶ En relación con esto véase a DÍEZ, Silvia, 2017: “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 21, pp. 129-219, p. 20; y a Molina, Cristóbal, 2016, p. 92.

En definitiva, y toda vez que el fallo de manera reiterada hace alusión a la experiencia europea, en este también se debería haber tenido presente que la práctica en ese continente revela que la fórmula de incluir los criterios sociales en las condiciones de ejecución del contrato o en los criterios de selección es la más utilizada y, para algunos, también la más conveniente⁷.

Además, debe hacerse presente que en el tipo de cláusula social adoptada en el artículo 4º de la Ley N° 19.886 se advierte una latente y peligrosa pugna con el principio de libre concurrencia previsto en el artículo 9º de la Ley N° 18.575, de la que ha de tenerse especial cuidado, toda vez que en la contratación pública, de por sí, existe siempre una indiscutible tensión entre el servicio al interés público y el anotado principio⁸.

En concordancia con lo que se ha señalado, resultaría conveniente que la introducción de cláusulas sociales en la contratación pública se guíe por criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de modo que ante una infracción no existiera una única alternativa de reacción, como sucede con el comentado artículo 4º de la Ley N° 19.886⁹.

En resumen, el Tribunal Constitucional de manera muy acertada comprende que la contratación pública, además de proveer de bienes o servicios a la administración, constituye un mecanismo que, en busca del interés general y de la satisfacción de necesidades públicas, permite al Estado implementar políticas públicas y, de tal forma, se manifiestan como la herramienta más adecuada para conseguir, con respeto al principio de juridicidad, un mayor compromiso social¹⁰.

Pero no puede dejar de obviarse que para lograr tales objetivos existen fórmulas de cláusulas sociales menos riesgosas que la adoptada por el artículo 4º de la Ley N° 19.886, por lo que sería más conveniente que las cláusulas sociales se manifiesten en otras etapas del iter contractual, y que no se constituyan como un requisito que impida a quienes incurran en esas conductas contratar con la Administración del Estado.

⁷ Acerca de este punto revítese a Díez, Silvia, 2017, pp. 201-202.

⁸ GALLEGOS, Isabel, 2021: "Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia del Derecho de la Unión Europea", en *Revista Ius Et Veritas*, N° 62, pp. 82-97, p. 83.

⁹ FLORES, Juan Carlos, 2018: "Inhabilidad para contratar con el Estado: Comentario de los fallos del Tribunal Constitucional Rol N° 3570 y Rol N° 3702, de 2018", en *Sentencias destacadas-Libertad y Desarrollo*, pp. 341-358, pp. 346-347.

¹⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, 2023, p. 25.

Obligación de comparecencia personal de los acusados en el contexto de un juicio oral de larga duración (Tribunal Constitucional)

*Obligation for the accused to appear in person in the context
of a long oral trial (Constitutional Court)*

*Benjamín Gutiérrez Laurie**

Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 14.169-23-INA, de 9 de noviembre de 2023, que acogió parcialmente el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por las Juezas Titulares del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, respecto del artículo 285 del Código Procesal Penal, en el proceso penal RIT N° 90-2022, RUC N° 1800604602- 5, seguido ante dicha judicatura.

Considerandos que serán objeto de comentario:

DECIMOSEGUNDO: Que el juicio de constitucionalidad no habrá entonces de recaer en la obligación abstracta de estar presente en el juicio, que como ha quedado dicho es una obligación legal impuesta al acusado a fin de garantizar la integridad del proceso penal y precaver condenas injustas. Por el contrario, el escrutinio tendrá por objeto examinar si el precepto legal contiene una regulación suficiente para impedir que la presencia obligada en el juicio se vuelva en contra de la Constitución. Lo anterior conlleva analizar, frente a la Constitución, la capacidad de la norma para resolver lo que en otras latitudes se ha calificado como la relación de tensión entre las dimensiones imperativa y facultativa que tiene la presencia del acusado en el juicio. Esta última cuestión puede ser afrontada mediante el diseño de cláusulas de dispensa que son calificadas por el tribunal, cuando el énfasis es puesto en la obligación de estar presente en el juicio, o mediante la atribución de competencia al juez para obligar al acusado a comparecer cuando sea necesario en aquellos casos en que el legislador opta por el diseño en clave de derechos o facultades.

En el caso en análisis, el énfasis ha sido puesto por el legislador en la obligación de estar presente durante toda la audiencia con la posibilidad de ausentarse en solo dos

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-0083-0554>. Correo electrónico: benjamin.gutierrez@derecho.uchile.cl

casos expresamente regulados, cual es la posibilidad de ausentarse por mala conducta o por ser autorizado a permanecer en una sala diversa.

DECIMOTERCERO: De acuerdo con los antecedentes aportados a este proceso constitucional (vid. considerando segundo precedente), la gestión en que incidirá la inaplicabilidad posee características peculiares en razón del volumen de la prueba y de una extensión temporal posible calculada en 18 meses, sin perjuicio del mayor tiempo que han pronosticado los acusados. Este tiempo proyectado para el solo juicio oral tomaría casi la totalidad del tiempo promedio de tramitación de un proceso en algunas regiones del país o una proporción muy importante de su promedio nacional (vid. Ministerio Público, Boletín Estadístico Anual. Enero-Diciembre 2022, enero de 2023, Tabla Nº 10).

La extensión temporal recién descrita es propia de procesos complejos que en algunas legislaciones han dado lugar a regulaciones especiales (por ejemplo los artículos 334 y siguientes del nuevo Código Procesal Penal Federal argentino) y al análisis crítico de sus efectos sobre las garantías del debido proceso. En efecto, los llamados –mass trial, Großverfahren, Umfangsverfahren, maxiprocessi en la literatura comparada– pueden importar una amenaza a principios tan importantes como la presunción de inocencia o al debilitamiento cualitativo de las garantías asociadas al debido proceso (Marafioti, L; Fiorelli, G; y Pittiruti, M. “Maxiprocessi e proceso ‘giusto’”, *Archivio Penale* 3, 2012, p. 45). En particular, la doctrina que ha analizado la obligación de presencia en el juicio ha sugerido que ella puede generar cargas especialmente gravosas en este tipo de procedimientos (Deiters, M., cit., p. 483).

DECIMOCUARTO: Que salvo alguna norma escasa (por ejemplo la regulación que el artículo 283 hace de la facultad del tribunal para suspender la audiencia) y sin relevancia sobre el asunto sometido a la decisión de este Tribunal, los procesos de gran magnitud carecen de regulación especial en el Código Procesal Penal. Tratándose de la obligación de estar presente durante toda la audiencia, el precepto contenido en el artículo 285 del Código Procesal Penal solo admite dos posibilidades y ninguna de ellas permite evitar, en el caso concreto, la generación de efectos contrarios a la Constitución y que esta Magistratura identifica con el principio de legalidad y el derecho a la libertad personal. En efecto, el precepto impone una obligación que solo (i) admite autorización para que el acusado se mantenga en una sala continua, pero siempre al interior del tribunal, o (ii) para que el acusado abandone la sala por mal comportamiento. La ausencia legal de una dispensa, que pueda ser calificada por el tribunal para autorizar al acusado a ausentarse de modo de poder continuar disfrutando de su libertad personal en conformidad con la presunción de inocencia, hace que el precepto legal genere en el caso concreto un efecto contrario a la Constitución. Este efecto se produce, como se explicará a continuación, solamente a partir del primer inciso del precepto legal impugnado. Los incisos restantes carecen de esa capacidad generadora de efectos contrarios a la Constitución por ocuparse de dos excepciones que no resultan pertinentes al caso concreto o por tratar la obligación de quien presida la sala para informar al acusado

de lo ocurrido en su ausencia. Esta última parte del precepto corresponde más una garantía que a una limitación, por lo que también a su respecto cabrá desestimar el requerimiento de inaplicabilidad.

DECIMOQUINTO: Que el primer efecto contrario a la Constitución que produce el precepto legal que establece la obligación de estar presente en toda la audiencia de juicio oral consiste en la vulneración del derecho a la libertad personal y seguridad individual reconocido en el artículo 19 N° 7 de la Constitución. Este efecto no lo genera ciertamente la obligación abstracta de estar presente durante la audiencia sino la ausencia de una habilitación para que el tribunal pueda dispensar al acusado de estar presente en una audiencia cuya extensión estimada es la que señalan las magistradas requirentes. Como ya se argumentó precedentemente, la obligación de comparecer personalmente en la audiencia se encuentra justificada en el interés público por salvaguardar la integridad y fiabilidad del proceso penal. Sin embargo, esa obligación no puede ser ni absoluta ni estar sujeta a excepciones tan limitadas que no sean capaces de evitar que la presencia forzada en la audiencia se transforme en una carga tan gravosa que restrinja la libertad ambulatoria de los acusados.

En efecto, la libertad personal, en su dimensión ambulatoria (STC Rol N° 1.683 c. 48°) exige que las naturales cargas de presencia en el tribunal no se transformen en afectaciones indirectas o en restricciones tan invasivas que inhiban el ejercicio de la libertad de movimiento por periodos prolongados de tiempo. El criterio de lo constitucionalmente aceptable en términos de cargas mínimamente invasivas —que ya aparece esbozado en decisiones anteriores de este Tribunal como la STC Rol N° 2.265, c. 15°— no puede ser sorteado si la norma contenida en el inciso primero del artículo 285 del Código Procesal Penal sustrae al acusado de su vida laboral y personal por más de media jornada, de 09.00 a 14.00 horas según lo indican las propias magistradas requirentes a fojas 3. La suma de estas jornadas que son apartadas de la vida ordinaria del acusado es un efecto desproporcionado del deber de estar presente en la audiencia y puede fungir, en casos extremos, como una suerte de condena anticipada que está prohibida por la presunción de inocencia. Esta última exigencia del proceso penal impide que el proceso, en sí mismo, cumpla el rol del castigo penal.

De allí entonces que, para purgar el efecto contrario a la Constitución, esta Magistratura declarará inaplicable la voz “toda” del inciso primero del artículo 285 del Código Procesal Penal, de modo que sea posible para el tribunal analizar las peticiones de liberación de asistencia de los acusados y resolverlas en su mérito, todo ello sin expulsar del ordenamiento legal la obligación de participar presencialmente en la audiencia de juicio oral.

DECIMOSEXTO: Que, por último, cabe añadir que la faz facultativa de la presencia del acusado en el juicio impide que esa asistencia pueda ser considerada como una especie de medida para asegurar la persona del acusado en el proceso. La presencia del acusado en el juicio, sea como contenido de un derecho fundamental o como el objeto de una obligación legal enderezada a un fin constitucional, en ningún caso persigue asegurar

la comparecencia personal de acusado en el proceso. De ser esto último posible, la presencia forzada se transformaría en una medida cautelar inconstitucional por ser atípica y por no admitir siquiera el control de necesidad que recoge el artículo 122 del Código Procesal Penal para las medidas cautelares personales. El control de necesidad, articulado mediante la habilitación legislativa, es justamente el instrumento que garantiza la proporcionalidad de la medida, herramienta que falta en el primer inciso del artículo 285 del Código Procesal Penal.

DECIMOSÉPTIMO: Que el efecto que genera el inciso primero del artículo 285 del Código Procesal Penal sobre el ejercicio de la libertad personal –en cuanto hace obligatoria la presencia del acusado durante toda la audiencia de un juicio oral de magnitud temporal extraordinaria– naturalmente se multiplica en consecuencias desfavorables para el ejercicio de otros derechos fundamentales. Como lo ha recordado el Comité de Derechos Humanos, a propósito de la libertad personal en el Pacto de Derechos civiles y Políticos, las garantías procesales y sustantivas de la libertad personal “coinciden e interactúan con otras garantías”, de modo que a partir de ella pueden manifestarse otras consecuencias negativas para el goce de otros derechos fundamentales (Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 35, CCPR/C/GC/35, 16 de diciembre de 2014, párr. 53). Con todo, y dado que esta sentencia ha considerado que parte del precepto legal impugnado permite generar un afecto contrario a la libertad personal garantizada en el numeral 7 letra a) del artículo 19, no se estima necesario pronunciarse sobre los posibles efectos inconstitucionales respecto de otros derechos fundamentales.

DECIMOCTAVO: Que de lo precedentemente expuesto fluye que la palabra “toda”, contenida en el inciso primero del artículo 285 del Código Procesal Penal, produce un efecto contrario a la Constitución por lo que se acogerá parcialmente el requerimiento de fojas 1.

COMENTARIO

La sentencia del Tribunal Constitucional objeto del presente comentario se dictó a propósito de un requerimiento de inaplicabilidad interpuesto por las Juezas Titulares del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, respecto del artículo 285 del Código Procesal Penal, en el proceso RUT N° 90-2022, RUC N° 1800604602-5, correspondiente a un Juicio Oral en tramitación ante dicha judicatura.

La antes mencionada causa corresponde al comúnmente denominado “caso SQM”, proceso penal de alta connotación pública relativo al financiamiento irregular de la política, donde el Ministerio Público acusa a varios políticos y altos ejecutivos de la Sociedad Química y Minera de Chile S.A. de sobornos, cohecho y delitos tributarios, dependiendo de cada caso.

Los antecedentes se remontan al año 2015, cuando el Ministerio Público investigó a 180 personas, cuyas causas particulares tuvieron distinta suerte a lo largo de los

más de 7 años de investigación penal. Como se ha dicho, en el caso de marras se acusa únicamente a un cierto grupo de personas de dicho universo, habiéndose acumulado las diferentes causas debido a su relación, aun cuando muchos de los hechos concretos y delitos imputados en cada caso son distintos.

Esta situación generó que los diferentes acusados, por aplicación del artículo 285 del Código Procesal Penal se vieran obligados a asistir personalmente a dicho proceso penal, cuya duración fue estimada por el propio Tribunal de fondo en, al menos, 18 meses, bajo un régimen de audiencias realizadas de lunes a viernes, de 09:00 a 14:00 horas.

Es en este contexto que diversos acusados renunciaron expresamente a lo que estimaban como un derecho –y, por tanto, renunciable–, esto es, a asistir personalmente al juicio oral, sin perjuicio de la asistencia obligatoria de sus letrados, fundándose para dichos efectos en lo dispuesto en diversos instrumentos internacionales y, en particular, en los artículos 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Producto de lo anterior, las Magistradas del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, donde se tramitaba la causa, ejerciendo la poco utilizada facultad entregada a los jueces de fondo en el artículo 93 de la Constitución Política de la República, solicitaron al Tribunal Constitucional pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la aplicación del artículo 285 del Código Procesal Penal en la causa, producto de eventuales infracciones a los principios de proporcionalidad y legalidad, así como al artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República que su aplicación podría generar.

