

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



**“LEGITIMIDAD DEL *SOLVE ET REPETE* A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DE 1980”**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**

TESISTA: SOLANGE VALERIA ALEJANDRA MEDINA PALMA
PROFESOR PATROCINANTE: ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

VALDIVIA, FEBRERO DE 2008

Valdivia, febrero 27 de 2008

**Señor
Director
Instituto de Derecho Público
Presente.-**

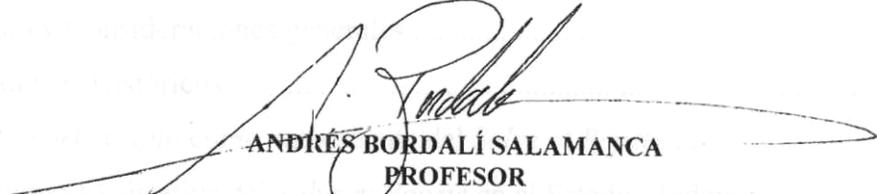
Por medio de la presente nota paso a informar la memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de **Dña. SOLANGE VALERIA ALEJANDRA MEDINA PALMA**, titulada "*Legitimidad del solve et repete* a la luz de la Constitución Política de 1980".

El trabajo de la tesista parte de un problema jurídico concreto, que se refiere a determinar si la institución del *solve et repete*, es decir, la obligación que pesa sobre los ciudadanos de pagar una multa, impuesto o dinero adeudado, sea total o parcialmente, como requisito previo para poder interponer una reclamación contra esa obligación ante los tribunales de justicia, es legítima a la luz de la Constitución Política de la República.

El lenguaje utilizado es correcto en términos generales. En cuanto a la bibliografía utilizada, ésta es bastante completa y actualizada, y se encuentra bien citada.

Comentando el fondo del trabajo, señalaré la pertinencia del problema tratado y la plausibilidad de las hipótesis propuestas por la estudiante. Como lo hace ver la tesista, el tema del derecho a la tutela judicial es abordado escasamente por nuestra jurisprudencia y doctrina. Todo ello arranca de la inexistencia de un precepto constitucional que en forma clara y perentoria reconozca un derecho a recurrir a los tribunales de justicia y a obtener tutela por parte de éstos. Si no se sabe con mediana claridad si existe tal derecho en Chile, pues es de recibo concluir que tampoco existen muchas luces sobre los límites que puede tener este derecho. Uno de esos límites parece ser el *solve et repete* que, por definición, implica una limitación para acceder a los tribunales de justicia. Sin embargo, doña Solange Medina aborda la doctrina comparada, principalmente española, así como la escasa doctrina nacional que ha desarrollado el tema y, lo que es más importante, analiza los fallos del Tribunal Constitucional chileno que se han pronunciado sobre la legitimidad de esta institución. En el ámbito local, concluye que no hay una línea coherente todavía en la jurisprudencia constitucional, aunque en los últimos años se ha ido generando mayor doctrina al respecto, inclusive declarando inaplicables preceptos legales que recogen aun el *solve et repete*, decisión esta última que a su juicio es coherente con el derecho a la tutela judicial que parece desprenderse de nuestro texto constitucional en el artículo 19 n° 3.

De conformidad con lo expresado, informo la presente memoria "Autorizada para empaste" con nota 6.0 (seis coma cero).



ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA
PROFESOR
DERECHO PROCESAL

ÍNDICE

➤ Introducción:.....	3
----------------------	---

Capítulo I

Origen y Desarrollo del *Solve et Repete*

1.-Concepto y Consideraciones generales.....	4-5
2.-Antecedentes Históricos.....	5
2.1.- La <i>Pignoris Capio</i> como antecedente del <i>Solve et Repete</i>	6
2.2.-Recepción Legislativa del <i>Solve et Repete</i> en el Estado Moderno.....	7-9

Capítulo II

El Derecho Fundamental de acceso a los Tribunales de Justicia

1.- Derecho Fundamental de Acción en Chile.....	10-11
1.1.- El Derecho de Acceso a los Tribunales de Justicia.....	11-14
1.2.- Derecho a Obtener una Resolución Fáctica y Jurídicamente Motivada.....	14
2.- Derecho a la Jurisdicción en el Derecho Español.....	15-19
3.- Limitaciones al ejercicio del derecho Fundamental de Acción.....	20
3-1.- Establecimiento de Cauciones o Fianzas.....	20-21

Capítulo III

El *Solve et Repete* en la Doctrina Constitucional. Análisis del Derecho Chileno y Español

1.- El <i>Solve et Repete</i> en la Doctrina Española.....	22-27
2.- EL <i>Solve et Repete</i> en la Doctrina del Derecho Chileno.....	27-29

Capítulo IV

El *Solve et Repete* en la doctrina del Tribunal Constitucional Chileno

1.- Análisis de Sentencias.....	30-41
---------------------------------	-------

➤ Conclusiones Generales.....	42-43
-------------------------------	-------

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación titulado “Legitimidad del *solve et repete* a la luz de la Constitución Política de 1980”, se enmarca dentro del Derecho Constitucional y Procesal nacional, sin perjuicio del análisis del derecho comparado.

El derecho a un efectivo acceso a la justicia constituye una de las mayores expresiones del derecho de acción, siendo éste un derecho fundamental garantido por nuestra Constitución Política, plasmado fundamentalmente en el artículo 19 N°3 inciso 1°. Con él se pretende que todos quienes deban recurrir ante los tribunales, de cualquier naturaleza que estos sean, para la protección de sus derechos, puedan hacerlo de un modo tal que sus derechos e intereses obtengan una efectiva tutela.

El *solve et repete* significa “pague primero y después reclame”, esto es, que el afectado por un acto sancionador dictado por la Administración, imposición de una multa, debe pagarla primero para poder acceder a la justicia y plantear su reclamación. Su sólo enunciado revela que ello implica una contradicción con los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce, pues constituye una traba o limitante al libre acceso a los Tribunales de Justicia.

La cuestión que surge del reconocimiento de esta institución que crea el legislador es si es compatible con nuestra Carta Fundamental, que si bien no prevé la consagración del derecho fundamental de acceso a la justicia en términos explícitos, éste es deducible de ciertas normas de la misma. Dicho de otro modo, surge la incertidumbre si la exigencia del *solve et repete* permite efectivamente el ejercicio del derecho a solicitar tutela judicial

En España, esta regla ha dejado de tener vigencia hace años, pues fue suprimida por la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, conforme al correcto sentido que la jurisprudencia fue dando a su artículo 57.2 letra e), además de su incompatibilidad con la Constitución de 1978, que declara que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

En este trabajo se analizará la doctrina constitucional española que se ha referido al tema en cuestión para tener una visión comparativa, y así poder hacernos una idea de las deficiencias y posibles modificaciones que requiere nuestro sistema.

En Chile es escasa la doctrina que se ha pronunciado acerca de este principio de pagar primero para acceder a la justicia, sin perjuicio de los fallos del Tribunal Constitucional, que en este aspecto ha sido vacilante.

Por lo tanto, en primer lugar haré referencia a los antecedentes históricos del *solve et repete* para así dar a conocer el origen y desarrollo del mismo. Posteriormente la investigación se centrará en el análisis del tratamiento dado a esta institución por la doctrina española y chilena. Para concluir se expondrá la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno que se haya pronunciado sobre el tema en comento.

CAPÍTULO I: ORIGEN Y DESARROLLO DEL *SOLVE ET REPETE*

1.- CONCEPTO Y CONSIDERACIONES GENERALES

La doctrina que se ha referido a esta regla, dividen su opinión a favor o en contra de la misma, pero en general existe acuerdo en su naturaleza, cual es, exigir el pago previo de la obligación como condicionante para la revisión de la determinación administrativa.

A continuación se presentan algunas concepciones de autores que de algún modo conceptualizan a esta institución.

Soto Kloss, denomina a esta regla como “resabio absolutista”, donde se ejecuta la sanción antes que pueda ser reclamada o impugnada (la multa), y se le exige el cumplimiento de ella para que pueda acceder a la justicia y plantear su reclamación, considerando que su sólo enunciado revela la barbaridad jurídica que ello implica, y su brutal contrariedad con el respeto más elemental de los derechos fundamentales de la persona humana.¹

Por su parte, Carlos R. Tribiño, lo reconoce como un requisito o condición de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa. Considera que en el ámbito procesal administrativo se traduce en que la impugnación judicial contra ciertas decisiones administrativas que determinan créditos del Estado contra particulares, sólo puede efectuarse mediante el previo pago de las sumas respectivas, es decir, si no se abonan los importes en cuestión, el juez no puede entrar a conocer los aspectos de fondo de la pretensión del particular.²

Cristian Billardi expresa que, en general la doctrina caracteriza a la figura como el privilegio en virtud del cual no es admisible controvertir la pretensión tributaria (o un crédito del Estado, en su acepción más amplia) en sede judicial sin previo pago de ella, considerando que la aplicación de dicha regla determina una inversión en el proceso de conocimiento, por el cual se impone el pago del tributo antes de que se decida si éste es pertinente, invirtiendo así las habituales normas del proceso que hacen preceder el juicio de ejecución.³

También se ha conceptualizado el *solve et repete* circunscribiéndolo al ámbito tributario, donde podemos encontrar autores como Héctor Villegas, quien lo define de la manera siguiente: “cualquier contribuyente que en contienda tributaria discuta al fisco la legalidad de un tributo, previamente debe pagarlo”⁴. En el mismo sentido se refiere a él,

¹ Cfr. SOTO KLOSS, E., “El Solve et Repete. Notas sobre un Resabio Absolutista en el Estado Constitucional de Derecho”, en *Revista Ius Publicum*, N° 6, 2001, p.82.

² Cfr. TRIBIÑO, C “El Solve et Repete en el Proceso Contencioso Administrativo” en *Procedimiento y Proceso Administrativo. Jornadas organizadas por la carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico. Facultad de Derecho. Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica. Pontificia Universidad Católica Argentina*, 2005. p. 443.

³ Cfr. BILLARDI, CRISTIAN. *Solve et Repete. Crítica a su vigencia jurídica*, ed. Ad-Hoc, 2006. p. 104.

⁴ VILLEGAS, HÉCTOR, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Ed. Depalma, Argentina. 1990. p.35.

Giuliani Fonrouge ⁵, sosteniendo que el *solve et repete* importa la exigencia del pago previo de la obligación tributaria, como condición para la revisión amplia de la determinación administrativa.

En síntesis, considerando las definiciones expuestas, podríamos concluir que el *solve et repete* es una denominación de origen latino, cuya traducción literal consiste en “pague primero y después reclame”. Esta institución implica que para poder acceder al aparato jurisdiccional se debe previamente pagar una suma de dinero, correspondiendo por lo general a una parte o fracción de lo adeudado. Especialmente relevante es esta situación en relación con las facultades de la Administración del Estado. En este caso, el afectado por un acto sancionador dictado por la Administración, que le impone una multa o el pago de un tributo, debe pagar ésta en su totalidad o en una fracción para poder posteriormente accionar ante el tribunal que señale la ley.

2.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El origen de esta regla, según cierta doctrina,⁶ lo encontramos en el Derecho Romano, cuando en tiempos de la República existía un recurso llamado *pignoris capio*, el cual autorizaba al acreedor a tomar en garantía bienes de su deudor sin intervención de los magistrados. Más tarde, la *Lex Censoria*⁷, permitió a los publicanos utilizar la *pignoris capio* en contra de los deudores de impuestos. Fue entonces cuando un edicto del pretor invirtió el orden normal del procedimiento, autorizando a los contribuyentes a convertirse en actores para obtener la declaración de ilegitimidad de la *pignoris capio* otorgada a los publicanos.

Se atribuye así al pretor de Sicilia, Verres, en el año 70 a.C., cuando el Estado Romano cometía múltiples injusticias en la recaudación tributaria, exigiendo el pago previo para autorizar la acción de ilegitimidad, con el sólo afán de obtener más dinero y mantener así en una vida lujosa a sus funcionarios. Desde allí habría pasado al derecho del Imperio, concretándose en la época contemporánea en el artículo 6° de la ley italiana del 20 de marzo de 1865⁸, reguladora del contencioso administrativo. Es preciso señalar que la figura del *solve et repete* continuó vigente hasta casi un siglo después, cuando en 1961, y ya bajo la Constitución republicana y democrática, la Corte Constitucional la derogó definitivamente del sistema jurídico italiano.⁹

⁵ Cfr. FONROUGE, GIULIANI, *Derecho Financiero*, vol.II, Ed.Depalma, 1976, p. 729.

⁶ Vid. FONROUGE, Op. Cit. p.729 ss.; ROSSO, FERNANDO, “El Solve et Repete en el Derecho Tributario argentino: Problemas y soluciones posibles” en *Tesis de la Universidad Abierta Interamericana. Facultad de Derecho*; CRISTIAN BILLARDI, Op. Cit.p 28 - 41.

⁷ Nombre que reciben las disposiciones o reglamentos publicados por los censores, con referencia a los asuntos de su cometido.

⁸ Ley sobre la Unificación Administrativa del Reino, con la cual se extendía a toda Italia la legislación sobre la Administración local del Reino de Sardeña.

⁹ Fue derogada definitivamente del sistema italiano por declaración de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional el 31/3/1961 (“Stroppa”).

