

# Acceso a la justicia, igualdad ante la ley y el término del *solve et repete*: un valioso cambio en la jurisprudencia del tribunal constitucional



EDESIO CARRASCO QUIROGA<sup>1</sup>

## RESUMEN

*El trabajo comenta la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 1 de julio de 2008 (Rol N° 946 – 2007), recaída sobre el inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, que establece que para reclamar judicialmente una multa impuesta por la Dirección del Trabajo, se debe previamente pagar una tercera parte de ella. A juicio del Tribunal Constitucional, dicha regla, conocida también como *Solve et repete*, atenta contra el derecho al acceso a la justicia consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. El autor destaca lo positivo de la sentencia en orden a reconocer y no limitar derechos a las personas. Asimismo, señala que la norma objeto de la controversia no solo atenta contra la garantía antes señalada, sino contra la igualdad de los litigantes en el proceso, lo que la Constitución también reconoce. Al terminar el artículo, el autor advierte sobre los riesgos de la inestable jurisprudencia previa al 2008 en materia de *Solve et repete* y comenta las oportunidades que se abren con esta sentencia para fijar un criterio unificador que logre eliminar aquellos resabios de esta regla que quedan dispersos por nuestro ordenamiento jurídico.*

## SUMARIO

I. Introducción. II. Síntesis de la sentencia a comentar. 2.1 Norma objeto de la controversia. 2.2. Argumentos del requirente. 2.3. Argumentos de la Dirección del Trabajo. 2.4. El Fallo. III. Comentario. 3.1 El fortalecimiento del derecho al acceso a la justicia. 3.2. La protección de la igualdad ante la ley y el término de un privilegio estatal. 3.3. Un nuevo criterio interpretativo y sus eventuales futuros alcances. IV. Conclusiones. Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

Durante el año 2008 importantes fallos emanados por parte del Tribunal Constitucional (el “TC”) generaron una ardua discusión pública respecto a los alcances de las sentencias de dicho órgano. Asuntos tan disímiles como la constitucionalidad de una carga pública para el ejercicio de una profesión<sup>2</sup>; los límites a los que está sujeta una

<sup>1</sup> Abogado y Profesor Ayudante de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master of Law LLM (c) Universidad de Berkeley.

<sup>2</sup> Sentencia del TC, Rol N° 755/2007, de 11 de abril de 2008. Vid. ORELLANA (2008).

institución privada de salud para aumentar los planes de salud de sus afiliados<sup>3</sup> o los alcances de la reserva legal, tanto en la regulación del derecho a la vida<sup>4</sup> como en la definición de los márgenes a los que está sujeto el Estado al contraer créditos para financiar una política pública<sup>5</sup>, fueron temas que acapararon por meses la discusión jurídica y política del país.

Sin embargo, pese a lo relevante de los asuntos discutidos y de las sentencias del TC que resolvieron estos y otros asuntos de connotación pública durante el 2008, otros fallos, de menor exposición mediática, pero de idéntica importancia, también sentenciaron asuntos que merecen un comentario. Esta es la situación de cinco sentencias (Rol N° 792/2007, N° 946/2007, N° 968/2007 N° 1046/2008 y N° 1061/2008) pronunciadas entre enero y agosto de 2008 que declararon inaplicables normas del Código Sanitario (la parte final del artículo 171) y del Trabajo (inciso tercero del artículo 474, hoy artículo 503) que establecen que para reclamar judicialmente de una multa impuesta por la autoridad administrativa respectiva, debe consignarse, previamente, de manera total o parcial, la multa para que la posterior reclamación judicial pueda ser declarada admisible ante el juez de letras competente.

En dichas sentencias, derechos como el acceso a la justicia, la igualdad ante la ley y el derecho a recurrir judicialmente ante las resoluciones de la Administración, todos derechos reconocidos constitucionalmente, cobran especial relevancia a la hora de revisar las motivaciones que llevaron al TC a declarar inaplicables las normas previamente citadas. Por la cantidad y la extensión de los fallos, pero principalmente por la riqueza de sus fuentes y de su doctrina, comentaremos la sentencia Rol N° 946/2007, de 1 de julio de 2008, que adquiere la calidad de *leading case* para este artículo pues sintetiza y resuelve, de buena forma, el conflicto constitucional que se comenta.

El fallo, al igual que las otras sentencias citadas, emana de la atribución que tiene el TC para examinar, en virtud del artículo 93 inciso primero, N° 6, de la Constitución Política ("CP"), "la constitucionali-

<sup>3</sup> Sentencia del TC, Rol N° 976/2007, de 26 de junio de 2008. Vid. SOTO (2008).

<sup>4</sup> Sentencia del TC, Rol N° 740/2007, de 18 de abril de 2008. Vid. DELAVEAU (2008) y ZAPATA (2008). pp. 539-563.

<sup>5</sup> Sentencias del TC, Rol N° 1035/2008 de 22 de mayo y Rol N° 1153/2008 de 30 de septiembre, ambas de 2008. Respecto de la primera de ellas, vid. ZAPATA (2008). pp. 493-496.

dad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial, por cualquiera de las partes, resulte contrario a la Constitución”<sup>6</sup>. Es decir, el TC conoce en este caso de una acción de inaplicabilidad en contra de la aplicación de una norma legal específica que es parte de una gestión judicial, que resulta aplicable al caso concreto y que es, si así lo estima el TC, contraria a la CP.

En el fallo que se comenta, el TC, resolviendo en virtud de un requerimiento de inaplicabilidad interpuesto por la sociedad FM Seguridad S.A. en contra del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, reconoce vulnerado un derecho especialmente sensible para el ejercicio del resto de los derechos fundamentales: el derecho a la acción o tutela judicial que el inciso primero del artículo 19 N° 3 de la CP reconoce y ampara. Asimismo, el TC, pese a que no se refiere expresamente a dicha garantía, empatiza ante la desigualdad *en* la ley sufrida por el requirente en la aplicación de la norma y su decisión cambia positivamente la jurisprudencia que había exhibido en años anteriores.

El trabajo que a continuación se desarrolla, expone una síntesis de los alegatos esgrimidos por la sociedad requirente y la Dirección del Trabajo, identifica el conflicto central y explica los argumentos más relevantes en los que se apoya el TC para declarar la inaplicabilidad del inciso tercero de la norma citada. Luego comenta la sentencia haciendo especial mención tanto a las garantías reconocidas, expresa y tácitamente, por medio de ella (derecho a la acción e igualdad ante la ley), como el avance que significa el cambio jurisprudencial que esta y las otras sentencias previamente señaladas, generan y su eventual impacto en el diseño de futuras políticas públicas. Se termina con las conclusiones de rigor.

## II. SINTESIS DE LA SENTENCIA A COMENTAR

### 2.1. Norma objeto de la controversia

El inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo establece lo siguiente:

“La resolución que aplique la multa administrativa será reclamable ante el Juez de Letras del Trabajo, dentro de quince días de notificada por un funcio-

<sup>6</sup> Sentencia del TC, Rol N° 501/2006 de 17 de agosto de 2006. Considerando 4°.

nario de la Dirección del Trabajo o de Carabineros de Chile, previa consignación de la tercera parte de la multa”<sup>7,8</sup>.