Asimismo, es admisible destacar que la defensa del acusado Sr. Roberto León Araya interpuso una acción constitucional de amparo ante la Corte de Apelaciones de Santiago¹, en tanto que la defensa de los Sres. Marco Enríquez-Ominami y Pablo Longueira dedujeron igualmente requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, también en contra del artículo 285 del Código Procesal Penal².

Estas últimas causas, si bien en un comienzo fueron acumuladas por parte del Tribunal Constitucional en conjunto con el requerimiento deducido por las Juezas y que constituye la causa en que se dictó la sentencia en comento, dicha resolución con posterioridad fue dejada sin efecto al afectarle causales de inhabilidad a uno de los Ministros para conocer una de las causas. Sin embargo, el tenor de los argumentos vertidos en las

¹ Esta acción constitucional se tramitó bajo el Rol N° 583-2023 y fue rechazada en primera instancia por parte de la Corte de Apelaciones. Sin embargo, esta sentencia revocada por la Corte Suprema en el Rol N° 68.334-2023. Esta última sentencia resulta igualmente interesante, al establecer expresamente que la “pesada carga de asistir al juicio durante todo ese tiempo importa que el acusado deba presenciar una parte importante del juicio que versará sobre prueba destinada a acreditar las imputaciones dirigidas contra otros acusados y, por tanto, la exigencia de su presencia no se funda ya en garantizar el ejercicio de su propio derecho de defensa y con ello revestir de legitimidad una eventual sentencia condenatoria en su contra, sino en una mera interpretación literal y formalista del artículo 285 del Código Procesal Penal por parte del Tribunal, lo cual deviene en una restricción de su libertad ambulatoria arbitraria y antojadiza que equivale a una verdadera pena anticipada” (considerando 2° de la sentencia).

² El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por el Sr. Marco Enríquez-Ominami se tramitó bajo el Rol N° 14.158-23-INA, en tanto que el requerimiento deducido por el Sr. Pablo Longueira se tramitó en el Rol N° 14.191-23-INA.

diferentes sentencias es esencialmente el mismo, producto ello, lo señalado respecto de la sentencia en comento, es también replicable respecto de las otras.

Teniendo en consideración lo anterior, es oportuno señalar que la presente sentencia resulta interesante, al menos, desde dos perspectivas. En primer término, porque aclara la naturaleza del deber de asistir personalmente al juicio oral por parte de los acusados y, en segundo lugar, al constatar la existencia de un vacío normativo con relación a los juicios orales de larga duración, señalando también expresamente los efectos en la gestión pendiente de la inaplicación del precepto legal.

En cuanto al primer punto, es admisible destacar la existencia de al menos dos formas de abordar conceptualmente el tema de la asistencia personal del acusado al juicio. Concretamente, es posible abordarlo como un derecho –y, por tanto, renunciable– o, por el contrario, como una obligación de parte de los acusados.

La primera hipótesis es la postura defendida en el presente caso por los acusados en la gestión pendiente, quienes argumentaron las graves consecuencias para los derechos fundamentales de los acusados que importaba la aplicación del precepto impugnado en la causa y, en especial, para la libertad personal y la presunción de inocencia.

Se trata de una postura que no es extraña en el ámbito comparado. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha señalado que no vulnera el debido proceso la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado, cuando la falta de comparecencia en el proceso haya sido voluntaria por parte del acusado y este haya sido defendido por un letrado³.

En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, pero que el acusado puede renunciar a ese derecho por su libre voluntad, siempre que la renuncia conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas y no se oponga a un interés público relevante⁴.

Por su parte, la segunda forma en que se puede abordar la asistencia personal del acusado al proceso penal es como una obligación –y, consecuentemente, no susceptible de ser renunciada por parte del acusado–. Esta es la postura adoptada por el Tribunal Constitucional en la sentencia en comento y que ha de tenerse, en consecuencia, como la procedente en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, en dicho sentido sostiene la sentencia que, si bien la presencia en el juicio oral constituye una manifestación del derecho a defensa del acusado, coexiste y es también objeto de una obligación legal, con el fin de garantizar la integridad del proceso penal y precaver la dictación de condenas injustas.

Esta conclusión se desprendería, en el caso chileno, de la propia historia del artículo 285 del Código Procesal Penal, la que reflejaría que, si bien originalmente la presencia del acusado en el juicio oral fue concebida como una facultad o derecho en favor de este, con posterioridad se evolucionó hacia la imposición de una verdadera obligación que,

³ Tribunal Constitucional español. Sentencia 132/2020, de 23 de septiembre de 2020.

⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-399/11, de 26 de febrero de 2013.

en su redacción final, únicamente admite solo las dos excepciones contempladas en los incisos 2° y 3° de dicho precepto.

Asimismo, en concepto del Tribunal Constitucional esta solución guarda estrecha relación con el principio de inmediación y las normas que garantizan la presencia de los sujetos procesales en el juicio, que tienen por objeto asegurar que la sentencia se funde en la prueba y en las alegaciones efectuadas en el curso de la audiencia, sin posibilidad alguna de mediación o delegación por parte del tribunal⁵.

Finalmente, el Tribunal señala de manera expresa que la obligación de asistir personalmente al proceso penal por parte del acusado no puede en caso alguno ser considerada como un mecanismo de aseguramiento, porque en dicho caso se transformaría en una medida cautelar inconstitucional por ser atípica y por no admitir el control de necesidad que recoge el artículo 122 del Código Procesal Penal para todas las medidas cautelares personales.

Esta última se trata de una cuestión que, aunque pueda parecer evidente, vale la pena recalcar tal como hace el Tribunal Constitucional en esta sentencia, frente a la inclinación a considerar esta obligación del acusado de asistir al proceso como un mecanismo de aseguramiento de su persona, cuestión que se vio reflejada precisamente en el informe evacuado por parte del Ministerio Público en la causa en referencia.

Pues bien, establecido lo anterior, el Tribunal Constitucional constata, en lo que es un caso prototípico de inaplicabilidad, que la obligación de asistencia personal del acusado al proceso penal así establecida no puede ser considerada como inconstitucional en abstracto. Sin embargo, son las circunstancias particulares de la gestión pendiente invocada las que hacen que el precepto impugnado y, en particular, la palabra “toda” contenida en el inciso primero del artículo 285 del Código Procesal Penal produzca efectos inconstitucionales.

En efecto, señala el Tribunal que en el presente caso se está frente a un juicio oral de una duración extremadamente larga, situación no contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que ocurre en algunos sistemas comparados y, sin ir más lejos, en Argentina, cuyo Código Procesal Penal Federal se refiere expresamente a este tipo de juicios de larga duración en sus artículos 334 y siguientes.

Es la especial duración del proceso penal, unido a la ausencia legal en el artículo 285 del Código Procesal Penal de una dispensa que pueda ser calificada por el Tribunal, más allá de los casos taxativos señalados en los incisos 2° y 3° de dicho precepto, lo que genera los efectos inconstitucionales al infringir el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, al impedir al tribunal autorizar al acusado ausentarse de modo de poder disfrutar de la libertad personal en conformidad con la presunción de inocencia que le asiste.

En este sentido, el Tribunal Constitucional es enfático en señalar que este efecto contrario a la Constitución no lo genera la obligación abstracta de estar presente durante la audiencia de juicio oral, sino que la ausencia de una habilitación legal para que el

⁵ HORVITZ, María y LÓPEZ, Julián. 2004. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. p. 233.

tribunal pueda dispensar al acusado de estar presente en una audiencia extremadamente larga, transformándola en una carga excesivamente gravosa que restringe la libertad ambulatoria y se transforma en una suerte de condena anticipada, prohibida por la presunción de inocencia.

Es por este motivo que únicamente se declara inaplicable la palabra “toda” contemplada en el inciso 1° del artículo 285 del Código Procesal Penal, señalándose expresamente que el efecto práctico de dicha declaración es permitir para el tribunal de fondo analizar las peticiones de liberación de asistencia de los acusados y resolverlas en su mérito, sin expulsar del ordenamiento la obligación de participar presencialmente en la audiencia de juicio oral.

Ahora bien, con relación a esto último, es importante mencionar que, como es sabido, la consecuencia propia de una sentencia estimatoria de inaplicabilidad es la prohibición para el juez de la gestión pendiente de aplicar el precepto legal censurado en dicho proceso⁶. En este caso, la palabra “toda”, contemplada en el inciso 1° del artículo 285 del Código Procesal Penal.

Sin embargo, la sentencia en referencia parece ir más allá de lo anterior, al indicar los efectos prácticos de su declaración de inaplicabilidad del precepto, en términos tales que parece reconstruir el contenido normativo de la disposición resultante por uno diferente, que se estima acorde con la Constitución Política de la República, de modo tal que nos hace preguntarnos si no estamos frente a una sentencia atípica, de tipo sustitutiva⁷.

En efecto, esto en atención a que, aún sin considerar el vocablo “toda” del inciso 1° del artículo 285 del Código Procesal Penal, no es claro que dicho precepto permita configurar, tal como sostiene el Tribunal Constitucional, una autorización genérica al juez de fondo para liberar al acusado de asistir a la audiencia de juicio oral, más allá de lo establecido en los incisos 2° y 3° de dicho precepto legal.

En abundamiento, y tal como sostiene el voto de minoría de la sentencia en comentario, que estuvo por declarar inaplicable la totalidad del inciso 1° del artículo 285 del Código Procesal Penal, resulta a lo menos dudoso que la sola inaplicación del vocablo “toda” pueda tener la virtud de dispensar a los acusados de su obligación de asistir personalmente al juicio oral⁸ y, menos aún, es posible agregar, permitir al tribunal de fondo liberar al acusado de su obligación de asistir al juicio, fuera de los casos expresamente contemplados.

⁶ VALENZUELA, Williams. 2019. “La sentencia de inaplicabilidad y su cumplimiento por parte de los Tribunales de Justicia”. *Estudios Constitucionales*. Año 17 N° 1. p. 70.

⁷ NOGUEIRA, Humberto. 2004. “Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur”. *Revista Ius et Praxis*. Año 10 N° 1. p. 148.

⁸ En concreto, el voto de minoría del fallo en comentario señaló: “Que, como indicamos, estuvimos por inaplicar íntegramente el inciso primero del artículo 285 del Código Procesal Penal y no solo la expresión “toda” contenida en dicho precepto. Por una parte, porque el concepto de “audiencia” ha sido definido por el legislador en el artículo 282 del mismo Código, y, de otra, porque existen otras disposiciones en ese cuerpo legal que obligan o suponen la presencia de los imputados durante ella, por lo que la inaplicación parcial podría no resultar idónea ni práctica para jueces e involucrados, para evitar que la aplicación de la obligación de estar presente resulte contraria a la Constitución, tal y como lo advierten las Juezas requirentes en el auto” (considerando 12°).

La plena jurisdicción en el proceso contencioso-administrativo:
análisis probatorio y prescripción
(Corte Superior de Justicia de Lima)

*Full jurisdiction in administrative litigation: evidentiary analysis
and statute of limitations (Superior Court of Justice of Lima)*

Comentario de Bruno Ramos Huaytalla
Rolando García Castillo***

Lima, dieciocho de noviembre de dos mil veinticuatro.

La Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima (“la Corte”) confirmó la sentencia que declaró fundada en parte la demanda interpuesta por Enel Distribución Perú S.A.A. (“Enel”) contra el Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería (“Osinerghmin”) solo en el extremo de la sanción de multa, ordenando un nuevo pronunciamiento. Esto se evidencia en el Expediente N° 8564-2019-0-1801-JR-CA-23¹.

VISTOS:

OCTAVO.— Que, con relación a la presunta configuración de la prescripción de la infracción administrativa cometida por ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A., es posible apreciar que dicho argumento no fue invocado durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, a pesar de que dicha circunstancia, de haberse presentado en los hechos, habría podido ser alegada directamente contra el OSINERGHMIN durante la primera o segunda instancia administrativa.

* Abogado, Universidad Científica del Sur, Perú. Maestrando en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia del curso Derecho Pesquero, Universidad Científica del Sur, Perú. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6716-3811>. Correo electrónico: brunoramoshu@gmail.com

** Abogado, Universidad Científica del Sur, Perú. Maestrando en Derecho Penal Económico, Universidad de la Rioja y en Derecho Procesal, Universidad de Salamanca, España. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0162-7695>. Correo electrónico: rolando@edamabogados.com

¹ Para mayor detalle, pueden visitar la web de búsqueda de expedientes judiciales en Perú: <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>

De esta manera, conforme a lo indicado en el TUO de la LPCA, la actividad probatoria que se realiza en el proceso contencioso administrativo se circunscribe a las alegaciones y actuaciones realizadas en el marco del procedimiento administrativo que originó los actos administrativos materia de impugnación:

Artículo 29.- Actividad probatoria

En el proceso contencioso administrativo, la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso. En cualquiera de estos supuestos, podrá acompañarse los respectivos medios probatorios. (...)

Por consiguiente, al no haberse discutido la configuración de la prescripción de la infracción cometida por ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A. en sede administrativa, y a fin de no causar indefensión a la entidad administrativa, corresponde desestimar dicho extremo del recurso de apelación presentado por la demandante.

NOVENO.- Que, con relación a la presunta subsanación voluntaria de la infracción, dicho mecanismo se encuentra recogido en el vigente TUO de la LPAG y fue introducido como eximente de responsabilidad por medio del Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016:

“Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones 1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...) f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235. (...)”

De este modo, la subsanación voluntaria es un eximente de responsabilidad que permite evitar la imposición de una sanción administrativa. Para su configuración, la doctrina nacional ha señalado que es indispensable que se presenten tres requisitos de forma simultánea: (i) la existencia de un acto ilícito que sea reparado, (ii) la voluntariedad en la reparación del acto ilícito y (iii) que el acto ilícito sea reparado oportunamente, es decir, previamente al inicio del procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la imputación de cargos.

DÉCIMO.- Que, de forma específica, el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo del OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040 -2017-OS/CD, publicada el 07 de abril de 2017, ha dispuesto sobre la subsanación voluntaria:

“Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

15.1 La subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador.

15.2 La subsanación voluntaria de la infracción con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador no exime al Agente Supervisado de responsabilidad

ni sustrae la materia sancionable, sin perjuicio que pueda ser considerado como un criterio atenuante para efectos de la graduación de sanción.