2.1. - LA *PIGNORIS CAPIO* COMO ANTECEDENTE DEL *SOLVE ET REPETE*

Según Cristian Billardi¹⁰, la tesis acerca de que la *pignoris capio* pudiese ser el antecedente directo de la figura del *solve et repete*, fue sostenida entre otros estudiosos romanistas, por el profesor Giovanni Pugliese quien al interpretar las lagunas de las Institutas de Gayo, teoriza acerca de cómo la *pignoris capio* pudiese servir para actuar. Según este autor, el sistema procesal entonces vigente, impedía que el recaudador “publicano”, vinculado al “pueblo romano” por una relación de carácter público, pudiese echar mano de las acciones procesales que otorgaba el derecho civil, ya que ninguna relación de carácter privado lo vinculaba a los contribuyentes. De este modo sólo el apoderamiento del bien podía crear un vínculo privatista relevante entre el contribuyente privado contra el publicano. Con posterioridad, se habría fingido la existencia del apoderamiento, creándose una *fictio de pignoris capio*¹¹ para así justificar la relación procesal por la cual el desapoderado de un bien determinado, debía convertirse en actor a los efectos de recuperarlo. Así entonces, en las provincias del Imperio coexistían dos tipos de acciones: una de carácter extraprocesal denominada *pignoris capio* y otra procesal conocida genéricamente como *petitio*¹².

En la *pignoris capio*, que es la que nos interesa, el publicano se apoderaba de un bien particular del deudor y si éste no lo rescataba pagando su valor dentro de un cierto término, el publicano podía quedarse con el bien a título propio. Se afirma su carácter extraprocesal, pues podía llevarse a cabo sin presencia del magistrado (pretor), sin defensa alguna del adversario e incluso en día nefasto¹³.

Después del 70 a. C. ambas acciones parecen converger en la acción denominada *de publicanis*, dotada de un reclamo interno al poder de secuestro de los publicanos y a la disciplina del rescate de los bienes pignorados. Así, a fines de la era republicana, la *actio pignoris*, que era útil sólo en el caso que existiesen bienes materialmente susceptibles de ser secuestrados, aparece menos utilizada debido no sólo a la existencia de otros remedios procesales, sino por cuanto éstos podían quedar expuestos a la eventualidad de una acción penal, ejercida por parte de quien había sido víctima de un secuestro ilegítimo. Con el advenimiento del Imperio Romano, paulatinamente las funciones y poderes de los publicanos fueron pasando directamente a la administración fiscal pública. En este orden, pierden poder los pactos de los publicanos, mientras que la recaudación de los *vectigales*, ya no se conceden en contraprestación de un monto fijo, sino que en base a porcentajes, lo que significa la limitación y mayor control de la actividad de los publicanos.

¹⁰ Cfr. BILLARDI, CRISTIAN. *Op. Cit.*, p. 64 - 67.

¹¹ Es un trámite técnico-formular apto para consentir a los publicanos la actuación en juicio persiguiendo el pago del *vectigal* (tributo concedido) a pesar de que éste no tuviese una relación obligatoria con el deudor tributario que habilitara la relación procesal.

¹² Acción de pedir o reclamar ante el magistrado o de ejercitar un *actio* ante la jurisdicción correspondiente.

¹³ *Nefastus dies*: día infausto, no hábil para la administración de justicia ni para los negocios públicos.

2.2. - RECEPCIÓN LEGISLATIVA DEL *SOLVE ET REPETE* EN EL ESTADO MODERNO

Para la cabal comprensión de esta institución, resulta útil verificar el contexto histórico-jurídico en el cual la figura ha sido positivamente receptada. Se considera que la recepción legislativa de esta regla es creación del sistema italiano de mitad del siglo XIX¹⁴, cuando la ley 2.248 del 20 de marzo de 1865, al regular el proceso contencioso administrativo dispuso: “En toda controversia en materia de impuestos, los actos de oposición, para ser admisibles en juicio, deberán acompañarse del certificado del pago del impuesto, excepto en el caso de que se trate del cobro de una liquidación adicional”¹⁵, consagrando de esta manera al *solve et repete*.

Martín Oviedo¹⁶, considera que la necesidad del previo pago para entablar ciertas reclamaciones en vía gubernativa o contenciosa, surgió en la mayoría de los países, con el perfeccionamiento institucional de su respectivo "régimen administrativo", fenómeno que podríamos fechar a mediados del siglo XIX. El autor sostiene que la regla se extendió con decisión, ayudada por los postulados liberales clásicos, hasta que, al iniciarse el siglo XX, llegó al cénit de su vigencia. El esplendor de esta regla no ha sido, sin embargo, duradero y hoy asistimos a una franca recesión de la misma en el Derecho comparado.

Cabe advertir que esta figura ha sido desconocida en la mayor parte de los diversos sistemas tributarios nacionales y aquellos sistemas que, como el italiano o el español, de gran influencia en nuestro ámbito, inicialmente lo habían receptado, pero ya desde hace tiempo, lo derogaron expresamente de sus sistemas jurídicos.¹⁷ Al respecto, haré en primer lugar, referencia a la recepción legislativa del *solve et repete* en el sistema italiano. En cuanto al sistema español éste será desarrollado en el capítulo III.

En virtud de lo expuesto, es preciso desarrollar con mayor detalle la evolución histórica del *solve et repete* en Italia. Sobre este punto se pronuncia Cristian Billardi, quien expresa que: “Durante la etapa de reunificación del Reino de Italia las principales influencias provienen de los principios de especialidad francesa y justicia retenida que incorpora el régimen contencioso autónomo, principalmente en aquellos reinados que, como el *Piemonte Sabauda*, habían sido anexados al Imperio francés en la era napoleónica”. A continuación agrega que: “Otra fuente directa corresponde a la Constitución belga de 1831¹⁸ que había

¹⁴ Vid. FONROUGE, *Op. cit.* p. 734.; BILLARDI, *Op. cit.* p.64- 67; MARTÍN OVIEDO, J.M., “La Decadencia de la regla solve et repete y la Doctrina del Consejo de Estado, en *Revista de Administración Pública*, N° 58, 1969, pp149-151.

¹⁵ Párrafo segundo del artículo 6 de la Ley N° 2.248 del 20 de marzo de 1865.

¹⁶ Cfr. MARTÍN, OVIEDO, *Op. cit.* p. 149 y 150.

¹⁷ Fue derogada definitivamente del sistema italiano por declaración de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional el 31/3/1961 (“Stroppa”). En España sufrió la misma tacha conforme la sentencia del Tribunal Supremo del 14/6/1973, reafirmando luego por la interpretación brindada a la Constitución reformada de 1978, especialmente en su artículo 24.

¹⁸ La Constitución belga (07/02/1831) producto de la revolución liberal que provocó la escisión de los Países Bajos, se inclinó por esta solución especialmente teniendo en cuenta la experiencia absolutista del Consejo de Estado napoleónico.

sancionado un sistema de unidad de jurisdicción. Estas tendencias opuestas se vieron reflejadas durante todo el proceso de unificación con el predominio alternado de estas posiciones, especialmente durante el período que va de 1830 hasta las sesiones parlamentarias precedentes a la ley del 20 de marzo de 1865”. Finalmente Billardi señala que: “con la proclamación del Reino de Italia en 1861, la influencia del Reino sardo- piamontés y su sistema contencioso administrativo de impronta napoleónica regían en la mayor parte del territorio a excepción de las regiones de Toscana, Romaña y Umbria”¹⁹.

En la necesidad de unificar legislativa y administrativamente el reino, se llega a la ley 2.248, donde las enseñanzas de intelectuales franceses como Tocqueville, De Broglie y Constant, junto a la Constitución belga de 1831, tuvieron su efecto al abolir genéricamente el sistema contencioso administrativo. Sin embargo, se mantuvieron los tribunales administrativos especiales (Consejo de Estado y Corte de Cuentas) y quedó en manos del mismo Consejo de Estado la facultad exclusiva de dirimir los conflictos de competencias entre justicia y administración²⁰.

Durante el siglo XIX el centro de la discusión doctrinaria se trasladará al grado de protección que debe darse a los derechos subjetivos y a los intereses legítimos, así como acerca del órgano encargado de resolver las controversias en cada ámbito. En abierta oposición a la división jurídica dispuesta en la Ley de Unificación, se había dejado sin juez a los intereses legítimos, ya que los recursos jerárquicos no eran más que una realidad ilusoria. El control jurisdiccional será entonces meramente formal, es decir, cuando una esfera de prerrogativas administrativas es atribuida por ley, el dominio de la Administración aparece inatacable. Luego la tutela jurisdiccional de los intereses será proclamada recién por la ley 5992 del 31 Marzo 1889.²¹

Consecuente con lo anterior, es menester mencionar que no obstante la creciente evolución del control jurisdiccional sobre los actos de la Administración y la crítica de gran parte de la doctrina, la figura del *solve et repete* sancionada en 1865 continuó vigente hasta casi un siglo después, cuando en 1961, y ya bajo la Constitución republicana y democrática, la Corte Constitucional la derogó definitivamente del sistema jurídico italiano.

Cabe mencionar que la jurisprudencia italiana comenzó por extender la norma de la ley 2.248²², al interpretar con gran amplitud la frase “en materia de impuestos”, a que se refería la ley de 1865. Estos preceptos fueron criticados por la doctrina, y por lo mismo se fue restringiendo su operatividad, al mantener la necesidad de la interpretación restrictiva de los mismos, llegando como ya se mencionó, a su definitiva derogación por el Tribunal Constitucional de aquel país, declarándose la inconstitucionalidad de la regla *solve et repete* por contradecir el principio de igualdad ante la ley, proclamado por el artículo 3° de la

¹⁹ BILLARDI, *Op cit.* 64.

²⁰ *Cfr.* BILLARDI, *Op. cit.* p. 65-70.

²¹ *Cfr.* BILLARDI, *Op. cit.* p.65.

²² Párrafo segundo del artículo 6 de la Ley N° 2.248 del 20 de marzo de 1865.

Constitución de la República italiana.²³ En el citado pronunciamiento se hizo especial hincapié en la obligación del Estado de remover los obstáculos de orden económico y social que, al limitar de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidieran el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todas las personas. La Corte Constitucional italiana entendió que, como consecuencia de la aplicación del *solve et repete*, se generaban resultados marcadamente injustos y dispares entre el contribuyente que se encontraba en condiciones de afrontar inmediata y totalmente el tributo y aquel que no contaba con los medios suficientes para satisfacer la obligación, cercenándole a este último, el acceso a la tutela jurisdiccional amparada por la Constitución.

²³ Sentencia N°21 de 31/4/1961. Corte Constitucional de Italia. (fallo Stroppa)

CAPÍTULO II: EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

1.- DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCIÓN EN CHILE

El Derecho a un efectivo acceso a la justicia constituye una de las mayores expresiones del derecho de acción, siendo éste un derecho fundamental garantido por nuestra Constitución Política, y plasmado en el inciso 1° del artículo 19 N°3. Al respecto la discusión sobre la acción ha sido un problema que ha demandado a la doctrina abundantes esfuerzos, pues la preocupación por esta materia constituye uno de los temas no acabados del derecho procesal.

Conciente de que existen múltiples análisis acerca de este tema, en la presente investigación me detendré sólo en el contenido de la acción, y en la forma en que el *solve et repete* influye en él.

Así, Nuestra Ley Fundamental, en su artículo 19 N°3° y en concordancia con el derecho internacional de los Derechos Humanos²⁴, asegura un conjunto de garantías jurisdiccionales y procesales, que tienen el rango de derecho fundamental y garantía de los derechos esenciales. El artículo antes mencionado, asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Además dicha norma se complementa en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución²⁵, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y con la Convención Americana de Derechos Humanos. Ambos tratados de derechos humanos se encuentran ratificados por Chile, constituyendo entonces, obligación para los órganos del Estado su respeto y promoción.²⁶

En opinión de Andrés Bordalí²⁷, el derecho de acción sólo puede encontrarse formulado en el artículo 19 N°3 inciso 1° que expresa: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, sin perjuicio de que el autor asuma una posición crítica frente a la falta de rigor y énfasis en la consagración del referido derecho. Otros autores²⁸ también afirman que el derecho de acción se encuentra establecido en el artículo 19 N°3 inciso 1°.

²⁴ Artículos 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10 de la Declaración Universal de Derecho Humanos.

²⁵ Art. 5° inciso 2°: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

²⁶ Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, H., “La Constitucionalización del proceso : El acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso” en *La Constitucionalización del Derecho Chileno.*, Ed. Jurídica de Chile, 2003, p.170.

²⁷ Cfr. BORDALÍ, *Op.cit.* p.82.

²⁸ Vid. VARAS, P./MOHOR, S., “Procedencia del Recurso de Protección frente a las Disposiciones del Artículo 19 N° 3 de la Constitución de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho, Número Especial*, 1998, SOTO KLOSS, E., “ El Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia (a propósito de requisitos de admisibilidad), en *Revista Chilena de Derecho, Número Especial*, 1998; FIAMMA, G., “La Acción Constitucional de Nulidad: Un Supremo Aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. LXXXIII, N°3, sept.-dic.1986; En el mismo, Ver Anexo 1, “El derecho a la acción: un derecho ínsito principalmente en el artículo 19 N°3 de la Constitución de 1980, p.130-142; SILVA BASCUÑAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI. Ed. Jurídica de Chile, 1997, p.136-145; DE LA

En concordancia con el objetivo de la investigación, no me abocaré a las discusiones que se han presentado con respecto a la consagración del derecho de acción en el sistema chileno, quedándonos con la postura ya expuesta.

Continuando con la opinión Andrés Bordalí, éste sostiene que el derecho de acción no se concretaría en un simple acceso a los tribunales, sino que requiere de un derecho con ciertos contenidos, esto es, que el acceso a los tribunales implique la tutela de los intereses jurídicos afirmados por quienes concurren a ellos. El autor realiza un análisis utilizando el método comparativo, en este caso con el derecho español, para determinar el contenido específico del derecho en cuestión. Concluye que este derecho comprendería dos principales contenidos, cuales son: el derecho al acceso a la jurisdicción y el derecho a obtener una resolución fáctica y jurídicamente motivada.²⁹ Reconocer este contenido de la acción supone la adhesión a las concepciones abstractas de la acción. Estas pretenden explicar por qué una persona, cumpliendo determinados requisitos, puede promover la iniciación de un proceso o, en otras palabras, la actividad jurisdiccional del Estado. Es por eso que se habla del sentido abstracto de la acción, porque se lo concibe como un derecho a la actividad jurisdiccional, a que por medio del proceso se llegue a dictar una sentencia sobre el fondo del asunto concreto planteado, cualquiera sea el contenido de esa sentencia.³⁰

Consecuentemente, por acción entenderemos simplemente el derecho a la jurisdicción, o bien, como el derecho subjetivo público a la actuación jurisdiccional del Estado, que corresponde a todo ciudadano o grupo de ciudadanos interesados, sin más requisitos que el de capacidad general, correlativo al deber del Estado de impartir justicia en la forma jurídicamente regulada. Este concepto de acción corresponde al que la mayoría de la doctrina extranjera acepta hoy en día, es decir, la acción como derecho a la tutela jurisdiccional abstracta³¹.