## 2.2. Argumentos del requirente

A juicio del requirente, la norma recién transcrita presentaba los siguientes vicios de constitucionalidad<sup>9</sup>:

En primer lugar, sería contraria al artículo 19 N° 3 inciso primero de la CP, que asegura a toda persona “la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”, pues se vulneraría el denominado “derecho a la acción” que la norma constitucional reconoce.

Asimismo, sería contraria al artículo 19 N° 2 de la CP, al establecer una diferencia arbitraria en desmedro de la sociedad requirente, pues se plantea un obstáculo o restricción que limita, en su esencia, su derecho a la defensa jurídica, contrariando el N° 26 del artículo 19 de la CP. Señala que se habría creado por parte del legislador una situación “fáctica injustificable para acceder a un pronunciamiento judicial”, vinculando –la norma objetada– el derecho a la acción con una determinada capacidad económica para reclamar judicialmente de la multa.

Termina la sociedad requirente añadiendo a sus argumentos que la norma del Código del Trabajo citada se opondría, también, al principio de inexcusabilidad que los artículos 76 y siguientes de la CP reconocen. A su entender, habiéndose reclamado en forma legal la intervención del Juez del Trabajo, este se habría excusado haciendo

<sup>7</sup> Este artículo fue modificado por medio de la Ley N° 20.087, de 3 de enero de 2006, que sustituyó el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. Dicho cuerpo normativo, en el N° 17 de su artículo único, modificado luego por la Ley N° 20.260, sustituyó el artículo 474 del Código del Trabajo por el artículo 503, cuyo inciso tercero no establece la exigencia de una consignación previa para reclamar judicialmente de una multa impuesta por la Dirección del Trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, la reforma comentada, sujeta a la gradualidad de su implementación, a la fecha de la interposición del requerimiento, no había comenzado a operar en la Región Metropolitana.

<sup>8</sup> Por su parte, el artículo 171 del Código Sanitario dispone lo siguiente: “Artículo 171. De las sanciones aplicadas por el Servicio Nacional de Salud podrá reclamarse ante la justicia ordinaria civil, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, reclamo que se tramitará en forma breve y sumaria. Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”.

<sup>9</sup> El requerimiento se gatilla a raíz de la resolución del 8° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago que con fecha 31 de agosto de 2007, ante el no pago de la multa impuesta por la Dirección Regional del Trabajo en contra de la sociedad FM Seguridad S.A., pese a su reclamo judicial, dispuso en la causa Rol 757-2007 que: “Previo a resolver, acompañese comprobante de consignación del tercio de la multa”.

aplicable una norma inconstitucional y olvidando que su pronunciamiento debe efectuarse aún cuando no exista ley aplicable al caso<sup>10,11</sup>.

### 2.3. Argumentos de la Dirección del Trabajo

Por su parte, el organismo administrativo afirmó que en la especie no existiría un proceso o gestión judicial, ya que lo que se intentaba ante el juzgado competente era una simple acción de reclamo de multa administrativa, la que no tendría, en sí misma, el mérito de “poner en movimiento” la jurisdicción, más aún si todavía no había sido proveída, concluyendo que el requirente no puede ser calificado como parte en el juicio.

Alega, además, que lo que impugna el requirente sería un requisito previo para poder ejercer la acción de reclamo de multa administrativa, no pudiendo ser calificada dicha exigencia como decisiva para la resolución de ningún asunto litigioso. De esta forma, a juicio del organismo la eventual declaración de inaplicabilidad sería irrelevante para la resolución del asunto sometido a conocimiento del TC.

Luego, la Dirección del Trabajo agrega las razones por las cuales el legislador habría establecido la consignación previa que es objeto del reclamo, argumentando que esta tiene por finalidad “asegurar” los resultados del juicio; darle “seriedad” a la reclamación judicial; que la multa sea “conocida” de antemano por todo “actor laboral” en virtud del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo; que la exigencia de la multa no establezca una diferencia arbitraria, pues siempre se aplica sin distingos; y que se evite que las multas pierdan eficacia tanto en su aplicación como en su oportunidad.

Termina el organismo, después de citar jurisprudencia al respecto que apoya sus planteamientos<sup>12</sup> y de puntualizar que el inciso tercero del

<sup>10</sup> En la causa Rol N° 792 – 2007, el requirente fue más allá al indicar que como efecto del no pago de la multa que establece el artículo 171 del Código Sanitario, por vía de sustitución y apremio, el infractor sufre un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual que comprende dicha sanción, generándose una presión y una desproporcionalidad indebida sobre los sujetos multados, solicitando, asimismo, que TC declarase inaplicables los artículos 168 y 169 del mencionado Código.

<sup>11</sup> Por su parte, en la causa Rol N° 1046 – 2008, el requirente argumentó que ante el pago del 100% de la multa que el Código Sanitario exige en su artículo 171, se impone “una carga irracional a quienes requieren el ejercicio de la jurisdicción”.

<sup>12</sup> Sentencia del TC, Rol N° 92/1989, de 15 de enero de 1990; Sentencia del TC, Rol N° 287/1999, de 27 de mayo de 1999; y, Sentencia del TC, Rol N° 546/2006, de 17 de noviembre de 2006.

artículo 474 del Código del Trabajo se inserta dentro del llamado “orden público laboral”, señalando que la consignación previa exigida por la norma requerida sería una “ramificación del característico rasgo de ejecutoriedad que revisten los actos administrativos, en cuya virtud tal clase de decisiones son ejecutables directamente por el órgano que las expidió, sin necesidad de previa refrendación de la autoridad judicial”, tal como lo establece el artículo 3° de la Ley N° 19.880, sobre bases del procedimiento administrativo<sup>13</sup>.

#### 2.4. El Fallo

Con fecha 1 de julio de 2008, en el requerimiento por inaplicabilidad, causa Rol N° 946 – 2007, el TC, luego de dedicar los primeros diecisiete considerandos a justificar la admisibilidad de la acción deducida por el requirente, rechazando la tesis restrictiva sostenida por la Dirección del Trabajo<sup>14</sup>, entra de lleno al fondo del asunto sometido a su conocimiento. En un fundamentado y correcto fallo redactado por el ministro Marcelo Venegas Palacios, el TC declara la inaplicabilidad del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo desarrollando su argumentación en base a la siguiente estructura argumental: Primero explica, en base a doctrina nacional y extranjera, el privilegio procesal del *Solve et repete*. A continuación, constata la modificación legislativa que suprimió el precepto legal impugnado, y luego analiza el *Solve et repete* ante la igual protec-

<sup>13</sup> En la causa Rol N° 1061 – 2008, el Instituto de Salud Pública señaló además que el artículo 171 del Código Sanitario no afecta el contenido esencial del derecho al acceso a la justicia, pues este sería “realizable, pero en el marco previsto por la ley, en este caso, el Código Sanitario”, el cual “garantiza la eficacia de la actuación de la autoridad administrativa sanitaria, evitando reclamos dilatorios, que eventualmente pueden lesionar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos”.