15.3 No son pasibles de subsanación:

- a) Aquellos incumplimientos relacionados con la generación de accidentes o daños.
- b) Aquellos incumplimientos de obligaciones sujetas a un plazo o momento determinado cuya ejecución posterior pudiese afectar la finalidad que persigue, o a usuarios o clientes libres que se encuentren bajo el ámbito de competencia de Osinergmin.
- c) Incumplimientos sobre reportes o informes de accidentes y/o situaciones de emergencia.
- d) Los incumplimientos que impliquen la obstaculización o el impedimento del ejercicio de la función supervisora y/o fiscalizadora de Osinergmin, así como el incumplimiento de las medidas administrativas.
- e) Incumplimientos relacionados a la presentación de información o documentación falsa.
- f) Incumplimientos de normas sobre uso del equipo de Sistema de Posicionamiento Global, obligaciones relativas al uso del Sistema de Control de Órdenes de Pedido (SCOP), o falta de registro y/o actualización de precios de venta de combustible en el Sistema Price de Osinergmin.
- g) Incumplimientos relacionados con el expendio, abastecimiento, despacho, comercialización, suministro o entrega de Hidrocarburos u Otros Derivados a personas no autorizadas.
- h) Incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como, normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros.
- i) Los incumplimientos de indicadores verificados en procedimientos de supervisión muestral, salvo que se acredite el levantamiento de la infracción en todo el universo al que representan las muestras.
- j) Incumplimientos relacionados con la obtención de autorizaciones exigibles para una actividad, que fueran obtenidas o regularizadas con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- k) Los actos u omisiones que hubiesen generado la imposición de una medida correctiva, medida cautelar o mandato, por parte de Osinergmin, orientada al levantamiento del incumplimiento suscitado. l) Otros que apruebe el Consejo Directivo.”

De este modo, el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo del OSINERGMIN establece supuestos específicos por medio de regulación especial que, tomando en consideración las características particulares del sector de energía, prevé situaciones en las que no sería posible aplicar la subsanación voluntaria.

DÉCIMO PRIMERO.— Que, sobre dicho último, debe tenerse en cuenta que las disposiciones propias del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo del OSINERGMIN primarán frente a las disposiciones generales establecidas en el TUO de la LPAG en vista de que las normas especiales prevalecen sobre las normas generales en atención a que su diseño específico se adapta de mejor manera a la realidad concreta que es objeto de regulación. En ese sentido, no corresponde amparar la alegación realizada en la apelación de la parte demandante en dicho extremo.

DÉCIMO SEGUNDO.— Que, se debe tener en cuenta que la Resolución de Consejo Directivo N° 151-2012-OS/CD, publicada el 21 de julio de 2012, OSINERGMIN aprobó el Plan de Inversiones en Transmisión para el periodo 2013-2017, cuyo cumplimiento tiene carácter obligatorio. Dicho Plan de Inversiones se fundamenta en un estudio de planificación orientado a la expansión del sistema de transmisión con un plazo aproximado de diez años. Este estudio es elaborado de manera obligatoria por cada empresa titular cuyas instalaciones de transmisión son remuneradas únicamente por la demanda. En este contexto, no poner en operación comercial los elementos previstos en el Plan dentro del plazo establecido genera un riesgo para el sistema, debido a la falta oportuna de dichos componentes.

Al respecto, en el caso materia de autos, se ha verificado que ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A. cumplió con poner en operación comercial 12 elementos previstos en el Plan de Inversiones recién entre los años 2015 y 2016, de acuerdo con los resultados de la fiscalización expuestos en el Informe Final de Instrucción N° DSE-FGT-173 de fecha 26 de junio del 2018.

De este modo, si bien la subsanación realizada por la empresa imputada fue realizada de forma voluntaria previamente al inicio del procedimiento administrativo sancionador por el Oficio N° 1824-2018 de fecha 26 de junio del 2018, el literal b) del numeral 15.3 del artículo 15 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo del OSINERGMIN dispone expresamente que nos es pasible de subsanación aquellas infracciones que se refieran a incumplimientos de obligaciones sujetas a un plazo o momento determinado cuya ejecución posterior pudiese afectar la finalidad que persigue, o a usuarios o clientes libres que se encuentren bajo el ámbito de competencia de Osinergmin.

Por consiguiente, en vista de la obligación de implementar el Plan de Inversiones en Transmisión para el periodo 2013-2017 estaba sujeto a un plazo determinado, su incumplimiento no es pasible de ser subsanado. En ese sentido, corresponde desestimar dicho extremo del recurso de apelación presentado por la parte demandante.

DÉCIMO CUARTO.— Que, respecto al Principio de Razonabilidad aplicable a todos los procedimientos administrativos, el Título Preliminar del TUO de la LPAG señala:

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

1.4. Principio de Razonabilidad. - Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.” (...)

Ahora bien, el principio de razonabilidad también se encuentra recogido como garantía de la aplicación de la potestad sancionadora de la Administración Pública. En específico, se encuentre en el numeral 3 del artículo 246 del TUO de la LPAG, respecto del cual destacan los criterios de graduación de la sanción:

“Artículo 246.- Principios del procedimiento administrativo

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

3. Principio de Razonabilidad. - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.”

En ese sentido, la aplicación del principio de razonabilidad tiene como objetivo que la limitación impuesta a la esfera jurídica del administrado no resulte excesiva, sino coherente y proporcional con la acción u omisión cometida. Sobre las sanciones impuestas, se ha podido apreciar que OSINERGMIN no empleó una metodología que contempla los criterios antes mencionados, toda vez que no contempló factores que permitieran una proporcional cuantificación de la sanción administrativa aplicable, como lo es el beneficio ilícito percibido consistente en el costo evitado (costo postergado en función al atraso) por la comisión de la conducta infractora, toda vez que se tomó como referencia el total del costo de la obra.

De la revisión de la Resolución N° 111-2019-OS/TASTEM-S1 de fecha 16 de abril de 2019, se puede apreciar que únicamente se ha limitado a citar la fórmula contenida en el numeral V del Anexo N° 20 de la Escala de Multas y Sanciones de Electricidad, esto que el cálculo de la multa se realiza siguiendo la fórmula expresada en el Anexo N° 20 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de OSINERGMIN.

De este modo, de la revisión de los actuados en el presente proceso, se aprecia que no se utilizó la información disponible en el expediente administrativo para poder realizar el cálculo de la multa conforme a los parámetros legalmente preestablecidos, por lo que no es posible amparar dicho extremo del recurso de apelación presentado por la parte demandada, toda vez que sí es posible apreciar una vulneración al principio de razonabilidad.

COMENTARIO

La sentencia de la Corte aborda cuestiones clave en el Proceso Contencioso Administrativo (PAC), tales como la actividad probatoria, la prescripción de la infracción administrativa, la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad y la razonabilidad en la cuantificación de la sanción. No obstante, antes de analizar la sentencia, es necesario contextualizar el caso.

Desde las reformas de 1992, el sector eléctrico peruano ha experimentado mejoras significativas. Este sector se compone de cuatro actividades fundamentales: generación, que consiste en la transformación de energía en electricidad; transmisión, que se refiere al transporte de alta tensión desde las centrales hasta las subestaciones; distribución, que implica el suministro de electricidad a los usuarios finales; y comercialización, que comprende la venta mayorista y minorista de energía¹. La transmisión y distribución de electricidad han sido calificadas como servicios públicos conforme con el artículo 2 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (LCE), lo que implica que su titularidad corresponde al Estado, aunque su gestión puede ser concedida a privados mediante concesión otorgada por el Ministerio de Energía y Minas, conforme con el artículo 6 de la misma norma.

Inicialmente, la LCE estableció dos sistemas de transmisión, definidos en su anexo: el Sistema Principal de Transmisión (SPT), que es una red de transporte común a todos los generadores del Sistema Interconectado que permite el intercambio de electricidad y su libre comercialización, y el Sistema Secundario de Transmisión (SST), que es la infraestructura que conecta el SPT con los distribuidores y consumidores finales. Con la promulgación de la Ley N° 28832 se redefinió la estructura del sistema de transmisión, incorporando dos nuevos sistemas, definidos en su artículo 1: el Sistema Garantizado de Transmisión (SGT), que corresponde a la infraestructura planificada y desarrollada mediante el Plan de Transmisión, y el Sistema Complementario de Transmisión (SCT), que agrupa la infraestructura de transmisión que no forma parte del SGT. De esta forma, los sistemas SPT y SST comprenden instalaciones operativas antes de la Ley N° 28832,

¹ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, 2016: *La industria de la electricidad en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*, Lima, pp. 36-42. Disponible en: https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Osinergmin-Industria-Electricidad-Peru-25anios.pdf

mientras que las instalaciones pertenecientes a los sistemas SGT y SCT incluyen aquellas que fueron puestas en operación posteriormente².

Enel es una concesionaria de distribución eléctrica en Lima Metropolitana, el Callao y diversas provincias. En el presente caso, la empresa estaba obligada a cumplir con el Plan de Inversiones de los Sistemas Secundarios y Complementarios de Transmisión (PIT) 2013-2017, que incluía la instalación de celdas de alimentador. El PIT, aprobado por Osinergmin, establece las instalaciones de transmisión que deben entrar en operación en un período tarifario determinado, cuyo cumplimiento es obligatorio y responde a un estudio de planificación con un horizonte mínimo de diez años (artículo 139 del Decreto Supremo N° 009-93-EM). Durante la ocurrencia de los hechos, un elemento de transmisión se consideraba en operación comercial si suministraba energía en el sistema eléctrico donde había sido instalado y se consideraba puesto en servicio cuando iniciaba su operación comercial suministrando carga por 48 horas continuas en el sistema eléctrico donde había sido instalado, conforme con el numeral 1.1 del Título Primero de la Resolución N° 198-2013-OS/CD.

Para garantizar la calidad, continuidad y oportunidad del servicio eléctrico, Osinergmin, como organismo regulador del sector energía y minería, aprobó el Procedimiento para la Supervisión del Cumplimiento del PIT, mediante la Resolución N° 198-2013-OS/CD, posteriormente derogada y reemplazada por la Resolución N° 091-2021-OS/CD. Este procedimiento permite verificar que los concesionarios ejecuten las inversiones conforme con lo establecido en el PIT. El incumplimiento del PIT constituye una infracción administrativa sancionable, y la falta de puesta en operación comercial de un elemento dentro del plazo establecido en el plan vigente da lugar a una sanción, conforme con el numeral 4.4 del Título Cuarto de la Resolución N° 198-2013/CD, vigente al momento de los hechos. La sanción se calcula anualmente a base de los reportes mensuales de los concesionarios, la información específica solicitada por Osinergmin y las inspecciones *in situ*, según el Anexo 20 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica, aprobado por Resolución N° 168-2014-OS/CD.

Teniendo en cuenta este contexto, Osinergmin, mediante la Resolución N° 111-2019-OS/TASTEM-S1 (“Resolución N° 111-2019”), confirmó la sanción impuesta a Enel, consistente en una multa de 32.68 UIT, inicialmente impuesta mediante la Resolución de División de Supervisión de Electricidad N° 273-2019 (“Resolución N° 273-2019”), del 1 de febrero de 2019, por no haber puesto en operación comercial 12 elementos del PIT 2014.

² GÁLVEZ, José, 2018: *¿Las instalaciones del sistema secundario y/o complementario de Transmisión de energía eléctrica deben ser considerados Servicios Públicos en el Perú?* Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo. Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 11. Disponible en: <https://tesis.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/5508b2de-6a21-45a4-a8f7-2a2c6abc0759/content>

Enel, en el Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS), argumentó que los elementos fueron puestos en operación entre 2015 y 2016, antes del inicio del procedimiento en 2018, por lo que debía aplicarse la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad. También sostuvo que la multa era irrazonable, ya que Osinergmin no había motivado correctamente los criterios de graduación de la sanción, tales como el beneficio ilícito, la probabilidad de detección, la gravedad del daño y la intencionalidad.

Osinergmin rechazó estos argumentos, sosteniendo que, de acuerdo con el artículo 139 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, la empresa concesionaria debía cumplir con los plazos establecidos en el PIT y que la subsanación no era aplicable, ya que el incumplimiento estaba sujeto a plazos determinados, cuya ejecución tardía afectaba la finalidad del Plan de Inversiones.

En su demanda contencioso-administrativa, Enel argumentó que la facultad sancionadora había prescrito, ya que la infracción ocurrió el 1 de octubre de 2014, cuando Osinergmin constató el incumplimiento, pero la sanción fue notificada recién el 4 de febrero de 2019, superando el plazo de cuatro años. También reiteró sus argumentos acerca de la subsanación voluntaria y la vulneración del principio de razonabilidad en la cuantificación de la multa. Por su parte, Osinergmin sostuvo que la infracción era continuada, por lo que el plazo de prescripción no había vencido, argumentando que la conducta infractora cesó cuando los elementos fueron puestos en operación en 2015 y 2016.

La sentencia de primera instancia emitida por el Primer Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima rechazó los argumentos referentes a la prescripción y la aplicación de la subsanación voluntaria, al igual que la segunda instancia. Sin embargo, declaró fundada en parte la demanda y anuló la Resolución N° 111-2019 solo en lo referente a la multa, ordenando un nuevo pronunciamiento. La decisión se basó en la falta de motivación de los criterios de graduación de la sanción, pues se sobredimensionó el beneficio ilícito y se omitió la evaluación de la gravedad del daño, la intencionalidad, el perjuicio económico y la reincidencia. Tanto Enel como Osinergmin interpusieron recursos de apelación, manteniendo sus posturas iniciales.

En segunda instancia, la Corte interpretó erróneamente el artículo 29 del Decreto Supremo N° 011-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (TUO-LPCA). Limitó indebidamente el análisis a lo actuado en sede administrativa, sin reconocer que la prescripción es un medio de defensa verificable en el expediente administrativo y que su planteamiento no constituye un nuevo medio probatorio. Este expediente, que incluye el acta de supervisión y la resolución de sanción, permite determinar si la prescripción se configuró. Aunque el artículo 29 no prohíbe alegatos no expuestos en el procedimiento sancionador, la Corte restringió su análisis con una interpretación extensiva que vulneró el principio *pro homine*.