1.1.- DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Este es quizás la mayor expresión del derecho a la tutela judicial efectiva y es precisamente el derecho en el que incide el *solve et repete*. Se considera que el acceso a la justicia es esencialísimo en un régimen Constitucional de Derecho³² y que esta posibilidad de

CUADRA, E, *Los Derechos Constitucionales*, “Los Derechos Constitucionales”, Ed. Jurídica de Chile, tomo II, p.139-142.

²⁹ Cfr. BORDALÍ SALAMANCA, A., “El Derecho Fundamental de Acción: Un Intento de Configuración en el Orden Constitucional Chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCVII, N° 3, 2000, p. 93-94.

³⁰ Apuntes de clases de Derecho Procesal I. Profesor Andrés Bordalí.

³¹ Vid. BORDALÍ SALAMANCA, A., “El proceso de protección”, en *Revista de derecho. Universidad Austral de Chile*, vol.10, N°1, diciembre, 1999, p. 43-58.

³² Cfr. SOTO KLOSS, E., “El Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia (a propósito de requisitos de admisibilidad) en Revista Chilena de Derecho, Número Especial, p.274.

promover la actividad del órgano jurisdiccional y constituirse como parte en un proceso, es un aspecto que se define como derecho a la jurisdicción³³.

Este derecho esencial y fundamental, que tiene toda persona por el hecho de ser persona, significa pura y simplemente tener la posibilidad de plantear cualquier tipo de pretensión ante la justicia, en la medida que sea jurídica, esto es, que verse sobre bienes o derechos cualquiera sea su objeto. Es por ello que impedir que el tribunal conozca de pretensiones jurídicas constituye un atentado al Derecho y a los derechos de las personas y, además, específicamente al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción.³⁴

No es preciso dar extensas explicaciones para ello, pues resulta evidente que las personas tienen un derecho inalienable a concurrir a los Tribunales de Justicia y deducir las peticiones que estimen convenientes. Si el pueblo le entrega el monopolio de la capacidad coactiva al Estado, lo lógico no será que ante un conflicto de intereses cada cual busque la justicia por su propia mano, (volviendo a épocas pretéritas donde era precisamente la autotutela la manera de conseguir lo más cercano a la justicia) sino lo que dicta la buena razón y en definitiva la normativa vigente. El mantenimiento de la paz social exige al interesado concurrir y activar el aparato jurisdiccional del Estado, que en definitiva está para conocer de conflictos de interés de relevancia jurídica y de decidir quien es finalmente el titular de cierto derecho en disputa. Así los integrantes de la comunidad pueden tener la certeza que ante cualquier eventualidad puedan llevar su reclamo ante un determinado órgano del Estado, llamado tribunal de justicia, que estará legalmente constituido por un tercero imparcial a la controversia, denominado Juez y que en definitiva resolverá el asunto conforme a derecho.

Paulino Varas y Salvador Mohor³⁵ sostienen que los preceptos del artículo 19 N°3 configuran lo que denominan *derechos-garantía*, explicando que son derechos, porque cada cual, desde su propia perspectiva, permite exigir el beneficio o prestación específica que justifica su consagración y porque desde un punto de vista más general permiten demandar el juzgamiento más racional, justo y eficaz jurídicamente posible. Son garantía, pues su objetivo es asegurar o garantizar la más adecuada protección de los derechos subyacentes al proceso. A la vez, estos autores señalan que la garantía del libre e igualitario acceso a los tribunales se obtiene mediante la institucionalización del derecho de acción en el artículo 19 N°3 inciso 1°.

Al derecho de acceso a la jurisdicción también se le ha atribuido el carácter de prestacional, el que en opinión de Nogueira³⁶, debe ser configurado por el legislador, pero éste no podrá interponer ningún obstáculo a tal derecho sin vulnerar la Constitución y los Tratados internacionales de Derecho Humanos, teniendo como deber respetar siempre, el contenido esencial de tal derecho, en virtud del artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental.

³³ Cfr BORDALÍ SALAMANCA, A., "El Derecho Fundamental de Acción: Un Intento de Configuración en el Orden Constitucional Chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCVII, N° 3, 2000, p.94.

³⁴ Vid. SOTO KLOSS, E., *Op. Cit.* 274-275.

³⁵ Cfr .VARAS, P./MOHOR, S., "Procedencia del Recurso de Protección frente a las Disposiciones del Artículo 19 N°3 de la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho, Número Especial*, 1998, p.280.

³⁶ Cfr.. NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Op. Cit.* p.175.

Es preciso hacer una salvedad en la afirmación del autor que se refiere a que el derecho de acceso a la justicia por tener el carácter de prestacional, deba ser configurado por el legislador, ya que estamos frente a un derecho fundamental y que por lo mismo está establecido en la Constitución. Por lo tanto, éste será regulado por el legislador cuando sea necesario hacerlo aplicable o efectivo en la práctica, pero eso dependerá de cada Estado. Es verdad que una vez que se le da la tarea al legislador de regular un derecho fundamental, éste debe hacerlo respetando el contenido esencial del mismo, en virtud del número 26 del artículo 19 de la Constitución.

Este acceso a los Tribunales además, debe ser lo más expedito posible, con la menor cantidad de trabas que impidan su correcto desarrollo y como consecuencia de lo mismo el Estado a través de los órganos legislativos, debe crear toda una normativa legal que posibilite a los particulares un adecuado acceso a los tribunales de justicia, requerimiento al cual éstos no pueden negarse, puesto que el artículo 76 inciso 2° de la Constitución Política³⁷, consagra el principio que la doctrina ha denominado de inexcusabilidad y que constituye una importante garantía para el ciudadano que ha sido lesionado en sus derechos, ya que lo que señala este inciso es que los tribunales deberán siempre ejercer sus funciones, no obstante la inexistencia de una ley que resuelva el asunto sometido a su decisión.

Por último, es preciso considerar que el acceso a la justicia es un derecho que vincula a la vez a todos los poderes públicos, esto en virtud de lo dispuesto en el artículo 6° de la Constitución Política³⁸, disposición que no hace sino recordar que la Constitución posee una fuerza normativa propia que le permite una vinculación directa con la ciudadanía y con los propios gobernantes, forzando a unos y otros a encuadrarse dentro del marco de sus preceptos y principios. Se trata de una plenitud normativa que no admite excusa en cuanto a la obligación que pesa sobre autoridades, jueces y particulares de regirse por los preceptos constitucionales³⁹. Complementa a la vez esta disposición el artículo 5° inciso 2° de la Constitución al expresar que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos (“los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”) garantizados por esta Constitución.

Sobre este punto Soto Kloss afirma que el artículo 6° de la Constitución va referido al legislador y al administrador, pero en el caso del derecho de acceso a la justicia, va especialmente dirigido al juez, mandato que éste no puede olvidar sin que viole de inmediato y

³⁷ Artículo 76 inciso 2° de la Constitución Política “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”.

³⁸ Artículo 6°.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

³⁹ Vid. CUEVAS FARREN, G. *Lecciones de Derecho Constitucional Chileno*, tomo I. Ediciones Universidad Mayor, Santiago, 2003.p. 104-105; VERDUGO, MARIO; PFEFFER, EMILIO Y NOGUEIRA, HUMBERTO. *Derecho Constitucional*, tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999. p. 131-132.

de modo flagrante la Constitución y consecuentemente caiga en una clarísima denegación de justicia, que no es sino otro nombre del “abandono de deberes”.⁴⁰

1.2. DERECHO A OBTENER UNA RESOLUCIÓN FÁCTICA Y JURÍDICAMENTE MOTIVADA

Sólo realizaré una breve explicación de este derecho, con el objetivo de dar ciertas referencias que lleven a la comprensión del mismo, pues explayarme en el desarrollo de él desviaría el objetivo principal de la actual investigación.

En general este derecho consiste en obtener una resolución fundada, y que además debe estar ajustada a lo discutido por las partes dentro del proceso y que fue precisamente objeto del litigio. La sentencia debe tener lo suficiente como para comprender el camino recorrido por el Juez para llegar a la decisión del problema, y de esa manera permitir a la parte afectada deducir los recursos jurisdiccionales correspondientes.⁴¹

Es menester señalar que la exigencia de fundamentación se refiere a una adecuada exposición lógica de las principales razones de hecho y derecho que llevan a determinada conclusión.

Según Bordalí⁴² en el ordenamiento constitucional chileno no existe ninguna disposición que establezca expresamente la obligación de motivar a las sentencias judiciales. Dicha obligación sí tiene consagración legal establecida de un modo general en los artículos 170 N°4 y 768 N°5 del CPC; y en los artículos 342, 343, 361 y 384 del CPP.

Es necesario que se exija de parte del juez una buena fundamentación de sus sentencias, puesto que éste no puede decidir sobre materias no sometidas a su decisión, o concediendo al favorecido más de lo pedido (cayendo en el vicio de *ultrapetita*), o fundamentar la sentencia con antecedentes no aportados por las partes, o peor aún, que no pudieron ser conocidos por la parte contraria y que por lo mismo no tuvo posibilidad de impugnar, lo que a todas luces estaría atentando gravemente contra el principio de bilateralidad de la audiencia.

Una vez expuesto y desarrollado el contenido del derecho fundamental de acción, esto es, el derecho al acceso a la jurisdicción y el derecho a obtener una resolución, es preciso hacer referencia al derecho comparado, puntualmente al derecho español, que por su gran desarrollo doctrinal y jurisprudencial en relación al derecho a la jurisdicción es plausible exponerlo.

⁴⁰ Cfr. SOTO KLOSS, *Op.Cit.* p.276.

⁴¹ Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F. *El Sistema Constitucional Español*. Ed. Dickinson, Madrid, 1992. p.272-273.

⁴² Cfr. BORDALÍ SALAMANCA, A., “El Derecho Fundamental de Acción: Un Intento de Configuración en el Orden Constitucional Chileno”, *Op.Cit.* p. 97-98.

2.- DERECHO A LA JURISDICCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

El artículo 24º de la Carta Fundamental española establece, como bien advierte Fernández Segado, el derecho a la jurisdicción. El autor indica que a través de este derecho puede recabarse la defensa jurídica de cualquier otro derecho, afirmando a la vez que en el seno de aquel cobran especial relevancia las garantías constitucionales del proceso penal⁴³.

También se ha pronunciado sobre el tema en múltiples ocasiones, el Tribunal Constitucional Español⁴⁴, declarando que el primer contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. En concreto puede aceptarse que entre los derechos e intereses legítimos para los que se tiene el derecho a recabar la tutela judicial efectiva, figura el derecho a ejercitar la acción pública consagrado en el artículo 125 de la Constitución Española⁴⁵ (SSTC 62/1983, 147/1985 y 40/1994). Por ello, el rechazo de la acción basado en una interpretación errónea o arbitraria de las condiciones establecidas para su ejercicio comportaría la vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.1 C.E.

En general, la doctrina española⁴⁶ es clara en considerar que en el artículo 24º de su Carta Fundamental esta establecido el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción y derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. El artículo señalado, expresa:

1.- “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2.-Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Dicho precepto es un aporte absolutamente original del Constituyente de 1978 en la nueva configuración del ordenamiento jurídico español. Ninguna de las constituciones

⁴³ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, F. *El Sistema Constitucional Español*. Ed. Dickinson, Madrid, 1992. p.265.

⁴⁴ SSTC 115/1984, 34/1994, 40/1994, 326/1994, entre otras.

⁴⁵ En adelante C.E.

⁴⁶ Cfr. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J., *Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992; FERNÁNDEZ SEGADO, F. *El Sistema Constitucional Español*. Ed. Dickinson, Madrid, 1992. p.272-273; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Ed. Civitas, Madrid, 2001; MATEU-ROS VEREZO, R., “El Derecho Constitucional a la Tutela Judicial Efectiva y el Requisito de la Legitimación” en *Revista de Administración Pública*, Nº 98, 1982; VALLESPÍN PÉREZ, D., *El Modelo Constitucional de Juicio Justo en el ámbito del Proceso Civil*. Ed. Atelier, Barcelona, 2002.

españolas anteriores a la vigente aludía, en forma directa ni indirecta, al “derecho a la tutela jurisdiccional de los derechos”, sino solamente al ejercicio de la función jurisdiccional para impartir justicia a los ciudadanos⁴⁷.

Al mencionar el artículo 24º de la C.E la expresión “todas las personas”, conlleva el reconocimiento del Estado en intentar que a todas las personas les sea posible el acceso al proceso y a las garantías procesales con independencia de sus condiciones económicas y sociales⁴⁸.

Bandrés Sánchez⁴⁹ le otorga el carácter de fundamental al artículo 24º de la C.E por su ubicación en la Sección 1º del Capítulo Segundo del Título I de la Carta Fundamental, que lleva como rúbrica “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, considerándolo como un derecho subjetivo al alcance de todos los ciudadanos, de todas las personas, de obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos por jueces y tribunales.