<sup>14</sup> A juicio del TC, “habiéndose presentado la demanda –acto de impulso procesal que contiene generalmente el ejercicio de la acción y siempre la pretensión del actor (JUAN COLOMBO, Los actos procesales, Ed. Jurídica, 1997, Tomo I, pág. 69)– mediante la presentación del reclamo ante el tribunal competente, este no le ha puesto término por resolución con efecto de cosa juzgada, resultando indiferente para los efectos de la admisibilidad de la acción constitucional que la gestión se encuentre momentáneamente estática”. Considerando 12°. Para el TC, el precepto impugnado no solo resulta decisivo para resolver “un asunto”, sino que ese “asunto”, es “nada menos que la posibilidad procesal de que el juez pueda o no dictar la resolución que se pronuncia sobre la demanda del actor, resolución que, en definitiva, es el acto procesal que pone en marcha el proceso, que, como se ha dicho, es el mecanismo legítimo de solución de los conflictos y a través del cual se concreta la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales. De aceptarse la pretensión del Director Regional del Trabajo, ese precepto legal quedaría exento de todo control de constitucionalidad, conclusión que resulta a todas luces inadmisibles al tenor de lo establecido en el artículo 6° de la Constitución (...)” Considerando 16°.

ción de la ley en el ejercicio libre de los derechos. Termina el fallo con la prevención del ministro Correa Sutil y la disidencia del ministro Fernández Fredes.

Al revisar lo dictaminado por el TC, se aprecia que el tribunal desde un comienzo muestra su disconformidad con la regla del *Solve et repete* (paga primero y después reclama). A partir del considerando vigésimo, y citando respetada doctrina nacional y extranjera al efecto, el tribunal califica de “privilegio procesal” al denominar esta figura en nuestro ordenamiento jurídico. Así, plegándose a las palabras de Ferrada, señala que el *Solve et repete* “implica un condicionamiento de la admisibilidad de los reclamos administrativos o las acciones contencioso-administrativas en contra de multas u otras obligaciones dinerarias declaradas a favor de la Administración, al pago previo de estas o de una fracción de ellas, por parte del particular afectado, tratándose, en el fondo, de una limitación material a los particulares al acceso a la jurisdicción, fundada en la rigurosidad en el uso de las vías procedimentales de reclamo contra la Administración”<sup>15</sup>. Para reforzar su argumento, el TC cita a Silva Cimma quien manifiesta que el principio del *Solve et repete* ya desde 1959 “no puede tener aplicación integral”<sup>16</sup> y al profesor Soto Kloss, quien lo tilda como un privilegio “arbitrario absolutista”<sup>17</sup>.

Luego, el TC continúa citando doctrina extranjera, particularmente española, la que denomina al *Solve et repete* como un “requisito esencialmente anacrónico y prácticamente inútil”, pues tal como señala De Mendizábal, esta regla no solo es ajena a las exigencias “inmanentes a la organización administrativa, sino que resulta contrario al principio de igualdad consagrado tradicionalmente en todas nuestras Leyes constitucionales –españolas– desde 1812 hasta hoy. Efectivamente, infringe tal principio fundamental en dos de su facetas: 1) En la esfera procesal destruye el inestable equilibrio de las partes litigantes (...). 2) Significa, además, una discriminación en perjuicio de los económicamente débiles. El previo pago significa un mayor gravamen para el ciudadano menos afortunado (...)”<sup>18</sup>. Más adelante el fallo cita otros autores españoles, entre ellos a Garrido, quien sostiene que la norma del *Solve et repete* constituye un “injustificado privilegio administrativo (...)” que implica una “clara denegación de

<sup>15</sup> FERRADA (2007). p. 84. Considerando 20°.

<sup>16</sup> SILVA CIMMA (1995). pp.104 -105.

<sup>17</sup> SOTO KLOSS (2006). p. 199.

<sup>18</sup> DE MENDIZÁBAL (1964). p. 154. Considerando 21°.

justicia (...)”<sup>19</sup> y a García de Enterría y Fernández, quienes se refieren a esta regla [*Solve et repete*] como una “técnica tan tosca, que hace que solo los ricos puedan recurrir”<sup>20</sup>.

Ante el requerimiento que ocupa al TC, este decide, en un esfuerzo loable, pues implicó incluso la traducción de la sentencia, recurrir no solo a la doctrina extranjera, sino a jurisprudencia europea y sudamericana para sustentar su posición. Para ello, recurrió a la antigua sentencia de fecha 24 de marzo de 1961 de la Corte Constitucional italiana, la que declaró la inconstitucionalidad de una norma que databa de 1865. Ya en in 1961 la Corte italiana sostenía que una norma como la del *Solve et repete* transgredía “los principios informadores de un ordenamiento moderno en cuanto a las relaciones entre el ciudadano y el Estado (...)”, pues es “evidente la diferencia de trato que resulta entre el contribuyente que es capaz de pagar inmediatamente la totalidad de impuestos, y el contribuyente que no tiene medios suficientes para realizar el pago, ni puede obtenerlos fácilmente mediante un crédito, entre otras razones, porque incluso en caso de victoria en los tribunales, no obtendría el reembolso de las cantidades abonadas sino con retardo”<sup>21</sup>. A ello, el TC suma, también, lo resuelto por el Tribunal Supremo Español, el que por medio de su Sala de lo contencioso, en sentencia N° 6743/2000, de fecha 25 de septiembre de 2000, “marcó una clara evolución hacia el rechazo del privilegio del *solve et repete*”<sup>22</sup>. Por último, el TC cita lo decidido por la Corte Constitucional de Colombia, la que ya en el año 1992 –¡dieciséis años antes que en Chile!–, en la causa N° C – 599/92, de fecha 10 de diciembre de 1992, dictaminó que “resulta contrario al principio de obtener pronta y cumplida justicia un precepto que impone el pago anticipado de la obligación, a juicio del deudor no debida, cuando justamente es la existencia o el monto de la misma lo que sería objeto de declaración judicial”<sup>23</sup>.

Prosigue el TC, luego de una breve referencia a la supresión legislativa del precepto legal impugnado, sujeta a la implementación gradual de la reforma legislativa que modifica el procedimiento laboral, señalando –ahora en base a sus propios argumentos–, que “sustantiva y procesalmente, el artículo 19 N° 3 de la Constitución tiene que

<sup>19</sup> GARRIDO (1994). p. 515.

<sup>20</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2006). p. 1108.

<sup>21</sup> Considerando 22°.

<sup>22</sup> Considerando 23°.

<sup>23</sup> Considerando 24°.



ser entendido y aplicado con significado amplio y no estricto ni restrictivo”<sup>24</sup>. Así, y quizás en uno de los mayores aportes que el TC plasma por medio de esta sentencia, señala que el “...Derecho a la Acción”, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial, es uno de los derechos asegurados por el N° 3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado *expresamente* en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgado, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente. Aún más, negar, condicionar o poner en duda la existencia de este derecho como uno de aquellos esenciales que emanan de la naturaleza humana, significaría desconocer la vigencia misma de todos los demás derechos de las personas y sostener la más completa inutilidad de las leyes y de las magistraturas encargadas de velar por su acatamiento y aplicación, invitando, de paso, al regreso a la autotutela”<sup>25</sup>. Complementa el argumento anterior el TC señalando que la CP establece *expresamente*, “en su artículo 38, inciso segundo, el derecho de cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración, a reclamar ante los tribunales que determine la ley”, citando al profesor Silva Bascuñán en refuerzo de su argumento<sup>26</sup>.