Además, la Corte argumentó que, al no haber sido invocada en sede administrativa, la prescripción no podía discutirse en el proceso contencioso-administrativo para evitar la indefensión de Osinergmin. Sin embargo, esta postura es contraria al derecho a la defensa del administrado, garantizado constitucionalmente como parte del debido proceso. El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el derecho de defensa se

vulnera cuando, en un proceso judicial o administrativo, se impide a una persona ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para proteger sus derechos e intereses legítimos³. En este caso, tanto el juzgado de primera instancia como la segunda instancia vulneraron el derecho de Enel a cuestionar la legalidad de la sanción en sede judicial, pese a que el expediente contenía elementos suficientes para verificar la prescripción.

Este impedimento no solo afectó el derecho a la defensa, sino también el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, ya que la Sala omitió pronunciarse expresamente respecto de la prescripción. Adicionalmente, Osinergmin sí pudo ejercer su derecho de defensa en el proceso, pues en su contestación de demanda argumentó que la infracción era continuada y que, por ello, la prescripción no era aplicable.

El análisis de la sentencia evidencia que la Sala Superior ignoró que el PAC no es un mero control de legalidad, sino un proceso de plena jurisdicción. Conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú, cuando el expediente cuenta con pruebas suficientes, los jueces deben emitir pronunciamientos acerca del fondo del conflicto, incluso si el administrado no lo solicita expresamente, siempre que los hechos hayan sido parte de la controversia⁴. Esta obligación responde a la finalidad del proceso contencioso-administrativo, que es el control jurídico de los actos administrativos y la tutela efectiva de los derechos de los administrados (artículo 1 del TUO-LPCA).

Debido a que correspondía analizar la prescripción, resultaba fundamental determinar la naturaleza de la infracción. En este caso, la infracción no era continuada, sino instantánea con efectos permanentes. Esta clasificación se aplica cuando un incumplimiento se consuma en un solo momento, aunque sus efectos se prolonguen en el tiempo⁵. La infracción en cuestión consistió en “no haber puesto en operación comercial 12 elementos previstos en el Plan de Inversiones de los Sistemas Secundarios y Complementarios de Transmisión para el año 2014”. Su consumación ocurrió el 1 de octubre de 2014, cuando venció el plazo para la puesta en operación comercial. Aunque los efectos de la falta de disponibilidad de los elementos persistieron hasta su subsanación en 2015 y 2016, esto no convierte la infracción en continuada. Por tanto, el plazo de prescripción debía contarse desde 2014 y, al haber sido sancionada en 2019, la facultad sancionadora estaba prescrita por haber excedido el plazo de cuatro años, conforme con los numerales 1 y 2 del artículo 252 del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO-LPAG).

Además, el numeral 3 del artículo 252 del TUO-LPAG establece que la prescripción debe ser declarada de oficio, sin necesidad de ser invocada por el administrado.

³ Tribunal Constitucional peruano, 19.12.2023, Sentencia 102/2024, p. 6. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/04010-2023-AA.htm>

⁴ Corte Suprema de la Justicia de la República del Perú, 13.04.2023, Sentencia de Casación N° 546-2022, p. 56. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/pj/normas-legales/4602240-546-2022-lima>

⁵ BACA, Víctor, 2011: “La Prescripción de las Infracciones y su Clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (En Especial, Análisis de los Supuestos de Infracciones Permanentes y Continuadas)”. *Derecho & Sociedad*, N° 37, p. 268. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13178>

Osinergmin, por tanto, debió analizar su aplicación durante el PAS. Sin embargo, en su contestación de demanda, sostuvo que no correspondía declarar la prescripción al tratarse de una infracción continuada. En este contexto, el PAC era la única vía para que el administrado pudiera hacer valer su derecho a la defensa y obtener un pronunciamiento acerca de la prescripción.

Respecto de la subsanación voluntaria, prevista en el artículo 257 del TUO-LPAG, se debe considerar que el artículo II del Título Preliminar del TUO-LPAG establece que esta norma no es supletoria, sino de aplicación común, por lo que prevalece sobre cualquier reglamento sectorial que establezca condiciones menos favorables. La Resolución 040-2017-OS/CD, que excluye la subsanación voluntaria en incumplimientos sujetos a plazo, resulta ilegal si impide la corrección de una infracción materialmente subsanable.

En este caso, Enel corrigió su conducta al poner en operación comercial los elementos antes del inicio del PAS, cumpliendo con la finalidad del Plan de Inversiones, lo que hacía aplicable el eximente de responsabilidad previsto en el artículo 257 del TUO-LPAG. No obstante, sí coincidimos con la Corte en la vulneración del principio de razonabilidad, regulado en el numeral 3 del artículo 248 del TUO-LPAG. Osinergmin no fundamentó adecuadamente la sanción, omitiendo valorar los factores de graduación de las sanciones, lo que afectó la proporcionalidad de la multa impuesta.

Finalmente, debemos indicar que el Poder Judicial de Perú ha venido ignorando la correcta aplicación de la plena jurisdicción, la que permite que un juez, dentro de un proceso, no solo actúe como un mero respaldo de la administración pública, sino que también ejerza un control efectivo respecto de sus decisiones. En múltiples ocasiones, la administración pública incurre en arbitrariedades en su afán de aplicar el *ius puniendi* y ejercer su discrecionalidad administrativa.

Sin embargo, la plena jurisdicción faculta al juez a realizar un análisis integral de toda la actuación administrativa, permitiendo al administrado incorporar argumentos de defensa y garantizando que la entidad administrativa ejerza su derecho de defensa. Todo ello en aras de una tutela jurisdiccional efectiva.

El proceso contencioso-administrativo dejó hace mucho tiempo de ser un mecanismo de mera revisión de legalidad. En un Estado constitucional de derecho, dicho proceso tiene un papel fundamental en la protección de los derechos fundamentales de los administrados. Los jueces no deben temer aplicar correctamente el derecho, ya que ello responde al principio de verdad material y a la plena jurisdicción.

Si bien los jueces especializados en lo contencioso-administrativo resuelven causas de sectores regulados con alta complejidad técnica y legal, las instituciones del derecho administrativo y del derecho procesal son comunes a todos los casos y deben aplicarse de manera correcta y uniforme.

En conclusión, la sanción impuesta a Enel debió ser declarada nula debido a la prescripción de la facultad sancionadora, la aplicación indebida del reglamento que restringe la subsanación voluntaria y la vulneración del principio de razonabilidad en la determinación de la multa. Estos aspectos constituyen una causal de nulidad del acto administrativo, conforme con el numeral 1 del artículo 10 del TUO-LPAG, al haberse vulnerado los artículos 252, 257 y 248 de dicha norma.

Si bien un cálculo erróneo de la multa podría dar lugar a una nueva decisión por parte de Osinergmin, en este caso, el juzgado debió ejercer la plena jurisdicción del proceso contencioso-administrativo y pronunciarse acerca del fondo. En consecuencia, al haberse acreditado la prescripción y la procedencia de la subsanación voluntaria, correspondía declarar nula la Resolución N° 111-2019 de Osinergmin.

El principio protector y el procedimiento laboral
en los tribunales superiores. Una relectura.
(Sentencia Rol N° 217.781-2023 de la Excma.
Corte Suprema de Chile)

*The protective principle and labor procedure in the superior courts. A rereading.
(Judgment No. 217.781-2023 of the Supreme Court of Chile)*

*Diego Valdés Quinteros**

Santiago, trece de diciembre de dos mil veintitrés.

CONSIDERANDO:

QUINTO: Que, en estos antecedentes, como en los de la causa RIT T-135- 2023, del Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, y en aquellos que aparecen en el sistema computacional correspondiente a la causa RIT T-36-2023, del Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto, y en el de su apelación, ingresada a la Corte de Apelaciones de San Miguel, bajo el Rol N°484-2023, constan los siguientes hechos:

- a.- El 31 de enero de 2023 doña Juana Manuela del Carmen Ferreira Rojas se autodespidió, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del Código del Trabajo, y el 31 de marzo de 2023 dedujo una denuncia de tutela por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido y cobro de prestaciones y, en subsidio, despido indirecto y cobro de prestaciones, en contra de su empleador Sociedad Comercial Manseq Ltda., y de la empresa principal, Policía de Investigaciones de Chile, solicitando se declare que el empleador vulneró sus derechos fundamentales contemplados en el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República, al haber sido víctima de acoso laboral, condenando, solidaria o subsidiariamente,

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile. Magíster en Derecho, mención derecho procesal. Universidad de Talca, Chile. Profesor auxiliar de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Maule, Talca, Chile. ORCID iD: 0009-0009-1076-6345. Correo electrónico: diegomatias.valdes@hotmail.com.

Comentario realizado dentro del proyecto de investigación doctoral en el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca, financiado por ANID-Subdirección de Capital Humano/Doctorado Nacional/2023-21230513.

a las demandadas al pago de las indemnizaciones, recargo legal y prestaciones que señala. En subsidio, pide que se declare que el empleador incurrió en las causales contempladas en el artículo 160 N°1 letras c) y f) y N°5 del Código del Trabajo, condenando a ambas demandadas al pago, solidario o subsidiario, de las indemnizaciones, recargo legal y prestaciones que invoca.

- b.- La parte demandada principal Sociedad Comercial Manseq Ltda., en su contestación, negó los hechos en que se funda la demanda y, en especial, la vulneración de derechos que se denuncia, solicitando su rechazo en todas sus partes.
- c.- El demandado, Fisco de Chile, opuso, entre otras defensas, la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, de conformidad al artículo 423 del Código del Trabajo, al ser competente para conocer de un juicio de hacienda, según lo dispuesto en el artículo 45 del Código Orgánico de Tribunales, un juzgado de asiento de corte, que corresponde al Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel.
- c.- En la audiencia preparatoria de 19 de mayo de 2023, el tribunal acogió la excepción referida, declarándose absolutamente incompetente y señaló, en síntesis, que atendido lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de Hacienda, y el artículo 748 del Código de Procedimiento Civil, son juicios de hacienda aquellos en que el Fisco tiene un interés pecuniario, y, según lo dispone el artículo 45 del Código Orgánico de Tribunales, solo es competente para conocer de estos asuntos el juez asiento de corte, cualquiera que sea su cuantía. En consecuencia, un tribunal de capital de provincia, como lo es aquel ante quien se presentó la demanda, es incompetente absolutamente, siendo competente para conocerla el Juzgado de Letras de San Miguel, remitiendo los antecedentes vía interconexión.
- d.- El 29 de mayo de 2023 ingresó, la misma demanda al Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, aceptándose la competencia por resolución de quince de junio del mismo año, dándose curso a los antecedentes, teniéndose por interpuesta la denuncia, otorgándose traslado a las demandadas y fijando la audiencia preparatoria para el día 19 de julio del mismo año.
- e.- Ambas demandadas contestaron, en el mismo tenor, y el Fisco de Chile, además, opuso la excepción de caducidad para ambas acciones, principal y subsidiaria, esto es, la tutela por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido y la de despido indirecto, fundado en que la separación de la demandante fue el 31 de enero de 2023, interponiéndose la denuncia respectiva ante el Juzgado del Trabajo de Puente Alto, el 31 de marzo de 2023, el cual se declaró incompetente para conocer del asunto, iniciándose un nuevo litigio el 29 de mayo de 2023, transcurriendo, entre la separación y esta última fecha, un plazo mayor para deducir las acciones que el dispuesto en los artículos 489 y 171 del Código del Trabajo.
- f.- En la audiencia preparatoria de 19 de julio del año en curso, se acogió la excepción de caducidad de las dos acciones, teniendo presente que la relación laboral finalizó el 31 de enero de 2023, por autodespido de la trabajadora, y al día 29 de mayo de 2023, fecha de presentación de la demanda, transcurrió con creces el plazo de sesenta días hábiles para la interposición de la demanda, sin que la decisión de incompetencia del Juzgado del Trabajo de Puente Alto interrumpa o suspenda el

plazo de caducidad. Contra esta resolución se alzó la parte demandante, el que fue concedido en ambos efectos.

Finalmente, la Corte de Apelaciones de San Miguel, con fecha siete de septiembre último, la confirmó, atendido lo dispuesto en los artículos 168 y 476 del Código del Trabajo.

Tal decisión es la que se recurre por medio del arbitrio analizado.

SEXTO: Que, para efectos de resolver la cuestión sometida al conocimiento de esta Corte, es conveniente recordar que el derecho del trabajo en cuanto disciplina jurídica especializada y autónoma, surge sobre la base de consideraciones concretas que tienen por objeto reparar el desequilibrio evidente que fluye en las relaciones de trabajo entre el empleador y el trabajador, por cuanto el primero se beneficia de los oficios del segundo, disponiendo de sus servicios para la consecución de logros que lo favorecen, mientras que aquel coloca a su disposición sus esfuerzos físicos e intelectuales, sometiéndose a su subordinación y dependencia, a cambio de un salario o remuneración, que normalmente corresponde a la fuente de su sustento individual o familiar.

Dicha asimetría material coloca al trabajador en una posición desmejorada que atenta contra el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad -base y fundamento de legitimidad del derecho contractual-, lo que justifica la introducción de elementos que buscan equiparar ambas posiciones, y lograr una real alteridad en la dinámica convencional, que, en la especie, se plasman en los denominados principios del derecho del trabajo, y su carácter finalista y tutelar, pues se reconoce en el trabajador una posición estructuralmente débil en la dinámica de las relaciones laborales, reconocida en consideración a la paradigmática falta de isonomía que existe entre un trabajador individual y el empleador, no solo en materia de negociación del contenido contractual de la relación de trabajo, sino, incluso, en la definición de su naturaleza.

Así, una de las formas en que se manifiesta tal voluntad protectora es por medio de la aplicación del denominado principio protector y su regla in dubio pro operario, en virtud de la cual en caso que una norma de lugar a más de una interpretación, siempre debe preferirse aquella que favorezca al trabajador.

En virtud de tal basamento, se debe considerar que los artículos 489 y 171 del Código del Trabajo, que se refieren al plazo de caducidad para deducir la acción, ya sea de tutela por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido o de despido indirecto, de sesenta días hábiles, contados desde la separación, el primero señala que este plazo se suspende en la forma a que se refiere el inciso final del artículo 168, y solo utilizan la voz "*tribunal respectivo*" o simplemente "*tribunal*", sin que se haga alusión al competente, como lo hace el inciso primero del artículo 168 del código ya mencionado. Por tanto, basta que el denunciante presente su demanda ante el tribunal de la especialidad, en el caso de autos, un juzgado de letras del trabajo, para que se entienda que hasta su fecha de ingreso debe computarse el plazo de caducidad contenido en los artículos 171 y 489 del Código del Trabajo, que se cuenta desde la separación de la trabajadora.