De acuerdo con Vallespín⁵⁰, el “acceso a la jurisdicción” es definido por Almagro Nosete como un derecho de carácter instrumental que permite la defensa jurídica de todos los derechos mediante un proceso garantizado y decidido por un órgano jurisdiccional, en virtud del cual es posible exigir la prestación jurisdiccional en un proceso mediante las alegaciones y pruebas pertinentes, según las prestaciones deducidas para la aplicación coercitiva e imparcial de la ley al caso concreto. En la misma obra⁵¹, el autor sostiene que con el derecho a la jurisdicción, debido a su amplia utilización, se está constitucionalizando el vocablo acción en su acepción de derecho a reclamar la prestación jurisdiccional para la resolución de un concreto supuesto a través de la aplicación de la ley. Sitúa este derecho en el artículo 24.1 de la C.E⁵², al expresar que éste reconoce el derecho de todos a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión sobre pretensiones deducidas en juicio. Agrega además, que este artículo supone no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

Dentro de la doctrina española se ha planteado la discusión acerca de si en el artículo 24.1 C.E se recoge el derecho a obtener una sentencia de contenido concreto, congruente con la teoría concreta de la acción⁵³.

⁴⁷ Vid. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J., *Op. Cit.* 40-71.

⁴⁸ *Ibid.*, p.188.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 93.

⁵⁰ Cfr. VALLESPÍN PÉREZ, D., *El Modelo Constitucional de Juicio Justo en el ámbito del Proceso Civil*. Ed. Atelier, Barcelona, 2002, p.112.

⁵¹ Cfr. VALLESPÍN PÉREZ, D., *Op.Cit.* p.113

⁵² “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

⁵³ Para los seguidores de esta teoría la acción se entiende como el derecho a obtener una sentencia favorable, o al menos justa, es decir una tutela jurisdiccional concreta.

Sobre este punto Vallespín⁵⁴ sostiene que no es posible formular aquello, pues lo que afirma esta disposición es que las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que se ejerciten los derechos e intereses legítimos, y que estos existan y correspondan a quien los haga valer. Sostiene que es posible sostener esto basándose por una parte, en el análisis de las conclusiones de algunos de los defensores de la teoría concreta de la acción y por otra, al examinar la amplia jurisprudencia constitucional⁵⁵ que ha optado por estimar que el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello.

González Pérez⁵⁶ por su parte, afirma que el artículo 24º de la C.E reconoce efectivamente el derecho de acceso al proceso, pero que no supone en modo alguno un derecho a obtener una sentencia favorable, ni siquiera una sentencia en cuanto al fondo. Para formular esta enunciación, el autor cita varias resoluciones de tribunales españoles⁵⁷.

Por otro lado, Mateu-Ros⁵⁸ al analizar las implicancias que en la C.E surgen entre el principio de tutela judicial y el requisito procesal de la legitimación, expresa que el derecho a la obtención de tutela o protección jurisdiccional, podría enmarcarse dentro de principios constitucionales más generales, como el de seguridad jurídica, pero este autor afirma que en realidad la C.E ha querido expresamente consagrarlo como un derecho público subjetivo, de carácter fundamental, acentuando de tal modo su significado y trascendencia que no queda,

⁵⁴ Cfr. VALLESPÍN PÉREZ, D., *Op.Cit.* p.132.

⁵⁵ STCE 9/81, de 31 de marzo, STCE 20/81 de 8 de junio, STCE 6/99 de 8 de febrero, STCE 115/99 de 14 de junio, STCE 86/2000 de 27 de marzo.

⁵⁶ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Op. Cit.*, p. 34-35.

⁵⁷ - Sentencia de 31 de marzo de 1981: "El derecho a la tutela efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello."

- Auto de 30 de septiembre de 1981: "Ese derecho supone el de obtener una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas ante los Tribunales, siempre que se utilicen las vías procesales adecuadas, pero no el de que tal decisión sea la solicitada por el actor. Tampoco autoriza el precepto constitucional a que este Tribunal sustituya sus propias valoraciones de los hechos que den lugar al proceso a las que formule el Poder judicial, ya que incluso de acuerdo con el artículo 44.1 b) no puede "en ningún caso" entrar a conocer de aquellos. (Autos en los recursos 35/1980, 87/1980 y 104/1980, y de los de la Sala primera de 1 de octubre, 26 de noviembre del mismo año en el recurso 173/1980, y de la Sala Segunda, también de 26 de noviembre en el recurso 107.)"

- Sentencia de 18 de mayo de 1982: "El artículo 24º de la C.E. Según pone de manifiesto su propio tenor literal, consagra el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela de los órganos jurisdiccionales del Estado, que el precepto referido llama tutela efectiva de jueces y magistrados, pero que en definitiva se concreta en el derecho de que, para el sostenimiento de los legítimos intereses se obra y sustancie un proceso y un proceso en el que se cumpla y observen las garantías que el propio precepto enumeró. Este derecho, derecho al debido proceso legal, no atribuye, como este Tribunal ha tenido ocasión de decir ya en un gran número de ocasiones, el derecho a obtener la satisfacción de la pretensión sustantiva o de fondo que en el proceso se deduce, y tampoco comprende un derecho a que en el proceso se observen todos los trámites que el litigante desea, ya que lo que la Constitución garantiza a todos los ciudadanos es el proceso y las garantías procesales constitucionalizadas.

Por las razones antes expresadas, puede decirse que no hay verdadera vulneración constitucional, ni violación del artículo 24º de la C.E por el hecho de que el proceso no haya conducido al resultado que el litigante esperaba, y no la hay tampoco por el hecho que en el proceso no se hayan aplicado las normas procesales pretendidas por el litigante, siempre que esta falta de aplicación no roce las garantías constitucionales."

- Sentencia del Tribunal Constitucional, de 5 de mayo de 2000 (108): "Es un derecho prestacional de configuración legal, cuyo ejercicio está supeditado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso haya establecido el legislador, que sin embargo, no puede fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos."

⁵⁸ Cfr. MATEU-ROS VEREZO, R., "El Derecho Constitucional a la Tutela Judicial Efectiva y el Requisito de la Legitimación" en *Revista de Administración Pública*, Nº 98, 1982, p. 82.

pues, remitida a la interpretación, tal vez mutable e insegura, de principios de alcance sumamente genéricos.

Este autor también sostiene que el derecho de acción o derecho a la jurisdicción, esto es, el derecho al libre acceso a los Tribunales y órganos de la Justicia que, en principio, corresponde a todos los ciudadanos, está consignado en el artículo 24º del Texto Constitucional español, pero agrega algo más, esto es, que aparte del reconocimiento ya mencionado, el texto otorga el derecho a que, en el marco del ordenamiento jurídico sustantivo y procesal, todo titular de derechos subjetivos y de intereses legítimos pueda deducir ante el juez competente las pretensiones procesales oportunas para defensa y protección de esas situaciones jurídico-subjetivas frente a cualquier acto que constituya una vulneración de las mismas.⁵⁹

Finalmente, Mateu-Ros destaca que la Constitución Española, tras recoger de un modo muy amplio y con explícitas pretensiones de eficacia real e inmediata, el principio de tutela judicial de los ciudadanos, *a fortiori*, como derecho público subjetivo, delimita su contenido por referencia al concepto de legitimación. Por eso, el precepto alude al “ejercicio de los derechos e intereses legítimos”, vinculando al mismo la tutela judicial y la prohibición de la indefensión, lo que significa que si bien desde un punto de vista conceptual debe distinguirse entre acción y pretensión y construir un derecho de acción preprocesal desligado de la legitimación, ello no supone olvidar la relevancia jurídica de la pretensión y de la legitimación, tanto para poner en marcha la máquina de la justicia como para servir de garantía de que ésta no funciona sin una razón auténtica, ya que el derecho a accionar queda condicionado por la pretensión. Se ejercita un derecho para pretender la tutela de un derecho o de un interés legítimo, la legitimación es un requisito de la pretensión y no de la acción. Más aún, el ejercicio de la acción debe quedar condicionado, en última instancia, por el requisito de la legitimación, aunque ésta pueda concebirse de forma amplia. O lo que es lo mismo, que, salvo que se acepte un concepto de “derecho de acción” o “derecho a la Jurisdicción” inservible en sí mismo por su excesiva amplitud, su notoria abstracción o su connotación exclusivamente simbólica, ese derecho concebido como la facultad de ejercitar pretensiones procesales en defensa de todas las situaciones jurídicas amparadas por el derecho vigente, está condicionado, en el reconocimiento concreto de su aplicación efectiva, a la concurrencia de legitimación en su titular. Por lo tanto, la legitimación no puede ser concebida como una restricción externa que se adiciona excepcionalmente, constriñendo su eficacia a un supuesto derecho previo al libre ejercicio de cualesquiera pretensiones procesales, sino como un límite implícito e inherente, un elemento configurativo propio e *in situ* en la misma naturaleza del derecho a la acción judicial.⁶⁰

⁵⁹ *Ibid.* p. 83.

⁶⁰ *Ibid.* p. 86-88.

Por último, el autor fundamenta su teoría consistente en la legitimación procesal como elemento *in situ* en el concepto mismo del derecho a la justicia o derecho de acción y en consecuencia, como criterio conformador y tamiz aplicativo del derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24º de la Constitución de 1978, con sentencias del Tribunal Constitucional Español.⁶¹

Bandrés Sánchez-Cruzat formula que la presencia del derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y la inclusión del derecho al proceso debido⁶² en el artículo 24º de la Carta Fundamental española, no puede comprenderse sin acudir a otros preceptos constitucionales relevantes, que sirven de base para el sistema constitucional español vigente a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, por ello no puede entenderse sin acercarse a la definición del Estado Español como social y democrático de Derecho.⁶³

En oposición a esto, se afirma que el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho, considerándose como algo consustancial a todo Estado, que viene impuesto por principios superiores que el derecho positivo no puede desconocer⁶⁴.

Frente a estas dos posturas contrarias, me adhiero a la entregada por Bandrés, pues considero que la tutela judicial efectiva sólo se podrá establecer y desarrollar dentro de un Estado de derecho, que apunta a que el Estado debe estar sometido a un ordenamiento jurídico, el cual constituye la expresión auténtica de la idea de derecho vigente en la sociedad. Tal vez el requisito más importante de un Estado de derecho, dice relación con que tanto las normas jurídicas del respectivo Estado, como las actuaciones de sus autoridades al aplicar dichas normas jurídicas, deben respetar, promover y consagrar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza de las personas, siendo la tutela judicial efectiva uno de estos, pues permite la protección jurisdiccional de las personas, a través de un debido proceso.

En suma, habiendo transcurrido 30 años desde la promulgación de la Constitución de 1978, constituye una realidad insoslayable que para el ordenamiento procesal español, el tema de la acción ha pasado de ser considerado como una cuestión exclusiva de los teóricos, para convertirse en realidad práctica, plasmada en la Constitución como un derecho subjetivo fundamental de los justiciables, a una concreta y efectiva tutela jurisdiccional, aunque por cierto, en ningún caso, como ya se dijo, a obtener una sentencia favorable, como lo ha reconocido en múltiples ocasiones la doctrina del Tribunal Constitucional Español.⁶⁵

⁶¹ STCE de 30 de marzo de 1981, STCE de 31 marzo de 1981, STC de 8 de junio de 1981, STCE de 29 de marzo de 1982.

⁶² Entendida la tutela judicial efectiva como el derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener, como resultado de un proceso sustanciado con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Por lo tanto, el derecho a una tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, no es un derecho absoluto ejercitable en todo caso, pues debe ejercerse dentro del proceso legalmente establecido.

⁶³ *Cfr.* BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J., *Op. Cit.* 33.

⁶⁴ *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Op. Cit.* p.25.

⁶⁵ Sentencia de 31 de marzo de 1981 (S.9/1981), Auto de 30 de septiembre de 1981 (A.97/1981), Sentencia de 18 de mayo de 1982 (S.22/1982), Sentencia de 14 de junio de 1982 (S.35/1982), Sentencia de 22 de junio de 1983 (S.55/1983), Sentencia de 8 de noviembre de 1983 (S.92/1983), Sentencia de 28 de noviembre de 1985

3.-LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCIÓN

Una vez analizado el contenido del derecho de acción, es decir, el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a obtener una resolución fáctica y jurídicamente motivada, es pertinente un análisis de los límites u obstáculos que impiden el libre ejercicio de este derecho, aproximándome puntualmente a los impedimentos que se presentan con respecto al derecho de acceso a los Tribunales de Justicia.

Es preciso señalar que los derechos y garantías consagrados por la Constitución de 1980, y por tanto, también el derecho de acción, presentan una serie de características, y entre éstas una de particular importancia, es aquella que en opinión de cierta doctrina constitucional⁶⁶, expresa que estos se encuentran sujetos a limitaciones fundadas en el resguardo de los derechos de terceros o en la defensa de bienes jurídicos de mayor entidad, como la moral, el orden público, las buenas costumbres, la seguridad nacional y la seguridad del Estado; o en último término, porque su ejercicio pasa por el respeto a las normas legales que los regulen y principalmente a los preceptos constitucionales.

En concordancia con esta última opinión, se puede concluir que el derecho fundamental de acción, y por tanto el derecho de acceso a la jurisdicción, no tiene el carácter de absoluto, sino que admite limitaciones. Sólo la ley puede establecer condiciones para su ejercicio, pudiendo el legislador poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pero siempre respetando su contenido esencial, pues de lo contrario su intervención sería ilegítima⁶⁷. Nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho en comento, cuyo ejercicio sólo puede regularse por ley.

En virtud de lo expuesto por Bordalí⁶⁸, los obstáculos se pueden clasificar en dos grupos, estos son: Impedimentos económicos para el ejercicio del derecho de acción e impedimentos jurídicos, tales como trámites previos, plazos y fianzas para el ejercicio del mismo.

Me interesa analizar el segundo obstáculo, puntualmente el referente al establecimiento de fianzas, ya que sobre aquel tiene incidencia directa la institución del *solve et repete*, objeto principal de estudio.

(S.160/1985), Sentencia 20 de julio de 1987 (S.131/1987), STC 193/2000 de 18 de julio, STC 108/2000 de 5 de mayo, STC 158/2000 de 12 de junio, STC 3/2001 de 15 de enero.