Por eso, el TC al determinar si el pago previo de una multa impuesta por la autoridad limita en su *esencia* los derechos consagrados en los artículos 19 N° 3 y 38 inciso segundo, y en consecuencia el N° 26 del mismo artículo 19, no duda en afirmar que “ponderando todo lo reflexionado hasta ahora, no queda sino concluir que, en el actual estado de desarrollo del derecho nacional e interpretando

<sup>24</sup> Considerando 32°.

<sup>25</sup> Considerando 33°.

<sup>26</sup> SILVA BASCUÑÁN (2004). pp. 198 – 199, se refiere a la relación entre el artículo 19 N° 3 y 38 inciso segundo de la CP, expresando que “por error del órgano contralor, o, principalmente, por negligencia, ligereza, ignorancia, error o abuso del órgano administrativo, puede ocurrir que, no obstante las oportunidades en que la persona afectada haya podido representar su posición en el curso de su gestación, ello importe atropello del ordenamiento jurídico. Para esas y muchas eventualidades de tal especie, la Carta garantiza que cualquiera persona lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos y de las municipalidades tiene derecho a reclamar por vía jurisdiccional (...)”. Considerando 34°.

la garantía constitucional de acceso a la justicia con un criterio finalista, amplio y garantista, la limitación al derecho de la tutela judicial que impone el precepto legal impugnado aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como constitucionalmente admisible a la luz de lo dispuesto en el N° 26 del artículo 19 de la Carta y, en consecuencia, su aplicación en el caso sublite deberá ser estimada como contraria a la Constitución y así se declarará<sup>27,28</sup>.

El fallo termina, tal como se dijo en párrafos anteriores, con la precisa e interesante prevención del Ministro Correa Sutil<sup>29</sup> y el voto de minoría del Ministro Fernández Fredes, quien desestima el requerimiento pues "...el precepto legal que se objeta por el actor y que es claramente una norma ordenatoria litis no puede tener incidencia alguna en la dilucidación del asunto que deberá fallar el aludido tribunal ordinario". A su juicio, la acción de inaplicabilidad no "es una vía constitucionalmente idónea para cautelar la vigencia de *todo* tipo de garantías consagradas en la Carta Fundamental, sino solo de aquellas cuya vulneración se configure la aplicación de normas legales que el respectivo sentenciador pueda tener en cuenta al momento de decidir el asunto sobre que recae el ejercicio de la potestad jurisdiccional".

### III. COMENTARIO

Muchas veces las sentencias del TC son objeto de una merecida crítica, pero esta es una oportunidad en que debe reconocerse lo acerta-

---

<sup>27</sup> Considerando 46°.

<sup>28</sup> Por su parte en la causa Rol N° 792/2007 –causa en la que se impugna la parte final del artículo 171 del Código Sanitario– el TC señala que "La identificación entre objeto reclamado y *condictio sine qua non* para la admisibilidad del reclamo, lleva, en los hechos, a que el acto administrativo por el cual se cursa la multa sea inimpugnable, en términos que no obstante poder formalmente reclamarse en contra del mismo, este produce todos sus efectos, y aun en el caso de una ilegalidad flagrante, evidente y manifiesta, el administrado debe soportarla sin que la ley establezca mecanismo alguno que suspenda el cumplimiento de la sanción y a la vez habilite a reclamar de la misma". Considerando 14°.

<sup>29</sup> Quien expresa, entre otros argumentos, que lo argumentado por la Dirección del Trabajo en orden a que el *Solve et repete* sería el medio eficaz para evitar dilaciones excesivas en el cobro de multas a virtud de reclamos infundados, que "el mecanismo elegido no discrimina entre reclamos judiciales fundados e infundados y grava a todos ellos, antes de conocer su plausibilidad con la misma barrera de admisibilidad. La dilación en el cobro puede depender de otros mecanismos diversos a las limitaciones para acceder a la justicia que se examina, como lo son las reglas relativas a los efectos, suspensivos o no, que tenga el reclamo judicial sobre la sanción administrativa y las reglas procesales para la vista y fallo de las mismas. Igualmente, existen otros mecanismos, como las costas, para disuadir al litigante temerario".

da de la decisión adoptada. En términos generales, el fallo junto con los otros cuatro ya citados, es de una enorme trascendencia, pues reconoce el derecho al acceso a la justicia, termina con un privilegio procesal (sustantivo) en favor del estado y el TC cambia –positivamente– su propio “precedente” para dar paso a una jurisprudencia, que al menos en este caso, es reconocedora y no limitativa de derechos.

### 3.1. El fortalecimiento del derecho al acceso a la justicia

Pese a que el TC dedica extensos considerandos a explicar la norma del *Solve et repete*, citando a reconocidos autores nacionales, extranjeros y una interesante jurisprudencia foránea que critica o elimina dicha regla en el derecho comparado, el fallo contribuye a precisar, aunque no de manera completa, el derecho al acceso a la justicia o tutela judicial efectiva. En efecto, para el TC, aventurándose en una conceptualización de este derecho, el que a su juicio no estaría reconocido *expresamente* en la CP (particularmente en el inciso primero del artículo 19 N° 3)<sup>30</sup>, señala, en su considerando trigésimo tercero, que una serie de derechos no tendrían sentido si no se “partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás –derecho a la acción– y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente. Aún más, negar, condicionar o poner en duda la existencia de este derecho como uno de aquellos esenciales que emanan de la naturaleza humana, significaría desconocer la vigencia misma de todos los demás derechos de las personas y sostener la más completa inutilidad de las leyes y de las magistraturas encargadas de velar por su acatamiento y aplicación, invitando, de paso, al regreso a la autotutela”.

En una interpretación finalista, tal como el TC lo señala en su considerando cuadragésimo sexto, no agotada en el sentido gramatical de las palabras empleadas por el constituyente, sino en la intención que este tuvo al plasmar ciertas normas, el tribunal manifiesta que pese a que el derecho a la acción no está “*expresamente*” reconocido en la CP (inciso primero del artículo 19 N° 3), este es la “*base*” de un “*derecho anterior a todos los demás*”, el cual es el “*presupuesto básico*”

<sup>30</sup> El inciso primero del artículo 19 N° 3 de la Constitución asegura a todas las personas: “La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”.

para la vigencia de otros. Así podrá cualquier persona recurrir ante cualquier tribunal, “*sin estorbos*” que limiten (retarden o impidan, ya sea arbitraria o ilegítimamente) su derecho a recurrir a cualquier juez en demanda de la justicia quebrantada<sup>31</sup>.

El TC cumple con proteger, de manera evidente, los derechos de las personas, pues señala en forma clara que cualquier “condición” que dificulte, “retarde” o impida arbitrariamente –tal como lo es la consignación previa, total o parcial, de la multa impuesta por un ente estatal para reclamar judicialmente de ella–, sería “*sostener la más completa inutilidad de las leyes(...)*”, dando paso, a su juicio, “*al regreso a la autotutela*”. Por lo anterior, el fallo es de un enorme valor, pues el TC respalda y fortalece, de manera coherente, al margen de cualquier consideración formal o gramatical, un derecho indispensable para el ejercicio de todos los otros que la CP también tutela, pese a que su consagración constitucional, al menos para Bordalí, es “*tenue*” y “*confusa*”<sup>32</sup>.