SÉPTIMO: Que, en la especie, aparece que la actora se autodespidió el 31 de enero de 2023 y al 51 día hábil, contado desde la separación, esto es, el 31 de marzo del mismo año, presentó su demanda ante el tribunal de la especialidad, sin que haya transcurrido el plazo de sesenta días hábiles para considerar caducadas ambas acciones, ya sea principal o subsidiaria.

OCTAVO: Que, en tales condiciones, aparece que los recurridos al confirmar la resolución apelada incurrieron en una afrenta a los principios rectores del derecho laboral, y, en especial, al principio protector, pues, las normas en comento deben interpretarse en el modo que solo exigen que la demanda se presente ante el tribunal de la especialidad respectiva y ello fue el día 31 de marzo de 2023; sin que obste a dicha conclusión que el tribunal se haya declarado absolutamente incompetente, por cuanto la demanda fue enviada vía interconexión, ante el juzgado asiento de corte que aceptó la competencia, dando curso progresivo a los autos.

NOVENO: Que, de esta manera, es palmario que la judicatura recurrida incurrió en una falta y abuso de aquellas que esta Corte, por medio del arbitrio impetrado, debe corregir, por cuanto indebidamente declaró caducadas acciones que no lo estaban.

COMENTARIO

Este comentario se centrará en el uso que hace la Corte Suprema del principio protector y su carácter tutelar como criterio interpretador de normas procesales, más que en la resolución de la materia misma respecto de la que se pronuncia (plazo de caducidad para deducir la acción, ya sea de tutela por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido o de despido indirecto). Es precisamente la utilización de dicho principio acerca de normas procesales lo que resulta relevante, pues se vincula con uno de los ámbitos en que se discute la aplicación de la regla *in dubio pro operario* como derivación del principio protector¹.

Hecha dicha prevención, es oportuno recordar que tanto el derecho laboral como el derecho procesal son ramas del ordenamiento jurídico de una novel autonomía. Se han constituido sobre sus propios fines y objetivos, y especialmente, sobre sus principios distintivos, los que los diferencian de otras disciplinas jurídicas y, en consecuencia, les otorgan su autonomía. Desde la perspectiva del derecho laboral, cuyo objetivo principal es proteger al trabajador como la parte más vulnerable en la relación laboral, este se fundamenta en el principio protector o tutelar y sus reglas derivadas. Asimismo, el derecho procesal se basa en los principios de contradicción, igualdad de armas e imparcialidad.

¹ GAMONAL no efectúa distinción. GAMONAL, Sergio, 2020: *Fundamentos del derecho laboral* (quinta edición), Santiago, Der Ediciones, p. 194. En contra RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, 2002: "Los principios informadores del proceso del trabajo", en *Derecho Procesal del Trabajo* (primera edición), Dalis, Moca, p. 80. LIZAMA, Diego, 2023: *El pro operario en materia laboral*, Santiago, Der Ediciones, pp. 40-41.

No obstante, es importante subrayar que la autonomía entre dichas disciplinas jurídicas no impide su conexión, como lo destaca implícitamente la sentencia comentada. De hecho, esta relación es clave, pues el proceso no es un fin en sí mismo, sino que está al servicio de la efectivización de los derechos subjetivos sustantivos. Por ello, deben articularse mecanismos procesales idóneos y adecuados para lograr dicho objetivo², vinculación que en definitiva nos lleva al denominado derecho procesal laboral.

Esta comunicación entre ambas ramas ha llevado a sostener que el derecho procesal laboral debe estar supeditado a la consecución de los fines del derecho laboral³, lo que se relaciona con la protección de los derechos del trabajador mediante el principio tutelar. Esto implicaría que varios instrumentos técnicos se inspirarían en el principio protector, con el objetivo de compensar la desigualdad material en la que se encuentra la parte débil de la relación laboral (no necesariamente una debilidad de corte económico, como pueden ser las barreras probatorias y temporales).

De la sentencia que se comenta puede desprenderse que la Excma. Corte Suprema considera al denominado principio protector como un principio del procedimiento laboral, pues el carácter tuitivo del derecho laboral también desplegaría dichos efectos respecto de las normas procesales, generándose la comunicación sustantiva-procesal indicada previamente.

La sentencia razona sobre la base de que el carácter tutelar del derecho laboral, así como del procedimiento laboral, exige la remoción de obstáculos que impidan al trabajador acceder a los tribunales de justicia, ya sea deduciendo sus respectivas pretensiones (como el caso de la sentencia comentada), o también, mediante el ejercicio de recursos procesales (por ejemplo, en sentencia rol 210.296-2023, de 17 de junio de 2024, de la Excma. Corte Suprema).

En dicho sentido, da al principio protector una función interpretativa⁴ de normas que consideramos procesales, sin embargo, es admisible preguntarse si era necesario recurrir a la utilización de la regla *in dubio pro operario*, como al principio protector, para arribar a la decisión adoptada, permitiendo el acceso del demandante al proceso jurisdiccional. Formulo dicha interrogante pues considero que al mismo resultado se habría llegado de solo haber recurrido al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o al criterio *favor proceso*. Me explico.

Si consideramos el derecho de acceso a la jurisdicción como parte de la tutela jurisdiccional efectiva, este exige al juez que, *si existiera alguna duda acerca de la admisión o no de una demanda para discutir un asunto jurídicamente complejo o dudoso, el juez siempre*

² MARINONI, Luiz Guilherme, 2007: *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva* (trad.), Lima, Palestra editores, p. 14. SERRA, Manuel, 2008: *Jurisdicción, acción y proceso*, Barcelona, Atelier Libros jurídicos, p. 258.

³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, 1969: "Sobre los Principios Inspiradores del Proceso del Trabajo", *Revista de Política Social*, Año 21, N° 81, p. 80. PASCO, Mario, 1994: "El principio protector en el derecho procesal del trabajo", *Revista de Derecho PUCP*, N° 48, p. 151. AGUILERA, Raquel, 2004: *Proceso laboral y proceso civil: convergencias y divergencias*, Madrid, Thomson Civitas, p. 28.

⁴ RUAY, Francisco, 2024: "El principio protector como fuente de potestades judiciales. Una aproximación crítica", *Revista Laborem*, N° 30, setiembre, p. 84.

*debe preferir admitir una demanda y permitir su discusión en el proceso*⁵, lo que es denominado como ámbito objetivo, mientras que el ámbito subjetivo de dicha protección implica que no hay persona, grupo o entidad que carezca de la titularidad para solicitar la tutela jurisdiccional.

El uso del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o el criterio *favor proceso* nos permiten arribar a la misma conclusión, pues autorizan a que en caso de duda se adopte la interpretación que más favorezca el acceso a la jurisdicción (lo que es coincidente con los principios de interpretación de los derechos fundamentales), sin necesidad de distinguir entre diversos litigantes. Es decir, la interpretación favorable de las normas procesales de forma tal que permitan el acceso a la jurisdicción y al proceso (instrumento para la efectividad del derecho material) viene determinada no por exigencia del derecho laboral, sino por necesidades del propio proceso⁶.

Ahora bien, ¿cuál es el problema de añadir el principio protector (en su faz *pro operario*) como fundamento de la decisión? Debido a que al fin y al cabo *lo que abunda no daña*.

Si detrás de normas de carácter procesal encontramos que estas responden a una finalidad tutelar (no meramente compensatoria), su infracción solo podría ser sancionada y corregida cuando se perjudican precisamente los derechos de la parte trabajadora (como el caso analizado), pues esa es la finalidad perseguida por el legislador al momento de la creación de la norma.

Dicho eso, se puede pensar que es absurdo plantearse que la situación analizada podría generar perjuicios al empleador, pues las normas interpretadas y aplicadas por la Excma. Corte Suprema dicen relación con un supuesto que solo aplica al trabajador (plazo de caducidad para deducir la acción, ya sea de tutela por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido o de despido indirecto), sin embargo, hay varias normas de carácter procesal que se aplican indistintamente a las partes del respectivo procedimiento (como no podría ser de otra forma), cuya interpretación conforme con el principio protector dejaría en franca desventaja a la parte empleadora.

Me explico. Desde la doctrina como desde la jurisprudencia nacional se ha señalado que el procedimiento laboral también responde a este carácter tuitivo del derecho laboral, siendo así sus principios formativos una exigencia del principio protector⁷. De esa forma, y respaldada por la utilización que la Excma. Corte Suprema parece hacer del principio tutelar, la infracción de reglas como la inmediatez (que sería exigencia del principio protector) solo debería ser corregida cuando aquella tenga aparejada perjuicios para la parte trabajadora, pues fue establecida con la finalidad de tutelar a dicho litigante. Ello

⁵ PRIORI, Giovanni, 2019: *El proceso y la tutela de los derechos*, Lima, Fondo Editorial PUCP, p. 84.

⁶ PAREDES, Paúl, 1997: *Pruebas y Presunciones en el Proceso Laboral* (1° edición), Lima, ARA Editores, p. 83. Con la misma alusión al carácter tutelar del derecho laboral, pero con expresa mención del derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva puede verse el considerando quinto de la sentencia de la Corte Suprema, de 31 de mayo de 2022, rol 8.413-2022.

⁷ GAMONAL, Sergio, 2016: *El principio de protección en el nuevo procedimiento laboral chileno*, párr. 26. <https://editorialbomarzo.es/el-principio-de-proteccion-en-el-nuevo-procedimiento-laboral-chileno/>; Tribunal Constitucional, sentencia de 8 de agosto de 2019, rol 4654-2018, INA, considerando 23.

parece contrariar el tenor del artículo 478 letra d) del Código del Trabajo, a diferencia del art. 374 letra c) del Código Procesal Penal, que explícitamente estableció una causal en beneficio exclusivo de la defensa.

Con esto, no sostengo que el trabajador no merezca una especial protección por parte del Estado, todo lo contrario: la merece y la tiene. Como también la merece dentro de la relación procesal mediante la denominada *desigualdad compensatoria*, sin embargo, dicho mecanismo se utiliza ante la existencia de una asimetría, y se agota cuando la desigualdad es compensada por los mecanismos establecidos por el legislador (jamás por el juez), pero imprimir a las normas procesales una interpretación favorable que jamás alcanzará a la otra parte de la relación procesal (por no ser trabajador) nos puede llevar básicamente al establecimiento de nuevas desigualdades para lo contraparte, pues, ¿qué impide que el mismo razonamiento y uso argumental del principio protector se utilice en exámenes de admisibilidad de recursos (menores exigencias para el trabajador), o a la hora de utilizar los poderes probatorios de oficio (solo cuando se estime que estas podrían beneficiar al trabajador)? ¿Cuál sería la asimetría a compensar si ambas partes tuvieron las mismas oportunidades de participar e influir en el resultado de la sentencia que se pretende impugnar, de ofrecer y presentar la prueba de que disponían, y de acceder a aquella de la que no disponían?

Es indesmentible que la normativa procesal debe propender hacia el acceso a la justicia de todo aquel que la requiera, y que el Estado debe proceder a remover los obstáculos que impidan dicho acceso y participación dentro del proceso, pero pensar que aquella exigencia sigue siendo hoy un derecho exclusivo de los trabajadores⁸ no solo invisibiliza la situación de personas en procedimientos no laborales que también son merecedores de dicha protección, y que por lo demás, nos puede llevar peligrosamente a justificar interpretaciones que incluso sobrepasan las finalidades del principio protector, creando inconscientemente obstáculos para la contraparte⁹. Por ello, mientras que el uso de los principios procesales como argumentos de la decisión permiten extender sus consecuencias a cualquiera de las partes que se encuentre en la situación de acceder a la jurisdicción, el uso del principio protector lo limita injustificada e innecesariamente a solo uno de ellos.

En síntesis, la protección del trabajador no debe justificar interpretaciones que nos podrían conducir a la creación de desigualdades procesales que afecten a la otra parte, ya que esto podría derivar en interpretaciones que sobrepasen los fines del principio protector, afectando el justo y racional procedimiento, pues *el proceso no puede ser el escenario*

⁸ PAREDES, 1997, p. 69.

⁹ En dicho sentido la doctrina ha señalado que el carácter tuitivo del derecho laboral no justifica crear desigualdades contra el empresario. BELLIDO, Manuel, 2019: "Los principios del proceso y del procedimiento laboral", en José Lousada y Ricardo Ron (coords.), *Sistema de Derecho Procesal Laboral* (2° edición), Murcia, Ediciones Laborum, p. 114. ROMERO, María Isabel, 2021: *El proceso* (coord. María Isabel Romero), Derecho Procesal Laboral. Parte general y parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 127. También se ha señalado respecto de los principios laborales, que "no se pueden estirar hacia cualquier lado y con cualquier intensidad. Se deben ajustar a ciertos parámetros, elásticos pero existentes" PLÁ, Américo, 1998: *Los principios del Derecho del Trabajo* (3° edición), Buenos Aires, Ediciones Depalma, p. 43.

*de privilegios en desmedro ilegítimo de una de las dos partes del proceso, sino el escenario en el que las reglas de procedimiento respondan legítimamente a la real y efectiva vigencia de los derechos fundamentales de las dos partes en el proceso*¹⁰.

¹⁰ PRIORI, 2019, p. 49. En un sentido similar se ha señalado que, *el supuesto derecho instrumental se torna, así, en derecho garante pero no del derecho sustantivo sino del más trascendente derecho a la tutela judicial, del que “todas” las personas somos titulares*. ROCA, José, 2023: “Proceso laboral: más procesal y menos laboral”, *Justicia* n° 1, pp. 142-143.

Cobro de facturas y protección de la apariencia (Corte Suprema)

Invoice collection and protection of appearance (Supreme Court)

*Comentario de Javier Narváez Fuentes**

Santiago, cinco de abril de dos mil veinticuatro.

En cumplimiento a lo ordenado en el fallo precedente y lo estatuido en el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil se pronuncia la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce lo expositivo del fallo en alzada a excepción del párrafo segundo del considerando décimo octavo, párrafo segundo del motivo vigésimo, y de los motivos vigésimo primero a vigésimo sexto, que se eliminan y, se tiene, en su lugar y, además, presente: ...

3°.- Que, de acuerdo a lo expuesto, corresponde preguntarse si ¿habiéndose desplegado actividades fraudulentas por una operaria de una empresa relacionada al empleador y del mismo domicilio, podía la ejecutante advertir la falencia operativa de la ejecutada?... En este caso, dada la apariencia de veracidad y rectitud de los distintos actos que conformaron las operaciones de compra de bienes que motivaron la emisión de las facturas, es dable entender razonablemente que ha existido una manifestación jurídica ante aquella circunstancia, y quien se ha comportado de buena fe frente a ellas, tiene derecho a que se reconozca su legítima actuación, aun cuando no correspondan con la realidad (*Corte Suprema. Rol 4313-2011*).