⁶⁶ Cfr. VERDUGO, PFEFFER Y NOGUEIRA. *Derecho Constitucional Tomo I y II*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 194.

⁶⁷ Cfr. VARAS, P, MOHOR, S., “A cerca de la esencia de los derechos constitucionales y de su libre ejercicio que consagra el Art. 19 N°26 de la Constitución Política” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, tomo XVIII, 1997, p.157.

⁶⁸ Cfr. BORDALÍ, A., “El Derecho Fundamental de Acción: Un Intento de Configuración en el Orden Constitucional Chileno”, *Op.Cit.* p. 95.

3.1.- ESTABLECIMIENTO DE CAUCIONES O FIANZAS

En nuestra legislación ordinaria existen disposiciones que sancionan la institución del *solve et repete*, que en virtud de lo ya indicado, significa que para poder acceder al aparato jurisdiccional se debe previamente pagar una suma de dinero, correspondiendo por lo general a una parte o fracción de lo adeudado. Especialmente relevante es esta situación en relación con las facultades de la Administración del Estado. En este caso, el afectado por un acto sancionador dictado por la Administración, que le impone una multa, debe pagar ésta en su totalidad o en una fracción para poder posteriormente accionar ante el tribunal que señale la ley. Es por ello que se ejecuta la sanción administrativa antes que pueda ser impugnada, se le exige el cumplimiento de ella para que pueda acceder a la justicia y plantear su reclamo.

La cuestión que surge del reconocimiento de esta institución que crea el legislador es si es compatible con nuestra Carta Fundamental, dicho de otro modo, surge la incertidumbre si la exigencia del *solve et repete* permite efectivamente el ejercicio del derecho a solicitar tutela judicial.

En este aspecto es menester hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español⁶⁹, pues éste ha señalado que no serían contrarias al derecho de acción las fianzas cuya cuantía no impida u obstaculice gravemente la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional, porque de lo contrario darían lugar a la indefensión vetada por el texto constitucional español⁷⁰. Por lo tanto, según la doctrina constitucional española el requisito de la fianza no vulnera el derecho a la acción, en tanto no resulte prohibitiva o particularmente gravosa.

⁶⁹ STCE 202/87, de 17 de diciembre, FJ 6, y STCE 326/94, de 12 de diciembre, FJ 2.

⁷⁰ BORDALÍ, A., *Op.Cit.* p. 96.

CAPÍTULO III: EL *SOLVE ET REPETE* EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. ANÁLISIS DE DERECHO CHILENO Y ESPAÑOL

1.-EL *SOLVE ET REPETE* EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

En España fue suprimido el *solve et repete* por la ya derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁷¹, conforme al correcto sentido que la jurisprudencia fue dando a su artículo 57.2 letra e)⁷². Además de su incompatibilidad con la Constitución de 1978, que declara que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.⁷³ Sin perjuicio de esto, a mediados del siglo pasado, se formularon importantes opiniones acerca de esta regla administrativa.

De acuerdo con lo anterior, Martín Oviedo⁷⁴ sostiene que el *solve et repete* data de la Ley de Bases de 13 de septiembre de 1888 y su texto articulado por Real Decreto de 22 de junio de 1894 (artículo 6º⁷⁵), recogiendo en el Reglamento de igual fecha, en su artículo 262⁷⁶. El requisito después se mantiene en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, cuyo artículo 57.2 e) se refiere al requisito del previo pago. Este autor expone las posturas básicas que en esos tiempos adoptó la jurisprudencia para la interpretación de este precepto legal, que a continuación presento:

1) Junto a la invocación, más o menos incidental, del "privilegio" a propósito del *solve et repete*, la jurisprudencia ha calificado a esta exigencia como un requisito esencial, inexcusable, imprescindible para recurrir. En otras ocasiones no ha dudado, incluso, en hablar de obstáculo al libre acceso de los particulares a la vía jurisdiccional contenciosa.

2) En congruencia con lo anterior, doctrina legal en forma unánime ha reiterado que esta regla debe ser objeto de interpretación restrictiva.

⁷¹ Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, vigente hasta el 14 de diciembre de 1998

⁷² Artículo 57.2 letra e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956. "Al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se acompañará: e) el documento acreditativo del pago en las Cajas del Tesoro público o de las Corporaciones locales, en los asuntos sobre contribuciones, impuestos, arbitrios, multas y demás rentas públicas y créditos definitivamente liquidados en favor de la Hacienda, en los casos en que proceda con arreglo a las Leyes, excepto en el supuesto previsto en el artículo 132, párrafo 2.º, y cuando el pago se hubiere hecho durante el curso del procedimiento administrativo y en él constare el documento que lo justifique, en cuyo caso se manifestará así en el escrito de interposición".

⁷³ Artículo 24.1 Constitución Española de 1978.

⁷⁴ Cfr. MARTÍN OVIEDO, J.M., "La Decadencia de la regla solve et repete y la Doctrina del Consejo de Estado, en *Revista de Administración Pública*, N° 58, 1969, pp158-160.

⁷⁵ Artículo 6º de la Ley de 1894 "No se podrá intentar la vía contencioso administrativo en los asuntos sobre cobranza de contribuciones y demás rentas públicas o créditos definitivamente liquidados en favor de la Hacienda, en los casos en que proceda con arreglo a las leyes, mientras no se realice el pago en las Cajas del Tesoro público o de las corporaciones locales".

⁷⁶ Artículo 262 del Reglamento de 1894. "Con el escrito interponiendo el recurso, además de los documentos que previene el artículo 35 de la Ley, deberá presentarse, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 6º, el documento original que acredite el pago en las Cajas del Tesoro público, cuando el asunto se refiera a la cobranza de contribuciones y demás rentas públicas o créditos definitivamente liquidados en favor de la Hacienda pública, a no ser que el actor solicite declaración de pobreza".

3) Con anterioridad a la Ley de 1956, la jurisprudencia se había extendido, con todo detalle, en la mención de los casos concretos en que procedía aplicar la regla, ante la escueta dicción legal. Ante la configuración que el requisito del previo pago recibe en dicha Ley, se ha abierto una ligera divergencia, al menos de principio, entre las Salas 3 y 4 del Tribunal Supremo⁷⁷. En tanto que la primera de ellas sigue considerando que la regla tiene carácter general, la segunda se ha mostrado más sensible al cambio legal operado, estimando que el previo pago ya no deriva de la Ley jurisdiccional, sino que será exigible sólo cuando así proceda con arreglo a otras leyes.

4) La reciente jurisprudencia ha marcado una evolución importante, frente a la jurisprudencia anterior al año 1956, que no admitía sino el pago en sentido estricto como forma de dar cumplimiento a este requisito, aquélla admite ya, como formas equivalentes o suficientes de pago, la consignación y el depósito.

Clavero⁷⁸ en su obra expone la contradicción existente, en esos tiempos, en la jurisprudencia referente al tema. Afirma que la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, al suprimir el antiguo artículo 6º de la Ley de 1894, regulador del principio *solve et repete*, introdujo una trascendental reforma en la indicada jurisdicción y en la práctica del sistema tributario. Existiendo, de esta forma, una cierta contradicción entre la jurisprudencia al respecto de la Sala 3º y de la Sala 4º. En la primera se mantiene el sentido tradicional de *solve et repete* sobre la base de que el artículo 57.2, letra e) de la Ley jurisdiccional, al exigir la presentación del documento acreditativo del pago en las Cajas del Tesoro, sigue consagrando la regla general del previo pago (sentencias de 16 de marzo de 1962, 23 de mayo de 1962). Por su parte, la Sala 4º establece que el documento acreditativo del pago de las Cajas del Tesoro sólo es exigible cuando dicho previo pago proceda con arreglo a las leyes, pero no cuando las leyes no exijan el previo pago para recurrir (sentencias de 24 y 31 de octubre de 1961). Esta contradicción pone de relieve la falta de unidad de la doctrina jurisprudencial contencioso administrativa española, posibilitada por la existencia de tres Salas distintas, que aún conociendo cada una sobre materias diferentes, tienen, sin embargo, que manejar y aplicar instituciones y figuras comunes.

Este autor concluye que el *solve et repete* puede atentar contra el principio de la seguridad jurídica, afirmando que ésta además, es de rango superior al principio de la eficacia de la recaudación⁷⁹.

Por su parte Mendizábal⁸⁰ sostiene que la regla *solve et repete* carece de todo fundamento filosófico, técnico o científico, y que a la vez debe excluirse, automáticamente, la posibilidad de calificarla como un auténtico principio jurídico.

⁷⁷ Cfr. CLAVERO, M., "El Problema del Previo Pago en la Reciente Jurisprudencia, en *Revista de Administración Pública*, Nº 41, 1963, p.169.

⁷⁸ *Ibid*, p. 169.

⁷⁹ *Ibid*, p. 173.

De acuerdo con Martín Oviedo, Uckmar le ha dado el calificativo de “institución cuyo único fundamento es un privilegio opresivo en favor del Fisco, constituyendo un verdadero caso de denegación de justicia”⁸¹.

Ya en el año 1984 Minguez realiza comentario sobre una sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 9 de mayo del mismo año, donde se aborda frontalmente el tema del *solve et repete* a la luz del artículo 24.1 de la CE, concluyendo este autor que una vez en vigor la Constitución Española, el principio *solve et repete* había de sufrir en virtud del principio de tutela judicial efectiva, sino su erradicación total y absoluta, sí al menos su condena en vía administrativa y en primera instancia jurisdiccional, por ser contrario a lo establecido en el artículo 24.1 de la C.E.

Para García de Enterría⁸² el *solve et repete* es un principio que tiene dos manifestaciones: la admisión puramente formal del recurso se condiciona, o bien al pago total de la multa cuya legalidad va a discutirse, o bien al depósito, total o parcial de su cuantía por el recurrente. El autor considera asombroso que una técnica tan tosca, que hace que sólo los ricos puedan recurrir, haya podido subsistir hasta hoy. La cuestión se agrava en los supuestos en que el impago determina la conversión de la multa en arresto sustitutorio, pues ello quiere decir que éste ya no podrá discutirse nunca. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, que comenzó viendo en el artículo 57. 2 letra e), una consagración general del principio *solve et repete*, análoga a la que, en efecto, establecía el artículo 6º de la Ley Santamaría de Paredes que rigió hasta el año 1957, está hoy en la interpretación más benévola de ver en ese precepto, un simple reflejo de la exigencia de otras leyes sustantivas. Es obvio, no obstante, que aún con esta interpretación restrictiva la situación es jurídica y moralmente insostenible y que, en tanto no se dé efectividad al principio constitucional citado, que proscribiera el *solve et repete*, los casos en que éste se consagre constituyen el supuesto quizá más característico de perjuicios de reparación imposible (al vedar el paso a la justicia) al que, por tanto, resulta imprescindible aplicar con generalidad el remedio de la suspensión inmediata de los actos recurridos (artículos 116 LPA y 122 LJ).

Para Santamaría Pastor⁸³, el *solve et repete* no ha muerto en la legislación, en la doctrina jurisprudencial ni, lo que es peor, en las aficiones y reflejos instintivos de una burocracia que se aferra con desesperación a los más deprimentes privilegios. Este autor considera que lamentablemente, queda aún mucho camino por recorrer hasta extinguir los supuestos legales de *solve et repete* actualmente vigentes e impedir que puedan volver a renacer o reproducirse en el futuro. Tarea ésta que corresponde, desde luego, al legislador,

⁸⁰ Cfr MENDIZÁBAL, R., “Significación Actual del Principio *solve et repete*”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 43. 1964, p. 109.

⁸¹ Palabras de UCKMAR, ANTONIO como presidente del II Congreso de la Asociación Internacional de Tributaristas Italianos (Torino, mayo de 1952), cit. por MARTÍN OVIEDO, J.M., “La Decadencia de la regla *solve et repete* y la Doctrina del Consejo de Estado”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 58, 1969, p.150.

⁸² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Ed. Civitas, S.A, Madrid, 1992, p. 195.

⁸³ Cfr, SANTAMARÍA PASTOR, J., “Un Paso Adelante en la Extinción del *solve et repete*”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 2, 1974, p. 311.

pero no en menor medida a la doctrina científica y jurisprudencial. Para este autor, no basta concluir en que el artículo 57.2 letra e) de la Ley de lo Contencioso es una simple norma de reenvío, pues no se hace sino falsear la cuestión, porque dicho precepto, como todos los de las normas materiales que exigen el requisito del previo pago, merece otra calificación muy diversa: son, pura y simplemente, normas inconstitucionales, normas que incurren manifiestamente en contrafuero. Esto no es en modo alguno una ocurrencia, sino una realidad. La gratuidad de la justicia para aquellos que carezcan de medios económicos, es una exigencia constitucional que no se satisface meramente con las técnicas del beneficio de pobreza y del turno de oficio, antes bien, es un principio capital del Estado de Derecho que prohíbe toda posible limitación al derecho de residenciar los conflictos ante los Tribunales de Justicia en base a motivos económicos. Constitucionalmente, el acceso a la justicia no puede quedar condicionado a la posesión de medios económicos, que es exactamente en lo que consiste el *solve et repete*.

Cabe mencionar la postura actual del Tribunal Constitucional Español⁸⁴, pues como ya he señalado, en España fue suprimido el *solve et repete*, conforme al correcto sentido que la jurisprudencia fue dando a su artículo 57.2 letra e).

La jurisprudencia del TCE con respecto al establecimiento de fianzas, ha señalado que no serían contrarias a tal derecho de acción, aquellas fianzas cuya cuantía no impida u obstaculice gravemente la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional, porque de lo contrario darían lugar a la indefensión vetada por el texto constitucional español. Esto es, la exigencia de una fianza para el ejercicio de una acción determinada, no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho de acción, siempre que su cuantía, con relación a los medios de quienes pretendan ejercitarla, no impida u obstaculice gravemente su ejercicio⁸⁵.