En línea con esta argumentación, el TC considera que el derecho a la tutela judicial, no solo está implícitamente reconocido en el inciso primero del artículo 19 N° 3 de la CP, sino además, que esta constituye un derecho esencial que emana de la “*naturaleza humana*”, superando, al igual que otras veces, el gramaticalismo forzoso del texto constitucional ya citado y descubriendo el genuino sentido de sus normas. El TC no olvida en este caso que su principal función es la protección de la libertad, la igualdad y dignidad de las personas, y que todas sus decisiones deben buscar, precisamente, dicho fin, cuestión que en el caso que comentamos, con la debida lucidez, el TC ampara, tal como bien lo sostuvo hace más de veintitrés años al expresar que la CP “(...) es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose aquella interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella”<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> En la causa 792/2007, el TC, en su considerando 9°, reconociendo también el derecho de las personas de acceder a los órganos jurisdiccionales, se apoya en jurisprudencia anterior del TC que señala, sin especificar si el derecho a la acción admite limitaciones que “...en un estado de derecho existen leyes dictadas para ser cumplidas y las personas que entren en conflicto con quienes las infrinjan tienen derecho a recurrir al juez en demanda de justicia. Esta es la compensación constitucional por haberse abolido y prohibido la autotutela en la solución de conflictos”.

<sup>32</sup> BORDALI (2000). p. 81.

<sup>33</sup> Sentencia del TC, Rol N° 33/1985, de 24 de septiembre de 1985. Considerando 19°. En ZAPATA (2002) p. 52.

Lo relevante de lo resuelto por TC –radicando así su principal virtud en este punto– es que sin apartarse del tenor literal de la norma (inciso primero del artículo 19 N° 3 de la CP), profundiza con la debida armonía el contenido del derecho al acceso a la justicia. Es decir, hace real, palpable, tangible el derecho para acceder a la jurisdicción, cuestión que de la simple lectura del texto constitucional no parece tan evidente o palmario. El TC no atenta contra norma alguna de la CP al fallar de esta forma, simplemente levanta el “velo” gramatical que sobre el inciso primero del artículo 19 N° 3 de la CP pesa, profundizando, al igual que en otras ocasiones<sup>34</sup>, dicha garantía, derivando a una lectura mucho más acabada y comprensiva de ella, y recordándonos, una vez más, que el Estado está al servicio de la persona y que su finalidad es promover el bien común brindando la protección que la población –tal como lo es el poder recurrir libremente y sin obstáculos a los tribunales– se merece.

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención que el TC dedique extensas citas para contar como la doctrina y la jurisprudencia han entendido la regla del *Solve et repete* y no ponga los mismos esfuerzos en explicar, con el detalle requerido, cómo ha entendido esa misma doctrina, jurisprudencia y el derecho comparado, el derecho amagado por dicha regla (el derecho al acceso a la justicia).

El derecho sujeto análisis, se trataría, según lo explica Silva Bascuñán, en aquel consistente en “entregar a cada persona la posibilidad de actuar en ejercicio de sus derechos, de que nadie esté impedido de ejercer esa actividad, de remover obstáculos que impidan que, en el hecho, se accione ante la jurisdicción que corresponda para lograr que los derechos asegurados por la Carta efectivamente puedan ejercerse”<sup>35</sup>. Asimismo, la dogmática nacional, con mayor o menor intensidad, ha intentado configurar los elementos esenciales de este derecho, pese a lo deslucida de su consagración, al menos gramatical, en la CP. Entre ellos destacan, los profesores Soto Kloss<sup>36</sup>, Fiamma<sup>37</sup>, Cea<sup>38</sup> y Bordalí<sup>39</sup> en una línea apegada al derecho público o constitucional, y el profesor Romero<sup>40</sup> y Salas<sup>41</sup>, quienes más desde

<sup>34</sup> Sentencias del TC, Rol N° 205/1995 y Rol N° 437/2005, de 1 de febrero de 1995 y 21 de abril de 2005.

<sup>35</sup> SILVA BASCUÑÁN (2006). p. 142.

<sup>36</sup> SOTO KLOSS (1998). p. 198.

<sup>37</sup> FIAMMA (1986). p. 124 y ss.

<sup>38</sup> CEA (2004). pp. 141 – 142.

<sup>39</sup> BORDALÍ (2000).

<sup>40</sup> ROMERO (2007). pp. 13 – 15, y p. 69.

<sup>41</sup> SALAS (2006). pp. 86 – 89.

el derecho procesal, aportan toda una interesante mirada en la conceptualización de este derecho.

Por todo lo anterior, el hecho que el TC haya reconocido este derecho, el que incluye por cierto el de reclamar ante actos de la administración que vulneren derechos de la persona<sup>42</sup> por primera vez en una materia cuyo precedente no era muy auspicioso, es sumamente importante. Así cobra nueva vigencia no solo el texto constitucional, sino la propia Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 8.1, prescribe que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías (...)”, debiendo contar con todas las instancias que sean necesarias para “proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho”<sup>43</sup>.

En definitiva, el TC determina que cualquier impedimento ilegítimo impuesto a las personas para acceder a la justicia, como lo es el *Solve et repete*, atenta contra la garantía consagrada en el inciso primero del artículo 19 N° 3 de la CP, pues limita más allá de lo razonable dicho derecho y hace ilusorio el reconocimiento de derechos si estos no cuentan con medios eficaces (ausentes de privilegios estatales) para protegerlos<sup>44</sup>.

### **3.2. La protección de la igualdad ante la ley y el término de un privilegio estatal**

Pese a que uno de los argumentos esgrimidos por el requirente hacía referencia a la desigualdad ante la ley en la que este se encontraba

<sup>42</sup> La Contraloría por medio de los Dictámenes N° 30.669/2001 y N° 8.082/2002, en base al artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional de la Administración del Estado, ha establecido el principio de la irrenunciabilidad del derecho a impugnar actos administrativos, al señalar que “las normas que establecen el derecho de los particulares para impugnar los actos administrativos en sede administrativa o judicial, como por ejemplo el artículo 10 que se analiza, son de orden público, es decir, irrenunciables, por lo que toda cláusula, acto o convención que pretenda inhibir su aplicación, resulta inválida e ineficaz”.

<sup>43</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “El Habeas bajo suspensión de garantías”, en OC – 8/87, del 30 de enero de 1987, párr. 25. En INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2007. HECHOS 2006. Universidad Diego Portales (2007). pp. 138 – 139.

<sup>44</sup> Un asunto que el TC deberá afrontar, probablemente en los próximos años, y que excede en parte el presente trabajo, será determinar cómo el derecho a la acceso a la justicia también en materias de familia, penal y civil se ve limitado por las propias estructuras normativas, relegando a los sectores más postergados de la población a una situación de marginalidad constitucional y privándolos del acceso, al menos formal, en función principios de universalidad y gratuidad, a un bien público de primera necesidad para ellos.

en virtud del privilegio estatal que significaba el *Solve et repete*, el TC no dedica ningún fundamento referido a esta garantía (art. 19 N° 2 de la CP) al sentenciar el caso que se comenta.