Sin duda, la existencia de deficiencias en los controles administrativos de parte de la ejecutada, en relación a la forma como dependientes suyos, o de una empresa relacionada, que se desempeñaba en el mismo domicilio, no puede ser la justificación para con terceros que han actuado de buena fe, y que en condición de proveedores, no estaban en condiciones de salvar aquella maniobras destinadas a la obtención de bienes

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Investigador predoctoral, Universitat de Girona. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5595-7051>. Correo electrónico: javier.narvaez@udg.edu.

sin una voluntad real de adquirirlos, más que entender aquellas comunicaciones como legítima manifestación de aquellas.

4º.- ... En consecuencia, no se trata de un tema vinculado únicamente a la carencia del elemento volitivo de las compraventas que subyacen a la expedición de las facturas, sino al conjunto de circunstancias que ha rodeado el otorgamiento de las facturas, que se presentan como inductivos a error en la prestadora de los servicios o venta de suministros, al considerar que la dependiente –que trata y ejecuta solicitudes de bienes y servicios-, era una persona habilitada en este caso para la solicitud de insumos computacionales. La actuación de la ejecutante se ha guiado por la apariencia observada en una funcionalidad habitual de la ejecutada, en la cual Gissela Figueroa, desarrollaba habitualmente adquisiciones para la Clínica Tabancura...

5º.- Que, de esta forma, teniendo en consideración los principios de la llamada teoría de la apariencia o del consentimiento aparente, bajo los supuestos materiales esbozados en los motivos anteriores y su vinculación con la buena fe contractual en la forma referida en el artículo 1546 del Código Civil, es posible afirmar que, como en este caso, quien con una actividad voluntaria de lugar a situaciones aparentes, debe soportar las consecuencia que emanan de ellas, ya que la base estructural del apoderamiento por hechos notorios se funda precisamente en la relación negocial entre “principal y representante”, en la que, derivado de las circunstancias de la actuación de este último, se subentiende la existencia de un poder tácito o presunto otorgado por el primero. De ahí que la teoría de la apariencia centre su foco de atención en la protección del tercero de buena fe, que atendidas las circunstancias de la seguridad del tráfico merece justificada protección...

6º.- Que, conforme lo expresado, la excepción de nulidad de la obligación levantada por la ejecutada, debe ser desestimada.

Por estas consideraciones y atendido, además, lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca, en lo apelado, la sentencia de once de junio de dos mil diecinueve dictada por el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Santiago, y en su lugar se declara: I.- Que se rechaza la excepción de nulidad de la obligación opuesta por la ejecutada y se ordena seguir adelante con la ejecución hasta hacer entero pago al acreedor. II.- Se confirma en lo demás, la sentencia recurrida.

Acordado con el voto en contra de la Ministro Suplente Sra. Dobra Lusic N., quien estuvo por confirmar la sentencia apelada y, en consecuencia, rechazar la demanda ejecutiva, en consideración a los fundamentos expresados en su disidencia en la sentencia de casación.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Diego Munita L., y el voto en contra, su autora.

Rol Nº 120.331-2022

COMENTARIO

El principal aspecto de interés de esta sentencia es que aborda una temática bastante olvidada en nuestro país y de importantes efectos prácticos: la protección de la apariencia jurídica.

La Corte Suprema recurrió a esta doctrina como una forma de restringir la declaración de nulidad, por falta de consentimiento, pretendida por la ejecutada. Consecuentemente, el fallo muestra la utilización de este instrumento como un mecanismo para proteger el interés del ejecutante que actuó con la convicción de estar contratando con el representante de la empresa ejecutada, es decir, que actuó basado en la apariencia de representación. En otras palabras, en el caso en cuestión se sacrificó el interés del *pseudorrepresentado* (la ejecutada) para proteger el del ejecutante, por ser reputado este como un tercero de buena fe.

Así, se suscita la cuestión de cómo articular la teoría de la apariencia con la representación y el mandato, ¿qué condiciones deberán verificarse para que tenga lugar la representación aparente? Dicho de otro modo, la decisión de nuestro máximo tribunal permite instalar la cuestión de cómo debemos diseñar una *teoría de la representación aparente* para determinar, de la manera más justa posible, quién merece ser protegido frente a actuaciones realizadas por un *pseudorrepresentante*.

I. *Protección de la apariencia jurídica: Noción y fundamentos*

A la protección de la apariencia jurídica se la ha definido como un “principio en virtud del cual quien actúa guiándose por las situaciones que contempla a su alrededor, debe ser protegido si posteriormente se pretende que esas situaciones no existen o tienen características distintas a las ostensibles”¹.

Fue desarrollado primeramente por la doctrina francesa por vía jurisprudencial² y ha recibido acogida en diversos Derechos. Entre ellos, el nuestro, con ayuda de disposiciones precisas del Código Civil, por ejemplo el artículo 2173, que recoge el denominado *mandato aparente*³.

En cuanto a sus *fundamentos*, la protección de la apariencia los encuentra en la seguridad y en la buena fe⁴. Dicho de otro modo, la protección de la apariencia viene a satisfacer la necesidad de conferir seguridad a las relaciones jurídicas, siendo la buena

¹ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, 2002: “La protección de la apariencia en el Derecho civil”, en *Estudios sobre reformas al Código civil y Código de comercio*, segunda parte, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 390. En un sentido similar Domínguez Águila, Ramón, 2018: “Notas sobre el mandato aparente”, en Claudia Bahamondes Oyarzún *et al.* (editores), *Estudios de Derecho Civil XIII*, Santiago, Thomson Reuters, p. 484.

² DOMÍNGUEZ, 2018, p. 485.

³ STITCHKIN BRANOVER, David, 2008: *El mandato civil* (5ª edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 380.

⁴ ÁLVAREZ CRUZ, Raúl, 1962: *Teoría integral de la apariencia*, Memoria para optar grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, p. 88.

fe una condición *sine qua non* para que el ordenamiento proteja los derechos adquiridos solo aparentemente⁵.

En el mundo de los negocios se necesita que sus actores tengan la mínima tranquilidad de que –si actúan lícitamente, guiándose por lo que observan en torno a ellos, y despliegan una mediana diligencia para cerciorarse de que lo que ven es realidad– estarán garantizados en los efectos de sus actos⁶.

II. *¿Cómo determinar si debe ser protegido el interés del pseudorrepresentado o del tercero de buena fe? Breves notas acerca de la diligencia y el error legítimo*

En el contexto descrito, la cuestión neurálgica es ¿cómo determinar a quién debe proteger el ordenamiento jurídico? Esta parece ser una arista en la que el fallo podría haber profundizado un poco más, considerando lo siguiente.

Recordemos que, si tutelamos la apariencia estaremos protegiendo al tercero (respecto del *pseudorrepresentante* y del *pseudorrepresentado*) que ha confiado en ella. Por el contrario, si damos preponderancia a la realidad, estaremos cautelando el interés del real titular del derecho, es decir, del *pseudorrepresentado*. En el primer caso se dará reconocimiento al acto aparente, mientras que en el segundo se privará al tercero del derecho que él había creído adquirir.

La situación crítica se produce cuando los dos eventuales involucrados (en este caso, el tercero/ejecutante y el *pseudorrepresentado*/ejecutado) exhiben una conducta irreprochable. Dicho de otro modo, cuando este no sabía, ni tenía por qué saber, que existía un aparente titular que podía actuar en su lugar, es decir, no contribuyó en absoluto a configurar la situación; mientras que el tercero estaba de buena fe y efectuó, con *mediana diligencia*⁷, indagaciones para conocer la existencia y alcance del mandato o representación.

Intentando aproximarse a una respuesta frente a esta difícil situación, se ha dicho que “cualquier elemento de hecho que puede significar reproche a alguno de los dos, puede ser suficiente para preferir la solución en contra suya”⁸.

En este orden de ideas, la Corte –además de destacar el rol de la buena fe– deslizó dos cuestiones que nos parecen de suyo relevantes: *la falta de diligencia* (“deficiencias en los controles administrativos”) de la ejecutada/*pseudorrepresentada*, y *el error* (“en la prestadora de los servicios o venta de suministros”) del ejecutante/tercero.

Como podrá advertir el lector, el examen del cuidado empleado en el comportamiento negocial no solo se debe realizar respecto del tercero que busca asilarse en la apariencia. Es decir, no solo debemos preguntarnos si él, con mediana diligencia, efectuó las averiguaciones para examinar la existencia y extensión del mandato o representación.

⁵ ÁLVAREZ, 1962, p. 87.

⁶ PEÑAILILLO, 2002, p. 397.

⁷ AGUAD DEIK, Alejandra, 2010: “Inoponibilidad. Nulidad. Protección de terceros, Teoría de la apariencia. Corte Suprema, 13 de agosto de 2009, rol n° 785-2008”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 14, p. 7.

⁸ PEÑAILILLO, 2002, p. 397.

Deberá determinarse, igualmente, si el *pseudorrepresentado* obró con la diligencia media, por ejemplo, en el control de sus potenciales *pseudorrepresentantes*.

En efecto, una interesante tesis doctoral, publicada en Francia, concluye que el comportamiento de los *pseudorrepresentados* –respecto de la apariencia– es tan importante como la creencia legítima del tercero. A continuación, advierte un importante riesgo. Postula que, si razonamos exclusivamente del lado del tercero, corremos el riesgo de desequilibrar el sistema, ya que este no puede sacrificar sistemáticamente los intereses de los *pseudorrepresentados*. Así, en la medida en que una persona no haya participado en la creación de una apariencia, excepcionalmente deberá sacrificarse el interés del tercero, aunque este puede demostrar su creencia legítima⁹.

Es en este punto donde el fallo recoge un razonamiento curioso. En el considerando quinto de la sentencia de remplazo se indica: “es posible afirmar que, como en este caso, quien con una actividad voluntaria da lugar a situaciones aparentes, debe soportar las consecuencias que emanan de ellas”. Es curioso, pues la principal persona que con una actividad voluntaria dio lugar a una situación aparente, parece no haber soportado –al menos desde una perspectiva civil– las consecuencias que emanaron de ella. Si bien es posible estimar que la ejecutada –con la omisión en el debido control de los actos que realizaba Gissela (la *pseudorrepresentante*)– contribuyó en cierta medida a la creación de la apariencia de representación, quien realizó la principal actividad que dio lugar a una situación aparente (Gissela) terminó sin soportar las consecuencias emanadas de aquella, ya que la obligada al pago fue la *pseudorrepresentada*.

Dicho ello, detengámonos ahora en el error del tercero/ejecutante.

En nuestro país la noción de error común ha sido considerada excesiva para el adecuado funcionamiento de la doctrina de la apariencia, abriéndose camino una menos rigurosa, bajo la expresión *error legítimo*. Este, lógicamente, no exige que el error lo padezca la generalidad del grupo social, basta que lo padezca quien lo aduce. Asimismo, tampoco exige invencibilidad,

“o que el sujeto haya desplegado intensas averiguaciones para descubrir la verdad y no obstante ello se haya mantenido en el error; basta el despliegue de normales averiguaciones, basta una diligencia normal de modo que no obstante ella, se haya permanecido en el error.

Se entiende que en estas circunstancias a los terceros los incitamos a actuar, y con cierta rapidez, cuidando de que sean normalmente diligentes, pero evitándoles búsquedas que son posibles pero complicadas y, por ende, retardantes... Así, por ejemplo, ...en materias como el mandato aparente se adopta el criterio más flexible del error legítimo”¹⁰.

⁹ CHEN, Chung-Wu, 2000: *Apparence et représentation en droit positif français*, Paris, L.G.D.J., pp. 388 y 389.

¹⁰ PEÑAILLO, 2002, pp. 401-402; PRADO PUGA, Arturo, 2011: “Distinción conceptual entre los poderes aparentes y los poderes tácitos: un ensayo de aplicación al factor o gerente”, en Mario Verdugo Marinkovic (director), *Doctrinas Esenciales. Gaceta Jurídica. Derecho comercial*, Tomo III, Santiago, Abeledo

En fin, con ocasión de esta sentencia, se ha intentado destacar dos cuestiones –íntimamente vinculadas– para determinar quién merece la protección del Derecho frente a casos de representación aparente: la diligencia y el error.

Si bien compartimos lo sostenido por la doctrina nacional más autorizada, en cuanto a que al *pseudorrepresentado* le quedará sólo la posibilidad de obtener del *pseudorrepresentante*, si es del caso, indemnización, quedará pendiente, por de pronto, profundizar en los efectos de esta teoría.

RECENSIONES

Recensiones

AA.VV., *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Hernán Corral Talciani*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

Para quienes tenemos un especial interés en la disciplina del derecho civil, el libro objeto de esta recensión merece ser considerado con atención. No solo por la riqueza y diversidad de su contenido, sino también por su especial significancia, ya que se trata de una obra homenaje a Hernán Corral Talciani en el año en que es reconocido como profesor emérito de la Universidad de los Andes, tras casi 40 años de trayectoria.

Bajo la dirección y edición de la profesora Carmen Domínguez, con la participación de María Magdalena Bustos, Pamela Prado y Gian Franco Rosso como editores, esta publicación reúne 45 contribuciones de destacadas académicas y académicos, todos quienes, de una u otra forma, han recibido la influencia del homenajeado, tanto en el ámbito profesional como en el personal. En efecto, el lector advertirá que el profesor Corral es referencia obligada en la mayoría de las materias abordadas, lo que es testimonio de la valiosa contribución de Hernán Corral al derecho nacional. Así lo destaca el prólogo y los tres trabajos homenajes de Enrique Brahm, Ramón Domínguez y Enrique Barros.

La pretensión de reseñar con ánimo exhaustivo una obra colectiva de estas características resulta muy ambiciosa —e inviable, en esta oportunidad—. Por ello, me permito ofrecer al lector un breve recorrido por los apartados del libro, esperando poder brindarle un panorama general rescatando lo esencial de cada uno de los artículos que lo componen. En lo que sigue, me guiaré por las divisiones que el mismo texto propone:

I. BIENES

Esta primera parte contiene 3 artículos. Esteban Pereira invita a revisar los postulados de la teoría de la posesión inscrita para hacerla más sensible a la realidad, donde no necesariamente la inscripción conservatoria va acompañada de un vínculo material efectivo con el inmueble. Mauricio Tapia, por su parte, aborda la discusión acerca de si admitir o censurar las cláusulas de no enajenar, sosteniendo la posible conciliación entre ambas posturas. Cerrando este apartado, Claudia Bahamondes propone una relectura evolutiva de la función y finalidad de la facultad calificadora del Conservador de Bienes Raíces en consideración a las últimas modificaciones legislativas en la materia.