Para refrendar lo anteriormente señalado, reproduzco partes de sentencias atinentes a este tema:

- STCE 62/1983 de 11 de julio: “Delimitada así la cuestión, debemos afirmar que la exigencia de una fianza no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho, siempre que su cuantía, en relación a los medios de quienes pretenden ejercitarlo, no impida u obstaculice gravemente su ejercicio, pues ello conduciría en la práctica a la indefensión que prohíbe el artículo 24.1 de la Constitución”.

- STCE 202/1987 de 17 de diciembre: “De acuerdo con doctrina anterior de este Tribunal (SSTC 62/1983 y 113/1984), la exigencia de fianza no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto no resulte prohibitiva o particularmente gravosa. Esta doctrina recayó en materia penal, en fianzas sobre

⁸⁴ TCE en adelante.

⁸⁵ STCE 62/1983 de 11 de julio, STCE 108/1983 de 29 de noviembre, STCE 113/1984 de 29 de noviembre, STCE 147/1985 de 29 de octubre, STCE 202/1987, de 17 de diciembre, STCE 326/1994, de 12 de diciembre, STCE 79/1999 de 36 de abril y STCE 45/2002 de 25 de febrero.

querella o libertad provisional. Consecuentemente, lo que puede ser decisivo en ese ámbito no puede ser trasladado, sin más, al proceso de carácter civil para la decisión de intereses privados, y sin la trascendencia de los derechos que en aquel otro orden se debaten. Por eso, tiene sentido la prohibición de exigir fianzas inadecuadas obstativas al ejercicio de la acción popular (penal) que establece el art. 20.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bien que salvando la legitimidad de la fianza con el requisito de su adecuación, y que no exista norma parecida en los otros órdenes jurídicos”.

- STCE 326/1994 de 12 de diciembre: “Como en varias ocasiones ha declarado este Tribunal, la exigencia de fianza como condición para ser parte en el proceso no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho reconocido por el art. 24.1 C.E., pues no impide por sí misma el acceso a la jurisdicción (SSTC 62/1983, 113/1984, 147/1985)”.

- STCE 45/2002 de 25 de febrero: “En resumen alega que, conforme a la doctrina constitucional, en el supuesto más cercano a la caución del artículo 41 LH, cual es la fianza exigida para el ejercicio de la acción popular, la STC 326/1994 entendió que lo que tiene trascendencia constitucional no es la exigencia de fianza en sí misma considerada, como condición para ser parte en el proceso, sino el problema de la racionalidad de la cuantía de la fianza impuesta, pues como ya apuntaban las sentencias 62/1983, 113/1984, 147/1985, de ser desproporcionada en relación a los medios de quienes pretendan interponer querella se impediría u obstaculizaría gravemente su ejercicio, lo que podría conducir en la práctica a la indefensión que prohíbe el artículo 24.1 CE, debiendo interpretarse esta doctrina en el sentido de que no compete a este Tribunal la sustitución de los órganos de la jurisdicción ordinaria en la fijación de la cuantía, limitándose su función al control de la arbitrariedad e irracionalidad de la decisión judicial”.

El TCE considera a la vez que esta caución, resulta difícilmente justificable a la luz de las garantías constitucionales, pues el principio *solve et repete* limita la impugnación y coloca al administrado en situación de indefensión absoluta cuando carece de patrimonio para hacer frente al depósito. Con ello desvirtúa la igualdad subjetiva consagrada en el artículo 14 de la C.E, en el sentido que la doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia 3/1983, de 25 de enero, y el libre acceso a la justicia garantizado en el art. 24.1 de la C.E.⁸⁶.

⁸⁶ STCE 245/1984 de 25 de abril.

Además de considerarlo lesivo de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías protegidas en los artículos 24.1 y 2 C.E ⁸⁷.

Para concluir, en conformidad a la línea jurisprudencial del TCE, considerado intérprete supremo de la Constitución, cuyas decisiones vinculan a todos los órganos judiciales y al aplicar las normas, fija su verdadero sentido constitucional, ha establecido la derogación de los preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable, como es el caso del *solve et repete*. También es válido consignar que las leyes deben ser interpretadas de la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales y de conformidad con la Constitución.

2.-EL SOLVE ET REPETE EN LA DOCTRINA CHILENA

En Chile es escasa la doctrina que se ha pronunciado acerca del *solve et repete*, sin perjuicio de los fallos del Tribunal Constitucional, que serán analizados en el último capítulo.

Entre los autores que se han referido a esta institución, tenemos a Soto Kloss, sosteniendo la incompatibilidad total de este “arbitrio absolutista”, con nuestra Constitución Política, agregando que vulnera muchos derechos fundamentales de primordial importancia en la vida de relación⁸⁸, entendida ésta, como aquella que desborda la esfera interna del individuo, involucrando los vínculos existentes con los seres que lo rodean, referida principalmente a las relaciones familiares y sociales. Los derechos fundamentales que son vulnerados, según el autor, se enuncian a continuación:

- En primera instancia se refiere a la vulneración flagrante del derecho fundamental del afectado a la “igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”(artículo 19 N°3 de la CPR), derecho que implica en sí mismo el derecho fundamental de acceso a la justicia y el derecho fundamental a una efectiva tutela judicial, y a la vez constituye un impedimento para el ejercicio de dicho derecho en su esencia (artículo 19 N°26 CPR). Asimismo, también es vulnerado el artículo 5° de la CPR, al imponer la obligación a todo órgano del Estado, incluido el legislador, de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo el derecho del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva uno de los más inequívocos derechos naturales del ser humano, como es el derecho a la defensa ante un juez⁸⁹.

- Consecutivamente enuncia el quebrantamiento del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 N°2 CPR), pues el tener que pagar una multa para poder reclamar de ella, significaría un privilegio para la autoridad administrativa, sin fundamento constitucional, constituyendo una discriminación arbitraria⁹⁰.

⁸⁷ STCE 69/1999 de 23 de marzo.

⁸⁸ Cfr. SOTO KLOSS, *Op Cit*, p.86.

⁸⁹ *Ibid.* p.86-87.

⁹⁰ *Ibid.* p. 89.

- Otra de las vulneraciones enunciadas por Soto Kloss es del derecho de propiedad del afectado, por despojarlo de la suma que debería pagar para tener acceso a la justicia, suma que ha de sacarla de su patrimonio, privación que se llevaría a cabo antes de que la justicia indique si es procedente o no, constituyendo una exacción inconstitucional.⁹¹

- En conformidad con la Carta Fundamental, puntualmente, con sus artículos 1°, inc.4°, y 5°, inc.2°, es deber del Estado y de cada uno de sus órganos promover el ejercicio de los derechos y no obstaculizarlos, y de remover los obstáculos que impiden a las personas su libertad o igualdad, o el pleno desarrollo de su personalidad, a fin de permitir su mayor realización, que es la promoción del bien común. El *solve et repete* fatídico resabio de épocas estatistas, irrespetuosas de los derechos de las personas, vulnera precisa y cabalmente este deber impuesto también al legislador por la propia Constitución, en su afán de hacer realidad la primacía de la persona y el carácter servicial del Estado.⁹²

- También viola el artículo 73 -actual 76- de la Constitución al entorpecer o impedir el ejercicio de la jurisdicción, que ella confiere como poder- deber a los tribunales de justicia.⁹³

- Por último, Soto Kloss señala que en el derecho comparado⁹⁴, puntualmente en España, Colombia e Italia, esta institución ha sido derogada hace bastante tiempo y a la vez señala las disposiciones de los pactos internacionales⁹⁵ vigentes en Chile, que son vulneradas con el *solve et repete*.⁹⁶

Soto Kloss señala que no se ve motivo alguno que pueda ser considerado como razonable o necesario para un acceso a los tribunales, la imposición de cauciones o fianzas que limitan tal acceso, aún cuando el monto de la caución o fianza pueda ser proporcionada a la capacidad económica de quienes pretendan acceder al órgano jurisdiccional, dicha exigencia puede significar una traba o una limitación al libre y fácil acceso a los tribunales que el Estado

⁹¹ *Ibid.* p. 89.90.

⁹² *Ibid.* p.90.

⁹³ *Ibid.* p.90,

⁹⁴ La Corte Constitucional italiana hace ya más de treinta años ha declarado inconstitucional el *solve et repete* por ser contrario al derecho a la igualdad ante la ley, que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos.

En España fue suprimido este artificio antilibertario por la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (27 de diciembre de 1956) conforme al correcto sentido que la jurisprudencia fue dando a su artículo 57.2 letra e). Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (12/03/1987) que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal que establecía tal exigencia.

⁹⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 7° “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho e igual protección de la ley”, y agrega su artículo 8° que “ toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26 reconoce a toda persona la igualdad ante la ley y el derecho sin discriminación a igual protección de la ley. Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, de 1969), en su artículo 8° N°1, referente a garantías judiciales, reconoce el derecho fundamental de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, lo que resulta incompatible con el mecanismo del previo pago de un porcentaje de la multa administrativa que precisamente se trata de reclamar, exigencia que obstaculiza, limita, restringe e incluso impide el acceso libre e igualitario a la justicia.

⁹⁶ 92-93

chileno, por expreso mandato constitucional, tiene que proveer y garantizar a todas las personas en términos de igualdad⁹⁷.

Concluye enunciando que todas las normas, ya sean anteriores o posteriores a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980, que establecen la exigencia del *solve et repete*, han quedado derogadas por ser incompatibles con su artículo 19 N°3 inciso 1°. Sin embargo, indica algunos cuerpos legales vigentes⁹⁸, que siguen reconociendo el *solve et repete*, pues es el mismo legislador el que en el orden administrativo sigue estableciéndolo.

Los argumentos expuestos, son los mismos dados por este autor, en sentencias del Tribunal Constitucional al actuar como abogado integrante del mismo. Estas sentencias serán vistas en el último capítulo de la investigación.

Otro autor que se refiere al tema en cuestión es Bordali⁹⁹, señalando que no existe motivo que pueda ser considerado como razonable o necesario para un acceso a los tribunales, a fin de justificar la imposición de fianzas o cauciones que condicionan o limitan tal acceso. Señalando además, que independiente de si es o no proporcional a la capacidad económica de quienes pretendan acceder al órgano jurisdiccional, esta exigencia puede significar una traba o una limitación al libre y fácil acceso a los tribunales que el estado chileno, por mandato constitucional, tiene que proveer y garantizar en términos de igualdad. Pero a la vez indica que el rechazo al previo pago de cauciones o fianzas para acceder a la justicia mediante la interposición de una determinada demanda, incidente o recurso, no puede englobar a todo tipo de consignación monetaria¹⁰⁰. Sostiene además, que en algunas ocasiones se puede justificar el pago previo, para no perjudicar a una de las partes de una obligación jurídica, como sería el caso del arrendador, en el caso de rentas impagas¹⁰¹.

Concluye de este modo que los pagos previos deben constituir una excepción y sólo con el objetivo de no perjudicar a la otra parte en el proceso¹⁰².

⁹⁷ Cfr. SOTO KLOSS, E., en fallo Rol 185 de 28 de febrero de 1994, actuando como abogado integrante del Tribunal Constitucional.

⁹⁸ Artículo 20 del DL 211, de 1973, texto refundido DS N°511 de 1980, que impone el pago previo para reclamar de la multa que imponga la Comisión Resolutiva; Artículo 69 de la LOC del Banco Central N°18.840 de 10 de diciembre de 1989, que exige para reclamar de las distintas decisiones de dicho organismo, boleta de consignación a la orden del tribunal por el equivalente al 1% del monto total de la operación o del perjuicio que se reclama, señalando que el monto máximo de tal consignación no podrá ser superior a 600 UTM; Artículo 474 del Código del Trabajo de 1994, en su inciso 3° exige para reclamar ante el Juez de letras del Trabajo de las multas que imponga la autoridad administrativa de fiscalización laboral, el pago de la tercera parte de la multa; Ley 18.933, sobre Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, cuyo artículo 7, reemplazado por la ley 19.381 artículo 1° N°1, exige el pago para reclamar de las sanciones de multa que imponga el Superintendente, el 20% de ella, no pudiendo exceder de 5 UTM; Artículo 64 de la Ley 19.300; Artículo 1° N°13 que modifica el artículo 218 de la Ordenanza de Aduanas, Ley 19.479; Artículo 73 de la Ley 19.718 que establece la Defensoría Penal Pública; Artículo 21 del DL N°1.097; Artículo 94 N°8 del DL N°3.500.

⁹⁹ Cfr BORDALÍ, A, *Op Cit*, p.96.

¹⁰⁰ Basándose en sentencias del TCE, expresa : “No parece desproporcionado ni injusto que , por ejemplo, en un proceso de arriendo se pueda obligar al arrendatario demandante a que consigne en el tribunal las rentas vencidas, porque si no es así, éste se puede valer del proceso para dejar de pagar la renta durante a tramitación del mismo, con un claro perjuicio para los derecho del arrendador”.

¹⁰¹ BORDALÍ, *Op.Cit.* p.97.

¹⁰² *Ibid*,p.97.

CAPÍTULO IV: EL *SOLVE ET REPETE* EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

Sentencia Tribunal Constitucional Rol 92, de 15 de enero de 1990

La Junta de Gobierno envía proyecto de ley que "Crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRES y deroga el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de Salud, de 1981", a fin de que este Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el N° 1° del artículo 82 de la Constitución Política de la República, en relación con los artículos 87 y 88 y 74 de la misma Carta Fundamental, ejerza el control de constitucionalidad sólo sobre los artículos 1 y 7 de dicho proyecto.

En lo concerniente a la presente investigación es el inciso segundo del artículo 7 del proyecto de ley el que nos atañe, que expresa lo siguiente:

"Para reclamar contra resoluciones que impongan multas deberá consignarse, previamente, en la cuenta del tribunal, una cantidad igual al veinte por ciento del monto de dicha multa, y en los demás casos será equivalente a una unidad tributaria mensual vigente a la fecha de la resolución reclamada, la que será aplicada a beneficio de la Junta de Servicios Judiciales si se declara inadmisibile o se rechaza el recurso".