Es cierto que el principal derecho amagado es el derecho al acceso a la justicia. Sin embargo, la consignación previa, total o parcial, de una multa impuesta por la autoridad, como requisito previo para reclamar judicialmente ella, también atenta, siguiendo a Tavolari, contra la “igualdad de las partes litigantes” para acceder, precisamente, ante la justicia<sup>45</sup>.

El Estado, que está al servicio de la persona humana (art. 1 inciso tercero), ostenta en este caso un privilegio procesal –el *Solve et repete*– que ningún otro litigante o parte en un proceso goza y que carece hoy de una justificación razonable que lo avale. A ello se suman, entre otros privilegios estatales, la presunción de legalidad de los actos administrativos; la ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos; la inembargabilidad de los bienes públicos; y un procedimiento especial de ejecución contra la administración<sup>46</sup>. Todos estos privilegios, incluido el *Solve et repete*, la presunción de infalibilidad de los actos de la administración y otros que nuestra legislación contempla, alteran la regla de isonomía que identifica a las partes en el desarrollo de todo proceso. Este tipo de “ventajas” que ostenta la administración, generan, irremediablemente, una desconfianza en los procesos seguidos ante el Estado, desincentivando la impugnación de sus actos y generando una asimetría procesal que lesiona la defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas ante la administración colocando a estas en una situación de indefensión insoportable.

Si no hay en los procesos seguidos ante la administración al menos una mínima regla de igualdad –el *Solve et repete* rompe desde un inicio con ella–, no habrá, finalmente, garantía alguna que efectivamente resguarde los derechos que el afectado, por una multa impuesta por la administración, busca proteger. Si una de las partes –quien reclama ante la administración y a quien se debe esta última– es compelida y la otra no, por ley, en forma previa a la iniciación del procedimiento seguido ante un juez imparcial, a pagar, total o parcialmente, la multa impuesta por la administración, sin haber tenido la oportunidad en forma previa de aportar y materializar pruebas, y

<sup>45</sup> TAVOLARI (1994). p. 52.

<sup>46</sup> FERRADA (2007). pp. 81 – 88.

de debatir e impugnar los supuestos sobre los cuales se apoya la sanción ante un ente imparcial (juez), claramente, se rompe la regla de igualdad de las partes en el proceso que nuestra CP también protege en su artículo 19 N° 2 al reclamar contra el Estado.

Lo anterior, como bien lo recuerda Soto Kloss, no es más que una discriminación arbitraria que no cuadra con la CP, pues en *Chile no hay persona ni grupo privilegiado* (art. 19 N° 2 inciso segundo), y “ciertamente que lo es quien sin ser juez se ve provisto con la garantía de que sus actos no puedan ser controvertidos ante la justicia sin que se pague previamente la multa, o parte de ella, que unilateralmente él mismo ha impuesto, y que agravia –y puede hacerlo gravemente– a un tercero afectado por ella”<sup>47</sup>.

Una regla como la del *Solve et repete* carece de todo fundamento razonable para otorgar tal privilegio a la administración, y como contrapartida, tamaño obstáculo en la defensa que se intente en la impugnación de sus actos, produciéndose una diferencia odiosa en favor del Estado que perjudica, principalmente, a los económicamente más débiles. Este regla carece hoy absolutamente de un motivo que sustente esta exclusividad, no siendo, además, este el medio idóneo, apropiado o proporcional para proteger eventuales intereses, cuya legitimidad, deben, previamente, estudiarse a la luz de la CP.

Por eso, es el contenido del derecho al acceso a la justicia el que se ve desigualmente consagrado al impugnar actos ante la administración cuyas multas deben pagarse previamente para reclamarlas judicialmente. Reconociendo la CP el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional a todas las personas, cuestión de la que no está exento un proceso seguido ante la administración (art. 1 inciso final), el *Solve et repete* no guarda ninguna lógica o fundamento con ello. Que la CP prohíba a la ley o la administración hacer discriminaciones sustantivas es una cosa, pero también los procedimientos para hacer efectivos los derechos deben impregnarse de etapas o instancias igualitarias para las partes litigantes, cuestión el *Solve et repete* no respeta.

No hay razón que justifique al legislador para que este imponga, por medio del *Solve et repete*, requisitos distintos para el ejercicio de un derecho, sin haber razones o motivos que justifiquen, de manera apropiada, su establecimiento. Es claramente una discriminación ar-

---

<sup>47</sup> SOTO KLOSS (2001). p. 89.



bitraria que la CP no tolera bajo una interpretación finalista y acorde con su espíritu, y que lamentablemente el TC no dedica ningún razonamiento expreso al reforzamiento de esta garantía.

Todos quienes acuden ante un tribunal en busca de justicia, deben encontrarse en un plano de igualdad de acceso y de oportunidades procesales, pues no hay motivos que lleven a concluir que entre el Estado y los reclamantes de una multa impuesta por la administración, no hay vinculación esencial y común<sup>48</sup>: ambos son litigantes y merecen el mismo trato ante un tercero imparcial que decidirá el derecho en el caso concreto.

### 3.3. Un nuevo criterio interpretativo y sus eventuales futuros alcances

Pese a no ser la primera sentencia del 2008 que declara inaplicable un precepto legal que establece la regla del *Solve et repete*<sup>49</sup>, lo concreto es que el fallo que se comenta, constituye, junto a los otros cuatro también dictados durante el 2008, un cambio radical en la jurisprudencia que el TC había exhibido hasta hoy.

Es así como el TC, sin presentársele directamente la cuestión debatida en este artículo, mediante el control de proyectos ley que contenían la regla del *Solve et repete* sí ha conocido, preventivamente, de esta norma. En efecto, en la sentencia Rol N° 92 (“Superintendencia de Salud”)<sup>50</sup>, N° 185 (“Ley de Bases del Medio Ambiente”)<sup>51</sup>, N° 248 (“Servicio Nacional de Aduanas”)<sup>52</sup>, N° 287 (“Legislación eléctrica”)<sup>53</sup> y N° 320 (“Defensoría Penal Pública”)<sup>54</sup>, el TC ha declarado que dichos cuerpos legales, se ajustan, todos ellos contemplando la regla del *Solve et repete*, a la CP<sup>55</sup>. Si bien las sentencias han sido escuetas en fundamentar esta regla, al limitarse a señalar de manera genérica que los artículos que contemplan esta norma son “atribuciones de los tribunales que son necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia”, o que la regla del *Solve et repete* en materia eléc-

<sup>48</sup> FERMANDOIS (2001). p. 204.

<sup>49</sup> La primera es aquella sentencia del TC, Rol N° 792/2007, de 3 de enero de 2008.

<sup>50</sup> Sentencia del TC, Rol N° 92/1990, de 15 de enero de 1990.

<sup>51</sup> Sentencia del TC, Rol N° 185/1994, de 28 de febrero de 1994.