II. CONTRATOS

Este apartado es el más extenso de toda la obra, con 21 artículos. Abre Patricio Carvajal, quien analiza el concepto de causa contractual destacando la necesidad de considerar el contexto de su redacción original para comprender su significado actual.

Le siguen un conjunto de trabajos que incorporan una perspectiva de derecho civil constitucionalizado. Así, Patricia López se pregunta si el derecho debe extender su protección a los contratantes atendiendo a su vulnerabilidad y dignidad; mientras que Pamela Prado analiza si es posible conciliar la libertad de contratación emanada de la autonomía privada con el principio de no discriminación arbitraria, específicamente en la elección del contratante. La noción de vulnerabilidad y la parte más débil en materia contractual es retomada por Patricia Leal, esta vez a propósito del derecho de retención.

A propósito de la aplicación del principio de la buena fe, María Magdalena Bustos analiza la figura del retraso desleal a la luz de la teoría de los actos propios. Luego, José Joaquín Ugarte presenta un panorama acerca de la manifestación de la buena fe en tres aspectos: la privación correctiva de ventajas obtenidas por abuso de instituciones jurídicas, la negociación de contratos cuando existen vicios de la voluntad y la ejecución de los contratos. La buena fe como fundamento de la confianza legítima en el ámbito contractual es abordada por Jaime Alcalde y Juan Luis Goldenberg, quienes postulan que esta última puede servir de criterio interpretativo del contrato.

La distribución de riesgos contractual igualmente es un tema desarrollado en esta sección. Gian Franco Rosso se enfoca en los problemas que derivan del caso fortuito en los contratos de arrendamiento con renta variable. El trabajo de María Graciela Brantt, por su parte, analiza los requisitos del caso fortuito que lo configuran como una causa de exoneración de responsabilidad por incumplimiento contractual. Finalmente, Íñigo de la Maza y Álvaro Vidal se ocupan de la libertad de los contratantes para perfilar los bordes del caso fortuito y modificar la distribución de riesgos legal, destacándose en el trabajo los ejemplos prácticos.

A continuación se presentan dos artículos respecto de la cláusula penal. Bruno Caprile presenta las soluciones que la doctrina y la jurisprudencia han construido para hacer frente a la posible excesividad de la cláusula penal en el *leasing*; mientras que Andrés Erbetta revisa y comenta la jurisprudencia más reciente pertinente a cláusula penal en el contexto de relaciones arrendaticias de cosas. Enseguida, Carlos Peña trata el valor de las declaraciones y garantías que formulan las partes en un contrato, planteando los problemas derivados de su falsedad.

Otro de los grandes tópicos abordados a propósito del derecho de los contratos es su incumplimiento. En esta línea, Jorge Oviedo propone una revisión de los conceptos de “contrato” e “incumplimiento” para uniformar dogmáticamente los medios de tutela de los que dispone el acreedor. En segundo lugar, Juan Ignacio Contardo estudia la indemnización del lucro cesante en la Convención de Viena acerca de compraventa internacional de mercaderías. Rodrigo Barcía, a su vez, analiza la correlación entre la acción resolutoria y su prescripción, y la obligación incumplida y la acción de cumplimiento específico. Encontramos también el trabajo de Enrique Barros, que se pregunta por la comunicabilidad jurídica de contratos vinculados, en particular, en qué casos y bajo qué condiciones una parte de un contrato vinculado podría actuar contra quien no tiene vínculo contractual directo. Por último, Rodrigo Momberg se ocupa del régimen que debería regular los efectos de la terminación del contrato, analizando los Principios Unidroit en Contratos Comerciales Internacionales y la situación en el derecho chileno.

Culminando la sección, destacan ponencias de temas actuales y novedosos en la materia. En primer lugar, Francisco Rubio pretende delimitar el llamado “concurso con premio” de otras instituciones similares, estableciendo sus elementos esenciales y algunas ideas acerca de sus efectos ante el incumplimiento. Enseguida, Ruperto Pinochet analiza el desarrollo de la noción de conformidad, observando cómo se ha adecuado el derecho comunitario europeo para regular la nueva realidad de bienes y servicios digitales. Para finalizar, a partir de un caso hipotético de compraventa y transacción entre partes sofisticadas, Cristian Banfi se pregunta acerca de la extensión de la renuncia del comprador, la justificación de la ignorancia de errores contables y la corrección de precio erróneo.

III. RESPONSABILIDAD CIVIL

El apartado de Responsabilidad comienza con el artículo de Carlos Céspedes, quien a propósito de las opiniones del profesor Corral, aborda las indemnizaciones por afectación lícita de derechos y la antijuridicidad como requisito de la condena indemnizatoria. Luego, Claudia Mejías reflexiona acerca de la configuración de la causalidad en la responsabilidad contractual dependiendo de si se trata de una obligación de dar, hacer o no hacer. Por su parte, Carlos Pizarro analiza el perjuicio como el elemento que permite calificar una simulación como ilícita. Y, en relación con la función preventiva de la responsabilidad civil extracontractual, Alberto Pino se refiere al derecho de la víctima a obtener del agente dañador el reembolso de los gastos en que haya incurrido para prevenir la ocurrencia de daños.

Se destacan también varios análisis a la luz de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Fabián Elorriaga precisa algunas cuestiones relativas a la responsabilidad del primer vendedor y del constructor y su concurrencia en la reparación de daños. Luego, Cristián Aedo presenta un panorama de la génesis y de las normas actuales que regulan la responsabilidad por ruinas o daños en la construcción, así como los derivados de sus defectos. Y Pedro Zelaya profundiza en la naturaleza jurídica, alcance y criterios de atribución de responsabilidad civil por defectos o fallas en las edificaciones, en particular, ante la pluralidad de sujetos pasivos.

Siguiendo la tónica del libro, la sección expone trabajos que desarrollan temas contingentes y poco estudiados. En esta línea, Humberto Carrasco examina algunos aspectos de la responsabilidad civil en materia de protección de datos personales en el contexto del uso de inteligencia artificial. Los daños punitivos en el derecho del consumo es el tema de la ponencia de Gabriel Hernández y Sebastián Campos, donde, en específico, se tratan las hipótesis en las que los daños punitivos encuentran justificación.

El apartado finaliza con el trabajo de Renzo Munita que, a partir del análisis de una sentencia reciente de la Corte Suprema, discute acerca de la suspensión del plazo de prescripción de la acción de daños extracontractuales.

IV. PERSONA, FAMILIA Y SUCESIÓN

Siendo uno de los temas más discutidos por el profesor Corral, el apartado de derecho de la persona comienza con el artículo pertinente a derecho a la vida del *nasciturus* de Carmen Domínguez. La autora perfila el estatuto normativo del derecho a la vida del que está por nacer y defiende la necesidad de su tutela en el derecho chileno. Le sigue el trabajo de Carlos Peña, que explora la evolución sociológica de la familia y su correspondencia con la regulación normativa, sosteniendo una visión no estrictamente normativa del derecho de familia.

Las relaciones de cuidado son abordadas a propósito de los trabajos de Yasna Otárola, que releva la importancia de la familia para el bienestar de los niños, niñas y adolescentes y, en particular, el rol de las competencias parentales como factor protector; y de Susana Espada, quien demuestra la vigencia del principio de solidaridad familiar en el ordenamiento jurídico chileno y cómo de él se deriva el deber de cuidado intergeneracional respecto de los adultos mayores. Por su parte, la ponencia de Ian Henríquez precisa criterios que permiten delimitar la autonomía familiar frente a la injerencia del poder público estatal.

Otros artículos de la sección examinan discusiones emergentes en la jurisprudencia acerca de temas que parecen estar en una zona gris. En este sentido, Leonor Etcheverry y Susan Turner revisan los nuevos criterios que han seguido los tribunales nacionales para fijar el monto de la compensación económica, identificando como elementos relevantes la valoración del cuidado doméstico y la convivencia previa al matrimonio. Por su parte, en materia filiativa, Maricruz Gómez de la Torre observa que el hijo y el padre tendrían un tratamiento asimétrico respecto de la acción de nulidad del reconocimiento, principalmente debido a la contabilización del plazo que la ley le otorga al padre para interponer la acción.

En lo referente a sucesiones, encontramos el artículo de María Sara Rodríguez, quien, por medio del análisis de casos judiciales, problematiza los estándares probatorios de las causales de desheredamiento e indignidad sucesoria entre cónyuges. Por último, Marcelo Nasser aborda la regulación de la vivienda familiar y su adjudicación por causa de muerte durante la historia legislativa chilena con especial referencia al hogar obrero.

V. DERECHO COMERCIAL

La obra en comento cierra con un capítulo especial referente a materias propias del Derecho Comercial, en el que se presenta, en primer lugar, el trabajo de Enrique Alcalde. El autor analiza la posibilidad de aplicar la sanción de exclusión a un socio de una Sociedad Anónima, fuera de los casos específicamente previstos por el legislador o los estatutos sociales, postulando que dicha sanción puede ser consecuencia de la aplicación de las reglas generales de derecho civil patrimonial. A continuación, Osvaldo Lagos reflexiona acerca de la necesidad de concebir al derecho comercial como distinto del derecho civil en Chile.

En definitiva, se trata de un libro homenaje genuino y a la altura de lo que representa el profesor Hernán Corral para el derecho chileno. En lo personal, reconozco que suelo disentir de sus –siempre controvertidas– opiniones, lo que lejos de ser un obstáculo, ha resultado una fuente constante de estímulo intelectual, motivando la reflexión y el pensamiento crítico. No me cabe duda de que esta obra será la primera de muchas, y que vendrán otros merecidos reconocimientos a la huella que ha dejado el profesor Corral en todos los rincones de la disciplina.

*Paula Catalina Vásquez Rodríguez**

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Becaria de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo-Subdirección de Capital Humano/Beca Doctorado Nacional/año 2021-folio n.º 21210555, en el programa de Doctorado en Derecho, mención Constitucionalismo y Derecho, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: paula.vasquez@uach.cl.

Instrucciones para autores/as

1. *Política editorial*

- a. *Origen y finalidad de la revista.* La *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* o *Revista de Derecho (Valdivia)* es una revista de estudios generales de Derecho fundada en 1990, que se publica en formato impreso y digital. Su objeto es contribuir al desarrollo de las ciencias jurídicas.

El pluralismo es uno de los valores que inspiran a la revista y su línea editorial se declara aconfesional, no existiendo vinculaciones con ningún tipo de religión, credo, filosofía, doctrina o movimiento político que condicionen la publicación de trabajos por razones ideológicas o morales.

La revista se compone de tres secciones: Investigaciones, Jurisprudencia comentada y Reseñas.

En el desarrollo de su labor está comprometida con los más altos estándares académicos y con el pleno respeto a las normas éticas generalmente aceptadas en las publicaciones científicas.

- b. *Enfoque y alcance de la revista.* La revista es una publicación científica de estudios generales de Derecho que tiene por objeto contribuir al desarrollo tanto de las ciencias del Derecho como de la dogmática jurídica, promoviendo la discusión crítica de temas relevantes.

Para ello recibe investigaciones inéditas que aborden un problema jurídico en cualquiera de las ramas del Derecho, planteando una idea central o hipótesis que permita el desarrollo de una argumentación racional. Dichas contribuciones son sometidas a arbitraje bajo el sistema de “doble ciego”. Además, recibe comentarios de jurisprudencia de interés y reseñas de libros recientemente publicados, trabajos que serán revisados por el Consejo Editorial.

Está abierta a toda la comunidad jurídica nacional e internacional, especialmente a la hispanoamericana, recibiendo contribuciones inéditas en todas las áreas del saber jurídico, de manera de responder a los requerimientos teóricos o prácticos de académicos, abogados, jueces y, en general, de cualquier operador jurídico.

- c. *Acceso y cargos de procesamiento de artículos.* La *Revista de Derecho (Valdivia)* es una publicación de acceso abierto y, por consiguiente, todo su contenido está disponible para los lectores de manera gratuita y sin necesidad de suscripción.

Los costos de la edición de artículos son asumidos íntegramente por la Universidad Austral de Chile, de modo que los autores/as no deberán soportar ningún cargo de procesamiento de los mismos, ni asociados a su envío ni a su publicación.

2. *Envío de manuscritos*

- a. *Temporadas.* Existen dos temporadas de recepción de trabajos: (i) desde el 2 de enero y hasta el 30 de abril; y (ii) desde el 16 de julio hasta el 30 de octubre. Solo serán sometidos al procedimiento de evaluación los trabajos enviados dentro de temporada.

- b. *Dirección electrónica y copia sin marcas de autoría.* Toda colaboración debe ser enviada por nuestra plataforma de Open Journal Systems, disponible en la página web www.revista-derechovaldivia.cl. Tanto en el archivo respectivo como en el texto mismo no debe figurar ni el nombre del autor ni cualquier otro rastro de su autoría, de manera que pueda ser utilizado para los respectivos arbitrajes ciegos.

- c. *Compromiso.* El envío de una colaboración a la Revista conlleva el conocimiento y aceptación completa de las presentes instrucciones. Quien envíe a la Revista un trabajo para su

publicación, deberá firmar y adjuntar al mismo un compromiso de autoría, el que podrá descargar de la página web de la Revista. Mediante este documento se acepta todo lo indicado en las presentes normas editoriales y en las directrices éticas adoptadas por la Revista.

3. *Colaboración original y autoría*

- a. *Coautorías.* La autoría se limita únicamente a quienes han realizado una colaboración sustancial. No serán admitidas colaboraciones firmadas por más de tres autores/as.
- b. *Colaboración inédita.* Todo trabajo sometido a la consideración de esta Revista debe ser inédito, es decir, no se debe encontrar publicado previamente, sea total o parcialmente, por medios físicos o digitales (incluidas las plataformas del tipo Academia.edu). Tampoco puede estar siendo evaluado por alguna otra revista, ni pendiente de aceptación o publicación.
- c. *Traducciones.* Se considerarán inéditos los trabajos escritos en idioma extranjero que se encuentren publicados y que se traduzcan por primera vez al español, ya sea por el propio autor/a o por un tercero, siempre que el Consejo Editorial así lo califique en atención a la relevancia del trabajo traducido. El interesado deberá requerir esta autorización al Consejo Editorial antes del envío del trabajo.
- d. *Tesis.* En caso que la colaboración derive de un trabajo académico anterior, como por ejemplo de una tesis de pregrado, magíster o doctorado, dicha circunstancia debe ser explícitamente señalada por el autor/a en una nota a pie de página inicial.