El TC declara que este inciso del proyecto de ley es constitucional, sin ofrecer ningún argumento a tal afirmación; sólo se limita a declararlo como tal.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol 185, de 28 de febrero de 1994

El Senado envía proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre Bases del Medio Ambiente, a fin de que el TC, ejerza el control de constitucionalidad respecto de los artículos que en él se señalan. Precisamente es el inciso segundo del artículo 65¹⁰³ de la Ley, que es cuestionado por el abogado integrante Eduardo Soto, ya que su voto es en contra de lo señalado por el voto de mayoría del TC, pues este organismo lo declara constitucional y al igual que en la sentencia anterior, no argumenta mayormente el por qué de su conformidad con nuestra Constitución. Sólo se hace referencia a ello en el voto de minoría, dado por Soto Kloss, en su calidad de abogado integrante. Éste sostiene la inconstitucionalidad de la exigencia de la previa consignación de una suma de dinero equivalente a un porcentaje de la sanción de multa impuesta por una autoridad administrativa, señalando que "vulnera de modo

¹⁰³ Actualmente corresponde al artículo 64 de la Ley 19.300 "En contra de las resoluciones a que se refiere el inciso anterior, se podrá recurrir, dentro del plazo de diez días ante el juez y conforme al procedimiento que señalen los artículos 60 y siguientes, previa consignación del equivalente al 10% del valor de la multa aplicada, en su caso, sin que esto suspenda el cumplimiento de la resolución revocatoria, y sin perjuicio del derecho del afectado a solicitar orden de no innovar ante el mismo juez de la causa".

flagrante el derecho fundamental del afectado a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (Art. 19 N°3 CPR), derecho que implica en sí mismo el derecho fundamental del acceso a la justicia y a una efectiva tutela judicial por parte de los tribunales (...) no puede escaparse que este requisito impuesto para abrir la vía judicial, es una exigencia que sólo tiene por objeto y finalidad precisamente entorpecer y obstaculizar el ejercicio de este derecho”.

Agrega que además se infringe el artículo 5° de la Constitución, que impone una expresa obligación a todo órgano del Estado, incluido obviamente el legislador, de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo el derecho del acceso a la justicia uno de los más inequívocos derechos naturales del ser humano.

Y tanto más grave aparece esta vulneración, cuando en el artículo 65 del proyecto en análisis, no hay norma legal alguna que prevea el debido procedimiento administrativo para la elaboración de esos actos administrativos sancionadores, (artículos 7°, inciso primero, y 60, N° 18, de la Constitución), requisito esencial para que esas sanciones aparezcan revestidas de algún viso de juridicidad, en cuanto se respeten los principios elementales de la justicia natural (imparcialidad, contradictoriedad verdadera y leal, publicidad). Además, este gravamen conlleva el atentar en contra del derecho a la "igualdad ante la ley" (artículo 19, N° 2, de la Constitución) puesto que tal exigencia de pagar parte de la multa impuesta por vía administrativa para tener la posibilidad de reclamar de ella ante la Justicia, significa un privilegio para la autoridad administrativa sin fundamento constitucional, y que, por el contrario, no es sino una discriminación arbitraria.

Soto Kloss finaliza su argumentación indicando países donde el *solve et repete* fue suprimido, tales como España e Italia, y luego menciona disposiciones de tratados internacionales que son vulneradas por esta la institución.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol 248, de 22 de octubre de 1996

La Cámara de Diputados envía el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que moderniza el Servicio Nacional de Aduanas, a fin de que el Tribunal Constitucional, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 82, N°1, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de la constitucionalidad respecto de sus artículos 1° números 11, 12 y 13.

El abogado integrante don Eduardo Soto Kloss, nuevamente con su voto en contra, se inclinó por declarar inconstitucional el artículo 1° del Proyecto de Ley en análisis, en su N° 13 letra a), que modifica el artículo 218 de la Ordenanza de Aduanas, en su inciso tercero, que expresa que la libertad provisional en los delitos de contrabando y fraude sea otorgada "sólo una vez que se rinda caución en dinero por el monto que determine el tribunal".

Sucesivamente el TC declara la constitucionalidad de la disposición en cuestión, sin más argumentos que la mera declaración.

Soto Kloss nos presenta similares argumentos que los dados en las sentencias precedentes, sosteniendo que la Constitución reconoce en su artículo 19 N°3 el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, lo que implica un conjunto de garantías fundamentales, entre las que pueden señalarse: el derecho fundamental del acceso a la justicia y la efectiva tutela de los derechos por parte de los tribunales, que junto con el derecho al juez natural, y al debido procedimiento, configuran el "alma" de aquella garantía que todo ser humano posee de recurrir al juez (independiente e imparcial) en demanda de justicia, ser oído y ser resueltas sus pretensiones conforme a Derecho, y hacer así posible la convivencia social en paz. Tal acceso se ve seriamente entrabado -si no directamente denegado- si para impetrar derechos ante el juez, la persona se ve obligada a acceder a la exigencia de entregar una cantidad de dinero al Estado, (sea el fisco, sea a un organismo administrativo determinado) para poder ejercer, en este caso, la libertad provisional (artículo 19, N° 7, letra e), que hace posible precisamente la libertad personal.

Por lo tanto, también vulnera la Constitución la exigencia de pagar una multa o una parte de ella para poder reclamar en su contra ante los tribunales, puesto que impide el acceso a la justicia. Así también infringe la Carta Fundamental, una exigencia de entregar una suma de dinero -"en efectivo"- al Estado, y no pocas veces a fondo perdido, para poder impetrar un derecho, como es la libertad provisional, derecho que es fundamental en la medida que el juez no resuelva fundadamente que tal libertad sea contraria a las tres únicas circunstancias que la Constitución prevé, circunstancias que deben tener su debido e ineludible fundamento en el proceso mismo que se incoa, y resultar de las piezas mismas del expediente.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol 287, de 27 de mayo de 1999

La Cámara de Diputados envía proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la Ley N° 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, y el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1982, de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos, con el objeto de fortalecer el régimen de fiscalización del sector, a fin de que el Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 82, N° 1°, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto del artículo 19, contenido en el numeral 9) del artículo 1°, que dispone en su inciso 2°:

“Las sanciones que impongan multa serán siempre reclamables y no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta. Para interponer la reclamación contra una multa deberá acompañarse boleta de consignación a la orden de la Corte, por el 25% del monto de la misma”.

El Tribunal establece que el inciso segundo del artículo 19 del proyecto, es constitucional, por cuanto dicha norma no impide el acceso a la justicia de los afectados por la multa, sino solamente lo regula en consideración a la necesidad de asegurar el debido

funcionamiento del servicio público que prestan. La exigencia constituye un incentivo efectivo para que las empresas mejoren la coordinación y la seguridad del sistema.

En suma, la sanción administrativa y especialmente la consignación respectiva, lejos de tratar de impedir el acceso a la justicia, busca restablecer el orden previamente quebrantado en aras del bien común.

Esta sentencia al igual que las anteriores declara constitucional el previo pago de una multa para reclamar de ella, pero se diferencia de aquellas, pues en este caso el TC entrega argumentos que explican su decisión, ya que precisó que el precepto legal que establecía la necesidad de una consignación previa, no impedía el acceso a la justicia de los afectados por la multa, *“sino solamente lo regula en consideración a la necesidad de asegurar el debido funcionamiento del servicio público que prestan”*; de modo de *“restablecer el orden previamente quebrantado en aras del bien común”*.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 536 de 30 de agosto de 2006

El Senado de la República envía proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, a fin de que el Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto de los artículos 183-H, artículo 183-I, inciso tercero, artículo 183-K, incisos tercero y cuarto, artículo 183-L y artículo 183-M, inciso tercero, todos del artículo tercero permanente del mismo.

Nos interesa el artículo 183-I, inciso tercero:

“La empresa afectada por dicha resolución, podrá pedir su reposición al Director del Trabajo, dentro del plazo de cinco días. La resolución que niegue lugar a esta solicitud será reclamable, dentro del plazo de cinco días, ante la Corte de Apelaciones respectiva, previa consignación de la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere.”

El Tribunal Constitucional declara que la aludida exigencia de una consignación previa, resulta así de carácter indeterminado, carente de un límite, pudiendo en consecuencia, llegar a cantidades cuya cuantía, en la práctica, entraben más allá de lo razonable el derecho de acceso a la justicia, al restringir tan severamente la posibilidad de reclamar ante un tribunal, de la multa impuesta por la autoridad administrativa. Ello resulta contrario a los derechos que asegura el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, en sus incisos primero y segundo, referido a *“la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”*, y a la *“defensa jurídica”*, pudiendo por esta vía, sustraerse en este caso, del control jurisdiccional los actos de la Administración, dejando a las personas a merced de la discrecionalidad de la misma, razones por las cuales se declarará su inconstitucionalidad.

En consecuencia, la frase "previa consignación de la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere", contenida en el inciso tercero del artículo 183-I, que el artículo tercero de la iniciativa introduce en el Código del Trabajo, es inconstitucional y así resuelve el Tribunal, ordenando la eliminación de aquella frase.

Aquí por primera vez el Tribunal establece la inconstitucionalidad del previo pago de una multa para el acceso a la jurisdicción, argumentando en base al artículo 19 N°3, considerando que es un obstáculo que entraba *más allá de lo razonable* el derecho de acceso a la justicia., argumento que venía entregando Soto Kloss en su voto en contra, desarrollado en las sentencias precedentes, ya analizadas.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol 546, de 17 de noviembre de 2006

Jacobo Kravetz Miranda, interpone requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 30¹⁰⁴ del Decreto Ley N° 3.538, cuerpo legal que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, para que sea declarado inaplicable en el proceso Rol N° 9059-06, actualmente en trámite en el 8° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago. En dicha causa, el requirente actúa como demandante en contra de la Superintendencia de Valores y Seguros y reclama de multas por aproximadamente 15 mil Unidades de Fomento que le fueron impuestas por la demandada mediante Resolución N° 247 de 9 de junio de 2006.

Lo que se analizará en esta sentencia es si el precepto legal contenido en el artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538, ya transcrito, resulta contrario a lo dispuesto en los numerales 2, 3 y 14 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en caso de aplicarse en el juicio sumario Rol 9059-2006 sobre recurso de reclamación en contra de una resolución de la Superintendencia de Valores y Seguros, que sustancia el Octavo Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago.

¹⁰⁴ Artículo 30.- El monto de las multas aplicables de conformidad a la ley será fijado por el Superintendente y deberá ser pagado en la Tesorería Comunal correspondiente al domicilio del infractor, dentro del plazo de diez días, contado desde que la Superintendencia notifique su resolución mediante el envío de carta certificada, ingresándose los comprobantes respectivos en sus oficinas dentro de quinto día de efectuado el pago.

El afectado podrá reclamar de la aplicación de la multa o de su monto ante el juez de letras en lo civil que corresponda, dentro del plazo de diez días de [sic] indicado en el inciso anterior, previa consignación del 25% del monto total de la multa, en la Tesorería General de la República. La consignación no podrá ser superior al equivalente a 500 unidades de fomento o a 1.000 unidades de fomento, si la multa se aplicare a una persona natural o a una persona jurídica, respectivamente, salvo que se trate de infracciones reiteradas o de aquellas del Título XXI de la ley N°18.045 en cuyo caso se deberá consignar el 25%.

Deducida oportunamente la reclamación, se suspenderá el plazo establecido para el pago de la multa, sin perjuicio que los intereses a que se refiere el artículo 34, se devenguen desde el undécimo día de notificada la resolución de la Superintendencia que aplicó la multa. En todo caso, la notificación de la demanda deberá practicarse por cédula conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, dentro de los diez días hábiles siguientes de vencido el plazo para su interposición.

La reclamación se resolverá en juicio sumario y su sentencia podrá ser apelada.

Las sentencias de primera y segunda instancias que no den lugar a la reclamación, condenarán necesariamente en costas al reclamante.

El pago de la multa más los reajustes e intereses a que se refiere el artículo 34 deberán efectuarse dentro de quinto día de ejecutoriado el fallo.

En esta sentencia los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes, estuvieron por rechazar el requerimiento. Por otro lado, los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake y Jorge Correa Sutil y la Ministra señora Marisol Peña Torres, estuvieron por acoger la acción de inaplicabilidad, produciéndose en consecuencia un empate.

Por el rechazo:

Consideran que están frente a la denominada regla *solve et repete*, y que si bien es cierto que, en una primera impresión, el establecimiento de una exigencia que puede interpretarse como barrera de acceso a la justicia, no aparece como razonable ni ajustada a la seguridad que ofrece la Carta Fundamental a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de todas las personas y al debido proceso legal, como asimismo, que la tendencia legislativa ha sido precisamente, extirpar todo obstáculo al libre ejercicio de las acciones judiciales, sin embargo, no es posible estimar como *constitucional o inconstitucional en sí misma esta regla*, debiendo ponderarse, en cada caso y oportunidad que se someta a la decisión de este Tribunal, si su exigibilidad como condición para reclamar judicialmente de ella resulta contraria a la Constitución, sea por quebrantar los derechos de acceso a la justicia y, consecuentemente, la garantía de un juicio justo, sea por impedir o entorpecer, más allá de lo razonable o en forma discriminatoria o arbitraria, otro derecho fundamental.

Consideran que el requisito de la consignación previa para impugnar en sede judicial una sanción administrativa, se encuentra consagrado en diversos ordenamientos legales y es un trasunto o derivación del característico rasgo de ejecutoriedad o ejecutividad que revisten los actos administrativos, en cuya virtud tal clase de decisiones son ejecutables directamente por el órgano que las expidió, sin necesidad de previa refrendación por la autoridad judicial¹⁰⁵.