<sup>52</sup> Sentencia del TC, Rol N° 248/1996, de 22 de octubre de 1996.

<sup>53</sup> Sentencia del TC, Rol N° 287/1999, de 27 de mayo de 1999.

<sup>54</sup> Sentencia del TC, Rol N° 320/2001, de 16 de febrero de 2001.

<sup>55</sup> Quien primero formula una síntesis de aquellas sentencias que incluyen algún voto de minoría o disidencia es SOTO KLOSS (2001) pp. 97 – 98.

trica es “un incentivo efectivo para que las empresas mejoren la coordinación y la seguridad del sistema”, lo cierto es que son los votos de minoría los que, en línea con lo comentado previamente, aportan una interesante doctrina<sup>56</sup>.

Pero el análisis de esta regla no ha sido pacífico en el TC últimamente. El año 2006, el tribunal –ya advirtiéndose cierta tensión respecto del análisis de esta regla– en dos fallos distintos, de agosto y noviembre de dicho año, dictaminó, primero, que la norma contenida en el artículo 183 – I<sup>57</sup> del proyecto de ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación, sentencia Rol N° 536 (“Subcontratación”)<sup>58</sup>, era inconstitucional pues dicha exigencia previa resulta “indeterminada, carente de un límite, pudiendo, en consecuencia, llegar a cantidades cuya cuantía, en la práctica, entraban más allá de lo razonable el derecho de acceso a la justicia (...)”<sup>59</sup>. Luego, dos meses y medio después, en la causa Rol N° 546 (“Superintendencia de Valores y Seguros”)<sup>60</sup>, en un fallo dividido y ante la solicitud de inaplicabilidad del artículo 30 del D.L. N° 3.538, el TC rechaza, ante el empate producido<sup>61</sup>, la mencionada acción.

Como se aprecia, en jurisprudencia del TC respecto del *Solve et repete* se caracterizó en un comienzo (década del 80 y 90 principalmente) por ser bastante deferente con esta regla, salvo un par de votos de minoría ya comentados, transitando luego a un estado de incomodidad o duda respecto a su constitucionalidad durante el

<sup>56</sup> Por ejemplo, destaca la redacción de los votos de minoría del abogado integrante Eduardo Soto Kloss respecto del inciso segundo del artículo 65 del Proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente, causa Rol N° 185/1994, como del artículo 1° N° 13 del Proyecto de Ley que moderniza el Servicio Nacional de Aduanas, causa Rol N° 248/1996 y su propia prevención en la causa Rol N° 320/2001 referida a que las sanciones impuestas por la Defensoría Penal Pública solo “podrán se aplicadas una vez que se hayan decidido las acciones jurisdiccionales que se hubieren deducido en contra de aquellas, y se encuentren debidamente ejecutoriadas”. Asimismo, los ministros Luz Bulnes y Mario Verdugo, respecto del acápite final del inciso segundo del artículo 19 que modifica las atribuciones de la Superintendencia de Servicios Eléctricos (Ley N° 18.410), causa Rol N° 287/1999, expresaron una opinión similar.

<sup>57</sup> El artículo 183 – I, inciso tercero establecía lo siguiente: “La empresa afectada por dicha resolución, podrá pedir su reposición al Director del Trabajo, dentro del plazo de cinco días. La resolución que niega lugar a esta solicitud será reclamable, dentro del plazo de cinco días, ante la Corte de Apelaciones respectiva, previa consignación de la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere”.

<sup>58</sup> Sentencia del TC, Rol N° 536/2006, de 30 de agosto de 2006.

<sup>59</sup> Considerando 9°.

<sup>60</sup> Sentencia del TC, Rol N° 546/2006, de 17 de noviembre de 2006.

<sup>61</sup> Votaron a favor del rechazo los ministros Juan Colombo, Mario Fernández, Marcelo Venegas, Enrique Navarro y Francisco Fernández. Por su parte, por acoger el recurso estuvieron los ministros José Luis Cea, Raúl Bertelsen, Hernán Vodanovic, Jorge Correa y Marisol Peña.

2006, y terminado, ya definitivamente el año 2008, convencido de que pagar primero una multa para poder reclamar judicialmente después de ella, al menos en materia sanitaria y laboral, es abiertamente inconstitucional, cuestión que ha sido ratificada también al comenzar el año 2009<sup>62</sup>.

Pese a lo positivo de la jurisprudencia del TC, que expande y no restringe derechos, el cambio de criterio de esta jurisprudencia, carece, en parte, de estándares que orienten a la comunidad en la forma en que el TC razona ante normas similares o idénticas. Es positivo que el TC realice un control concreto de la norma sujeto a análisis, estudiando su constitucionalidad en el caso concreto y no abstracto. No obstante, dicho tipo de control también puede obviar cambios de doctrina que carecen, a veces, de una explicación fundada. De ahí que no parezca entendible, al menos de la lectura de los fallos del 2006 y 2008, que ministros del TC durante el 2006, en tan solo meses de diferencia, hayan podido, a luz del caso “concreto”, dictaminar que las exigencias del *Solve et repete* –norma cuya estructura esencial de funcionamiento no varía mayormente en el derecho chileno– en ciertos casos concretos esté conforme con la CP y en otros no. ¿Cuáles son esas circunstancias concretas del caso que llevaron, a algunos ministros, a declarar inconstitucional el artículo 183 – I del proyecto de subcontratación, luego a rechazar el requerimiento de inaplicabilidad del artículo 30 del D. L N° 3.538, y durante el 2008 y comienzos del 2009, a no dudar en declarar inaplicables normas laborales y sanitarias que establecen este tipo de regla? El TC puede modificar libremente sus decisiones, pero tenemos derecho a saber los motivos que llevaron a ese cambio, los cuales deben explicitarse.

¿Qué tan diferentes son los hechos, actos, omisiones y situaciones cuando una norma –idéntica en sus términos y finalidad, pero distinta solo por el monto a cancelar– obliga a consignar previamente una multa administrativa para reclamar judicialmente de ella? ¿Acaso en materia ambiental, de salud, laboral, sanitaria y eléctrica hay elementos concretos, tan disímiles, que pueden llevar a declarar que el *Solve et repete* en un tipo de regulación y no en otros es contrario a la CP? Si hay circunstancias nuevas o cambiantes, no consideradas originalmente al fallar, al menos las nuevas sentencias del TC deben dar explicación de esos hechos sobrevinientes no previstos al fallar, pues cuando hay una sentencia anterior cuya estructura matriz de objeción

<sup>62</sup> Sentencia del TC, Rol N° 1253/2008, de 27 de enero de 2009.

es idéntica, tal como lo es la regla del *Solve et repete*, eso debiese ser suficiente para decidir acerca de una nueva cuestión planteada en similares términos.

Es de esperar que esta sentencia, y las otras dictadas durante el año 2008, que se apartaron, definitivamente, de un anterior precedente (*overruling*), terminen con cierta aleatoriedad que el TC había mostrado al analizar la regla del *Solve et repete*, pues la divergencia de criterios genera una incertidumbre que no es bueno mantener. Como bien lo consigna Buchheister y García, cuando una “jurisprudencia es estable y coherente, ella se constituye en una forma de ‘capital social’: las personas saben con anticipación qué esperar de los tribunales y pueden incorporar dicha información en sus decisiones”<sup>63</sup>.