4. *Presentación*

Sección Investigaciones:

- a. *Título.* El autor/a titulará su artículo, tanto en español como en inglés, de la forma más breve posible (con un máximo de 20 palabras).
- b. *Resumen.* El artículo contendrá al inicio un resumen en español e inglés que proporcione una idea precisa de su contenido. El resumen no podrá exceder de las 200 palabras.
- c. *Palabras clave.* El artículo consignará a continuación del título, en español e inglés, de 3 conceptos clave referidos al contenido del trabajo.
- d. *Límite de palabras.* Los artículos no podrán tener una extensión superior a 10.000 palabras, incluidas las notas a pie de página y la bibliografía final.

Sección Jurisprudencia comentada:

- a. *Título.* El autor/a titulará su comentario de la forma más breve posible, aludiendo al tema del fallo (con un máximo de 20 palabras) y seguido de la mención del tribunal que lo dictó.
- b. *Fallo.* Transcripción de la sentencia comentada o de un extracto de él, con indicación de su fecha.
- c. *Límite de palabras.* La *jurisprudencia comentada* no deberá superar las 2.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 10, con referencia bibliográfica completa) y excluido el contenido del fallo. No requieren bibliografía final.

Sección Recensiones:

- a. *Encabezado.* La recensión se iniciará con la mención de los datos del libro reseñado en el siguiente orden: autor/a, título, país, editorial, año y número de páginas.
- b. *Límite de palabras.* Las *recensiones* no podrán extenderse a más de 1.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 5, con referencia bibliográfica completa). No requieren bibliografía final.

5. *Contenido*

- a. *Fuente, caja, interlineado y énfasis.* Los trabajos deben estar escritos en idioma español, en páginas tamaño carta, tipografía Times New Roman, cuerpo 12, a espacio y medio. El

- uso de la cursiva está únicamente reservado para las palabras o expresiones de otro idioma (incluidos extranjerismos y latinismos crudos) y los títulos de obras de creación.
- b. *Subtítulos.* El cuerpo del trabajo se dividirá en secciones numeradas con romanos. Cada párrafo podrá nuevamente ser dividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de un punto. Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los párrafos, cada una de ellas será señalada con letras con paréntesis final. Por ejemplo: I 1. a) y así sucesivamente.
 - c. *Citas textuales.* Las citas textuales de más de cinco líneas deben estar separadas del escrito, pero con la misma fuente, sin cursivas y una mayor sangría.
 - d. *Notas a pie de página.* Las notas al texto y las citas bibliográficas deberán ser realizadas al pie de cada página, en tipografía Times New Roman, cuerpo 10, a espacio y medio. Las primeras, en su carácter explicativo, deben estar limitadas a lo estrictamente necesario en número y contenido. Por su parte, las segundas, en su carácter bibliográfico, deben cumplir las normas que siguen.
6. *Citas a pie de página*
- a. Las citas bibliográficas a pie de página se ordenarán de la siguiente manera: primer apellido del autor en versalitas, año de publicación de la obra (cuando el autor tenga varias obras publicadas en un mismo año se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c,...) y el número de página. Ejemplo:
Obras con un autor: WELZEL, 1969, p. 105.
Obras con dos autores: ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 2015, p. 50.
Obras con más de dos autores: LACRUZ *et al.*, 2006, pp. 67-69.
Obra con autor institucional: INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976, pp. 879 y ss.
Dos o más obras del mismo autor y año de publicación: GUZMÁN, 2010a, p. 30 y GUZMÁN, 2010b, pp. 100-101.
 - b. Las citas de normas jurídicas a pie de página indicarán: la norma citada o el número de la ley y su año de publicación. Ejemplos:
Ley 20.422, 2010.
Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, 1994.
 - c. Las citas de jurisprudencia (judicial o administrativa) contendrán: tribunal, fecha y rol. Ejemplos:
Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29.7.2010, rol 245-2010.
Tribunal Constitucional, 1.12.2016, rol 2938-15.
Contraloría General de la República, 28.11.2016, N° 085700N16.
7. *Referencias completas al final del trabajo*
- a. Las referencias de la bibliografía citada se incluirán en orden alfabético bajo "Bibliografía". Ejemplos:
Libro:
WELZEL, Hans, 1969: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin: Walter de Grueter & Co.
BENTHAM, JEREMY, 1996: *An introduction to the principles of morals and legislation* (edits. J.H. Burns y H.L.A. Hart), Oxford, Clarendon Press.
ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 2015, *Sistemas normativos* (2° edición), Buenos Aires: Editorial Astrea.
LACRUZ, J., SANCHO, F., LUNA, A., DELGADO, J., RIVERA, F., y RAMS, J., 2006: *Elementos de derecho civil I. Parte general* (4° edición), Tomo I, Madrid, Dykinson.
INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976: *Parliaments of the world. A comparative reference compendium* (2° edición), Tomo I, New York, Facts on File Publications.

Libro traducido:

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, 1981: *Curso elemental de derecho civil* (trad.), Revista General de Legislación y Jurisprudencia (2º edición francesa), Tomo IV, Madrid, Reus, S.A.

Capítulo de libro:

VON SAVIGNY, Friedrich, 1994: "Sobre el fin de la revista de la escuela histórica" (trad. R. Atard), en José Juan Moreso y Pompeu Casanova (editores), *El ámbito de los jurídico*, Barcelona, Crítica, pp. 22-31 ["Über den Zweck dieser Zeitschrift" [1815], en *Tribut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1973, pp. 231-254].

Artículo de revista:

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, 2015: "El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, Nº 2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200011>

Documento en formato electrónico:

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, 2015: "Los créditos legalmente pospuestos en la Ley 20.720", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, Nº 2, pp. 91-116. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200006>

Tesis:

PRAT CHACÓN, Arturo, 1876: *Observaciones a la lei electoral vijente*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, leída ante la Comisión Universitaria de la Corte Suprema. Disponible en <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-7887.html>

Informe en derecho:

AYLWIN OYARZÚN, José y YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy, 2015: "Propiedad ancestral indígena sobre las aguas". Informe en Derecho. Disponible en <http://www.cepal.org/drni/proyectos/walir/doc/walir47.pdf>

- b. Las referencias de las normas jurídicas citadas se incluirán en orden cronológico, bajo "Normas jurídicas" y a continuación de la "Bibliografía".

Ejemplos:

Ley 20.422, Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, publicada el 10 de febrero de 2010.

Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños, adoptada el 25 de octubre de 1980. Publicada en Chile el 17 de junio de 1994.

Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín 3815-07.

- c. Las referencias a la jurisprudencia citada se incluirán en orden cronológico, bajo "Jurisprudencia" y a continuación de "Normas jurídicas".

Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 29 de julio de 2010, rol 245-2010.

Tribunal Constitucional, sentencia de 1 de diciembre de 2016, rol 2938-15.

Contraloría General de la República, dictamen de 28 de noviembre de 2016, dictamen 085700N16.

8. *Evaluación**Sección Investigaciones*

- a. *Procedimiento de arbitraje y resultados.* Una vez que el trabajo sea admitido por cumplir con los requisitos formales establecidos en estas instrucciones, se iniciará el proceso de arbitraje. El arbitraje se realizará por dos evaluadores expertos del área y, en caso de discrepancia, se recurrirá al juicio de un tercer evaluador. En todo arbitraje se aplicará el sistema doble ciego (los árbitros no conocerán el nombre del autor del trabajo y el autor no conocerá el nombre de los árbitros). De acuerdo con el resultado del arbitraje, la Re-

vista decidirá si acepta o rechaza la publicación del trabajo, pudiendo sugerir al autor la realización de cambios en el mismo. Dicho resultado se comunicará al autor a más tardar el 15 de julio, en la primera temporada, y el 15 de enero, en la segunda.

- b. *Pauta de arbitraje.* La pauta de arbitraje aplicada refiere a los siguientes aspectos: i) calidad y propiedad en el uso del lenguaje jurídico, así como de la exposición de las ideas y de la construcción de los argumentos; ii) existencia de un planteamiento ordenado y coherente de un problema jurídico; iii) claridad y originalidad de la tesis o planteamiento del autor; y iv) si el trabajo denota un conocimiento actualizado y sólido del saber jurídico, constituyendo un aporte novedoso o interesante al conocimiento jurídico.

Los árbitros deberán indicar si recomiendan al Consejo Editorial la publicación del trabajo sin observaciones, con observaciones menores o formales, o previas modificaciones sustantivas del autor; o si, por el contrario, no recomiendan su publicación, sea porque requeriría modificaciones sustantivas de tal entidad que implicarían su reelaboración o porque carece de la novedad o interés exigidos.

- c. *Criterios de exclusión.* En cualquier caso, serán criterios excluyentes para la admisión de los trabajos: i) no cumplir con el enfoque o alcance de la Revista o no incidir en su ámbito disciplinar; ii) no cumplir con las condiciones formales y de citas adoptadas por la Revista; iii) no enviar el trabajo por medio de la plataforma establecida; iv) no mediar un período de dos años contado desde la última publicación en esta Revista de un trabajo del mismo autor/a (como autor/a único o en coautoría); y v) enviar un trabajo con algún registro de autoría o que vulnere las directrices éticas de la Revista.

Sección Jurisprudencia comentada y Recensiones

- a. *Procedimiento de revisión y resultados.* Una vez que el trabajo sea admitido por cumplir con los requisitos formales establecidos en estas instrucciones, pasará a la revisión por parte del Consejo Editorial quien decidirá acerca de su publicación según criterios de interés del tema abordado por el fallo o libro, fecha de su publicación, calidad de la redacción y uso idiomático.

- b. *Criterios de exclusión.* i) no cumplir con el enfoque o alcance de la Revista o no incidir en su ámbito disciplinar; ii) no cumplir con las condiciones formales y de citas adoptadas por la Revista; iii) no enviar el trabajo por medio de la plataforma establecida; iv) haber transcurrido más de dos años desde la dictación del fallo o desde la publicación del libro (contados desde el envío del trabajo) y v) enviar un trabajo con algún registro de autoría o que vulnere las directrices éticas de la Revista.

9. *Aceptación o rechazo*

Siempre que no se acepte la publicación de algún trabajo por parte del Consejo Editorial se informará al autor/a respecto de esta decisión, dando cuenta justificada de ella.

La *Revista de Derecho (Valdivia)* se reserva el derecho de decidir respecto de la efectiva publicación de los trabajos arbitrados y, en su caso, el volumen y número específico en que se publicarán.

10. *Declaración de privacidad*

Los nombres y direcciones de correo de los autores/as se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta Revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito o persona.

11. *Directivas éticas y declaración de malas prácticas*

Las directrices éticas, declaración de malas prácticas, deberes, procedimientos y sanciones acogidas por la Revista y declaradas en "Ética de la publicación" (disponible en www.revistaderechovaldivia.cl) deben ser respetadas por todos los intervinientes en el proceso editorial y, para todos los efectos prácticos, se entienden formar parte de las presentes Instrucciones.

12. *Derechos y responsabilidad del autor*

Una vez admitido para publicación el trabajo, se entiende que el autor/a cede a la Revista los derechos de reproducción del mismo, conservando la plena propiedad de la obra. En consecuencia, cualquier nueva publicación del trabajo, sea esta total o parcial, en papel o mediante alguna plataforma electrónica requerirá la autorización expresa de la Revista. Por su parte, el autor/a tendrá derecho a ser identificado como tal en todas y cada una de las publicaciones que de ella haga la Revista.

La publicación del trabajo se entiende hecha bajo licencia Creative Commons (CC) BY-NC-ND 4.0.

La responsabilidad derivada de cualquier infracción a las leyes de propiedad intelectual o industrial relacionadas con el contenido o la autoría del trabajo corresponderá exclusivamente al autor/a en su calidad de dueño de la obra.

INVESTIGACIONES

DERECHO PRIVADO

El deber de profesionalidad del proveedor: contenido y parámetros objetivos. María Paz Gatica Rodríguez, María Elisa Morales Ortiz

Crítica a la costumbre jurídica. Jaime Tijmes Ihl

La regulación de las relaciones de trabajo en Chile frente a los desafíos de conciliación laboral y familiar. Irene Rojas Miño

Los deberes de cuidado de directores y ejecutivos de sociedades anónimas en Chile y su *enforcement*. Osvaldo Lagos Villarreal, Javier Wilenmann von Bernath

DERECHO CONSTITUCIONAL

Derecho propio indígena y derechos de las mujeres. Jurisprudencia y consulta indígena respecto de la derogación de los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua. Amaya Alvez Marín, Nicolás Díaz Carrillo, Florencia Alvez Marín

DERECHO ADMINISTRATIVO

El derecho a la asistencia letrada ante la Administración Pública: un derecho reconocido pero no asegurado. Alejandro Cárcamo Righetti

DERECHO PROCESAL

Fundamentos de lo contencioso administrativo laboral. Nicolás Humeres Guajardo

Tutela judicial efectiva y poderes del juez en el contencioso administrativo. Cristófer Rufatt Núñez

DERECHO PENAL

Problemas operativos de la retractación de la víctima como causal de reproducción o lectura de declaraciones anteriores. Agustina Alvarado Urizar

Revocación de la libertad condicional: alcance y sentido de la causal de incumplimiento injustificado del plan de intervención. Álvaro Castro Morales, Lautaro Carmona Chaimovich

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Contratación pública e implementación de políticas públicas, a propósito de las inhabilidades del artículo 4º de la Ley Nº 19.886 (Tribunal Constitucional). Matías Villaruel Flores

Obligación de comparecencia personal de los acusados en el contexto de un juicio oral de larga duración (Tribunal Constitucional). Benjamín Gutiérrez Laurie

La plena jurisdicción en el proceso contencioso-administrativo: análisis probatorio y prescripción (Corte Superior de Justicia de Lima). Bruno Ramos Huaytalla, Rolando García Castillo

El principio protector y el procedimiento laboral en los tribunales superiores. Una relectura (Corte Suprema). Diego Valdés Quinteros

Cobro de facturas y protección de la apariencia (Corte Suprema). Javier Narváz Fuentes

RECENSIÓN

Carmen Domínguez Hidalgo (Directora). Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Hernán Corral Talciani. Recensión de Paula Vásquez Rodríguez