Lo anterior es sumamente relevante, pues permite al Presidente de la República y al Congreso Nacional, ambos órganos colegisladores, tener certeza de que hay reglas, como la del *Solve et repete*, no importando su modalidad, que han sido invariablemente consideradas contrarias a la CP. De ser así, la señal para ambos poderes estatales es clarísima en orden a no seguir incorporando normas que incluyan este tipo de privilegio estatal<sup>64</sup>.

Es de esperar que la sentencia comentada pueda así influir en el diseño de actuales y futuras políticas públicas para que estas eliminen una regla como la explicada en este trabajo. Asimismo, debe estarse atento al futuro de diversas normas que contemplan esta regla ante eventuales requerimientos de inaplicabilidad presentados ante el TC, criterio que ojalá sea similar al fallo comentado<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> BUCHHEISTER y GARCÍA (2007) p. 144.

<sup>64</sup> Se debe reconocer, como bien lo consigna el TC, que el Ejecutivo, bajo una adecuada conciencia constitucional, mediante el Mensaje N° 4-350 de fecha 22 de septiembre de 2003, ya alertado por sentencias anteriores, suprimió el *Solve et repete* al menos en materia laboral.

<sup>65</sup> Actualmente, hay un conjunto de normas en nuestro ordenamiento jurídico que contemplan esta norma, a saber: artículo 64 de la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente; artículo 159 del D.S. N° 597 de 1984, del Ministerio del Interior; artículo 94 del D.L. 3.500 sobre sistema de pensiones; artículo 126 del D.F.L N° 2 de 1998 de la ordenanza de aduanas; artículo 24 de la Ley N° 17.734 de la Dirección de Estadísticas y Censos y del Instituto Nacional de Estadísticas; artículo 19 del D.L N° 211 que fija el texto de normas sobre la libre competencia; artículo 19 de la Ley N° 18.410 que crea Superintendencia de Electricidad y Combustibles; el artículo 17 del D.S. N° 316 del Ministerio de Obras Públicas de 1985, entre otras normas. Para la revisión del contenido de estas normas, vid. BOCKSANG (2006). pp. 63 – 65.

#### IV. CONCLUSIONES

La sentencia comentada es un nuevo aporte del TC en la precisión y alcance de los derechos que la Constitución reconoce a las personas, en especial de su protección frente al Estado.

Tanto el derecho al acceso a la justicia como la igualdad ante la ley, especialmente cuando se litiga contra el Estado, han salido fortalecidos al examinar la sentencia objeto de este trabajo. Es meritorio, además, que el TC, rompiendo con una jurisprudencia anterior a veces contradictoria, haya fijado un criterio más estable, al menos durante todo el 2008 y comienzos del 2009, en lo que a la regla del *Solve et repete* se refiere.

Es de esperar que dicha postura pueda perseverar en el tiempo –de modo de hacer efectiva y concreta la protección del constituyente– y que el privilegio estatal comentado, carente de una justificación apropiada, pueda ir eliminándose paulatinamente de nuestro ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, el legislador siempre tendrá las puertas abiertas para erradicar los privilegios procesales existentes a favor del fisco y contra de las personas, lo que realzaría sin duda la primacía de la persona sobre el Estado, tal como lo ordena nuestra Carta Política.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BOCKSANG, Gabriel: El procedimiento administrativo chileno, Editorial Lexis Nexis, Primera Edición, Santiago, 2006, p. 234.
- BORDALÍ, Andrés: *El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVII, N° 3, Santiago, 2000, pp. 81-105.
- BUCHHEISTER, Axel; y GARCÍA, Francisco: *Corte Suprema, Certiorari y Precedentes*, Reforma al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión (VV. AA.), Libertad y Desarrollo, Tomo I, Editorial Libromar, Primera Edición, Santiago, p. 340.
- CEA, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno, Derechos, Deberes y Garantías*, Editorial Universidad Católica, Primera Edición, Santiago, 2004, p. 733.
- DELAVEAU, Rodrigo: *Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Paternalismo y la dificultad contramayoritaria*, Revista Actualidad Jurídica, Año IX, N° 18, Santiago, julio 2008, pp. 55-68.
- DE MENDIZÁBAL, Rafael: *Significado Actual del Principio "Solve et repete"*, Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, N° 43, 1964, pp. 107-160.

- FERMANDOIS, Arturo: *Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I. Ediciones Universidad Católica Primera Edición, Santiago, 2001, p. 252.
- FERRADA, Juan Carlos: *Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno*, Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XX, N° 2, Valdivia, diciembre de 2007, pp. 69-94.
- FIAMMA, Gustavo: *La Acción Constitucional de Nulidad: Un supremo Aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXXIII, N° 3, sep. – dis. 1986, Santiago, pp. 124 y ss, en BORDALI, Andrés: *El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVII, N° 3, 2000, pp. 81-105.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; y, FERNÁNDEZ, Tomás: *Curso de Derecho de Administrativo*, Tomo II, Editorial Palestra – TEMIS, Perú, 2006.
- GARRIDO, Fernando: *Tratado de derecho administrativo*, Vol. I., Parte general, Décimo segunda edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1994. p. 590.
- INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2007. HECHOS 2006. Centro De Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, 2007. p. 427.
- ORELLANA, Fernando (2008): *Comentario de la STC que declaró la inaplicabilidad de la expresión "gratuitamente" del artículo 595, inci. 1° del Código Orgánico de Tribunales*, Revista *Ius et Praxis*, año/vol. 14, N° 001, Universidad de Talca, Chile, 2008, pp. 391-396.
- ROMERO, Alejandro: *Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 2007, p. 128.
- Salas, Julio: *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial LexisNexis, Primera Edición, Santiago, 2006, p. 469.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo V, La Constitución de 1980, Gobierno, Segunda Edición, Santiago, 2004, p. 291.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, La Constitución de 1980, De los derechos y deberes constitucionales. Segunda Edición, Santiago, 2006, p. 313.
- SILVA CIMMA, Enrique: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*. Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 1996, p. 336
- SOTO, Sebastián: *TC y alza de planes de salud*, Diario *El Mercurio*, 3 de julio de 2008, p. A2.
- SOTO KLOSS, Eduardo: *La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: El "solve et repete" y el Estado de Derecho*, Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Año X, N° 10, Santiago, 2006, pp. 193-234.
- SOTO KLOSS, Eduardo: *El derecho fundamental de acceso a la justicia (a propósito de requisitos de admisibilidad)*, Revista Chilena del Derecho, Numero Especial, Santiago, 1998, pp. 273-278.

- SOTO KLOSS, Eduardo: *Solve et repete. Notas sobre un resabio absolutista en el estado constitucional de derecho*, Revista Ius Publicum, N° 6, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2001, pp. 79-101.
- TAVOLARI, Raúl: *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*. Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 1994, p. 238.
- ZAPATA, Patricio: *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Parte General*. Editorial Biblioteca Americana, Primera Edición, Santiago, 2002, p. 199.
- ZAPATA, Patricio: *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 2008. p. 623.