Se considera razonable examinar tanto el contexto general en el que está inserta la norma impugnada, como su ubicación dentro de la sistemática constitucional y la finalidad perseguida por el legislador al establecerla.

Luego aluden al límite que la Constitución tolera, tratándose de la regulación o limitación de un derecho fundamental, concluyendo que: “*Siguiendo nuestra doctrina constitucional, es posible señalar que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento en*

¹⁰⁵ Así lo consagra, una norma legal de data relativamente reciente, cual es el artículo 3° de la Ley N° 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, que, en su inciso octavo dispone: “*Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.*”

que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas (Rol N° 226, considerando 47°).”.

La exigencia de consignar un porcentaje de la multa impuesta por la Superintendencia de Valores y Seguros para reclamar de ella ante un órgano jurisdiccional no puede, en este caso, estimarse atentatoria de la garantía constitucional del acceso a la justicia, consagrada en el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental y en el artículo 76 de la misma, por cuanto ella resulta perfectamente conciliable con la regulación de un procedimiento racional y justo para su logro. En efecto, tal requisito no puede calificarse como una limitación irracional o arbitraria al ejercicio del derecho del requirente a recurrir ante la justicia ordinaria, para que revise el acto impugnado, toda vez que el mismo tiene una justificación clara en el propósito de evitar que la determinación sancionatoria de la Superintendencia de Valores y Seguros, sea dilatada sistemáticamente en su ejecución por el expediente de recurrirla ante el tribunal competente, aun sin basamento plausible. Por lo demás, en el caso de prosperar la reclamación del afectado ante el órgano jurisdiccional, el monto de lo consignado se le restituirá con la correspondiente actualización monetaria.

Para arribar a esta convicción se ponderaron las normas involucradas, teniendo en especial consideración los criterios teleológicos, sistemáticos y jurisprudenciales de interpretación utilizados invariablemente por el Tribunal Constitucional, concluyendo que la aplicación del precepto legal cuestionado no resulta, en este caso, contrario al derecho de acceso a la justicia y al debido proceso, asegurados por el N° 3 del artículo 19, pues, como se desprende del mérito de este proceso, el precepto impugnado no ha impedido al requirente el libre ejercicio de su derecho a reclamar ante el juez competente, de la multa, ni le ha impuesto condiciones que le resultaran intolerables, arbitrarias, imprudentes o irrazonables, y por último, en lo relativo a las infracciones a los numerales 2 y 14 del artículo 19 de la Constitución, que también alega el requirente, se las desecha por los mismos motivos que lo hacen a continuación los jueces que estuvieron por acoger la acción deducida en estos autos.

Por acoger:

Estos Ministros consideran que no se produce una diferencia arbitraria entre los ciudadanos comunes y corrientes y aquellos pocos que pueden consignar sumas millonarias. Esta alegación debe desecharse, pues el precepto en cuestión establece una regla general que obliga a aplicar sanciones respecto de conductas realizadas por cualquier infractor, a graduar la multa según parámetros objetivos, que han de aplicarse a cualquier persona sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros.

En consecuencia, consideran que no cabe estimar que el precepto legal en examen vulnera el principio de igualdad consagrado por la Constitución Política en su artículo 19 N° 2, pues las categorías que emplea para fijar el monto de la multa y la consecuente consignación son todas objetivas y no discriminan arbitrariamente.

El precepto legal que lo obliga a consignar el 25% del monto total de la multa aplicada por la Superintendencia para poder reclamar de ella ante el órgano judicial, se funda en el número 3° del artículo 19 de la CPR, y consideran que para analizar esta cuestión se hace necesario, en primer lugar, determinar si el precepto constitucional invocado consagra el derecho a la justicia; examinar, en seguida, si este derecho se ve regulado o limitado por la disposición legal en comento y si tal regulación o limitación resulta constitucionalmente tolerable, concluyendo que el artículo 19 N°3 sí consagra el derecho de acceso a la justicia, pues creen que no tendría sentido que la Constitución estableciera el derecho a defensa jurídica y judicial, incluso financiada por el Estado, si antes no hubiese supuesto que quienes tienen derecho a la defensa detentan también el derecho a acceder al órgano jurisdiccional. De igual modo, el derecho a ser juzgado por el tribunal señalado por la ley y establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho, supone necesariamente un derecho anterior, como es el de ser juzgado y, para serlo, se requiere necesariamente acceder, sin trabas excesivas, al órgano jurisdiccional. Por último, si la Constitución garantiza a todas las personas igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, tal igual protección comienza necesariamente por la garantía de acceder a los órganos encargados de la protección de los derechos. En consecuencia, debe necesariamente entenderse que el artículo 19 número 3° de la Constitución Política asegura a toda persona el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales.

Luego proceden a examinar si la limitación a la garantía de acceso a la justicia para la protección de los derechos, consistente en condicionar dicho acceso al previo pago de un porcentaje de la multa aplicada en sede administrativa, contenida en el inciso segundo del artículo 30 del Decreto Ley 3.538, resulta o no tolerable para la Constitución.

Determinan que la limitación en examen se encuentra contenida en la ley y en este cuerpo legal se fijan reglas suficientemente precisas y específicas, de modo que el precepto en cuestión limita la garantía de acceso a la justicia de un modo previsible para los sujetos imperados, sin permitir un ámbito de excesiva discrecionalidad a quienes quedan en condiciones de aplicarla, la limitación, en consecuencia, cumple con el principio de legalidad, con suficiente determinación y especificidad en conformidad a los criterios largamente establecidos por este Tribunal.

Se analiza también si resultan lícitos los fines que persigue la limitación a la garantía constitucional que se examina, considerando que se debe atender a los argumentos dados en esta causa particular por la Superintendencia de Valores¹⁰⁶ para justificar la limitación al derecho del recurrente de acceder a la justicia.

¹⁰⁶ La Superintendencia ha argumentado que un primer fin lícito de la limitación en examen consiste en el interés de procurar el cabal y permanente sometimiento de los sujetos imperados a la ley; en este caso de los agentes económicos a las leyes que regulan el mercado de valores, y el pronto y eficaz cumplimiento de las sanciones que se determinen por los entes administrativos, ante la infracción de las normas jurídicas.

“A juicio de los Ministros que suscribimos este voto, el interés de someter a los sujetos al imperio del derecho se obtiene con el pago de la multa de quienes infrinjan la ley, pero tal infracción no queda jurídicamente configurada ni la sanción a firme, sino una vez que una y otra sean determinadas por un juez independiente e imparcial a través de un proceso judicial y en una sentencia firme o ejecutoriada. La condición de consignar obliga indiscriminadamente a sujetos infractores y a quienes no serán considerados como tales. Se obliga así a consignar a quien ha querido ejercer su derecho a reclamar, en condiciones que no puede considerársele como infractor por una decisión que se encuentra reclamada y que no puede aún tenerse como definitiva. Para someter al imperio del derecho, la norma obliga en una medida patrimonial significativa a quien no puede considerarse aún como infractor”.

Discurren que el argumento de someter al sujeto fiscalizado al imperio del derecho no resulta convincente para justificar constitucionalmente la exigencia de consignar una suma significativa como la de la especie, toda vez que a través de ella se limita *a priori* y de manera significativa su derecho de acceso a la justicia, en condiciones que esta podría determinar que no es un infractor y que no merece reproche alguno. Precisamente el acceso a la justicia tiene por objeto determinar si la infracción imputada por la Administración ha existido o no y si la multa será confirmada o alterada. Antes de eso, el requirente no puede ser tratado como infractor.

En tal sentido, para ellos resulta claro que la restricción no está adecuadamente diseñada para servir el propósito lícito alegado por la Superintendencia, pues restringe igualmente el derecho fundamental de acceso a la justicia de quienes tengan fundamentos para reclamar de la sanción impuesta en sede administrativa, lo que podría ser el caso de autos.

Sosteniendo que aún cuando el afectado por la multa careciera de motivos plausibles para reclamar de ella, la condición de consignar aparece como una limitación significativa al ejercicio de su derecho a reclamo judicial, que no es idónea para disuadirle a no impugnarla en tribunales.

También afirman que cabría considerar que la consignación previa de parte de la multa otorga más eficacia al actuar de la Administración, en cuanto los reclamos permiten dilatar el pago hasta el término de la instancia judicial. La eficacia de la actividad sancionadora de la administración, constituye, sin duda, un fin lícito y el legislador es soberano para escoger los medios para alcanzar ese fin. Sin embargo, al escoger tales mecanismos, el legislador se encuentra limitado por el derecho de las personas que establece la Carta Fundamental, según lo obligan los artículos 1º y 5º de la Carta Fundamental y debe evitar que su actuar afecte, más allá de lo necesario, los derechos fundamentales o impida su libre ejercicio, (artículo 19 N° 26), como puede llegar a ocurrir con la norma en examen, en que el legislador lo somete a exigencias que pueden llegar a hacerlo irrealizable o entorpecerlo más allá de lo razonable, conforme a las condiciones financieras del reclamante.

En suma para los Ministros que suscriben este voto, la obligación de consignar la suma de \$68.036.025, equivalente a un 25% de la multa, sin límite alguno a la cuantía que arroje tal porcentaje, establecida como requisito para poder reclamar de la sanción en sede judicial, contenida en el inciso segundo del artículo 30 del Decreto Ley 3.538, limita de manera severa el derecho de acceder a la justicia del requirente, sin que tan significativa limitación pueda considerarse razonable, pues no guarda proporción alguna con el logro de fines lícitos, como los alegados en esta causa y, por el contrario, se muestra inepta para alcanzar aquellos que se han dado para justificarla.

Se resuelve habiéndose producido empate de votos, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, numeral 6, de la Carta Fundamental, que para el caso *sub lite* prevalece sobre la atribución que el artículo 8º, letra f, de la Ley N° 17.997 confiere al Presidente y que corresponde a las competencias que tenía el Tribunal antes de la reforma del año 2005, motivo por el cual se rechaza el requerimiento. Se deja sin efecto la suspensión decretada.

En esta sentencia se dan argumentos válidos para ambas posturas, y a diferencia de las sentencias anteriores la argumentación presentada por los Ministros es más completa y fundamentada, pues se analizan distintos criterios que llevan a concluir la aceptación o el rechazo a los previos pagos para acceder al aparato judicial.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol 792, de 3 de enero de 2008

Don Hernán Pfeifer Frenz y las señoras Paulina Alegría Madrid y Carmen Polanco Lazo, recurren al Tribunal Constitucional solicitando se declare inaplicable, por contener una limitación contraria a los derechos fundamentales establecidos en el N° 3, del artículo 19 de la Ley Fundamental, la segunda frase del inciso primero del artículo 171¹⁰⁷ del Código Sanitario. De acogerse tal petición, los requirentes piden, asimismo, al Tribunal, declarar inaplicables los artículos 168¹⁰⁸ y 169¹⁰⁹ del mencionado Código.

El TC concluye que el derecho de las personas de acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, lo encontramos en el artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental, al asegurar a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

¹⁰⁷ Artículo 171 inciso 2º: “*Para dar curso a ellos (se refiere a los reclamos que se intenten en contra de las sanciones aplicadas por la autoridad sanitaria competente) se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa.*”.

¹⁰⁸ Art. 168 (159). *Los infractores a quienes se les aplicare multa deberán acreditar su pago ante la autoridad sanitaria que los sancionó, dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde la notificación de la sentencia.*”.

¹⁰⁹ Art. 169 (160). *Si transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, el infractor no hubiere pagado la multa, sufrirá, por vía de sustitución y apremio, un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual que comprenda dicha multa.*

Para llevar a cabo esta medida, el Director del correspondiente Servicio de Salud o del Instituto de Salud Pública de Chile, en su caso, solicitará del Intendente o Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza pública, quienes dispondrán sin más trámite la detención del infractor y su ingreso al establecimiento penal respectivo a cuyo efecto librarán la orden correspondiente en conformidad a las reglas generales, dando cuenta de lo obrado a la autoridad sanitaria.”;

El Tribunal reafirma lo anterior señalando que si el derecho a ser juzgado por el tribunal señalado por la ley y establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho, implica, necesariamente, un derecho anterior, como es el de ser juzgado, y, para serlo, se requiere, necesariamente, acceder sin trabas excesivas al órgano jurisdiccional. Y por último, si la Constitución garantiza a todas las personas igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, esta protección comienza, necesariamente, por la garantía de acceder a los órganos encargados de la protección de los derechos. En consecuencia, debe entenderse que el artículo 19, número 3, de la Constitución Política asegura a toda persona el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales, y que por lo mismo el precepto legal impugnado establece restricciones al ejercicio de tal derecho.

El TC examina si la limitación a la garantía de acceso a la justicia para la protección de los derechos (previo pago de un porcentaje de la multa aplicada), resulta aceptable para la Constitución Política, y para ello le aplica los estándares tradicionales empleados por el Tribunal para las normas que limitan el ejercicio de derechos, que son los siguientes: “limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento en que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificados”.

El tribunal además señala que la obligación de pagar toda la multa antes de impugnarla, hace que la tutela judicial sea tardía e inoportuna, pues la lesión jurídica al interés del administrado por causa de una ilegalidad se produjo, ya generó sus efectos, y la sanción que de dicha lesión derivó fue cumplida, lo que transforma a la acción judicial de reclamo en un mero proceso de reembolso condicionado a la juridicidad de la multa ya pagada. Asimismo, el Tribunal discurre que si bien no se está en presencia de una privación total del acceso a la justicia, la aplicación del precepto impugnado produce una afectación tal de dicho derecho, que su ejercicio se ve inutilizado y carente de sentido, pues en la práctica la multa, aunque sea reclamable, debe ser satisfecha antes de ser reclamada. Esto obliga indiscriminadamente a sujetos infractores y a quienes eventualmente no serán considerados como tales; en la especie afecta incluso a personas naturales. Se impone así, la consignación a quien ha querido ejercer su derecho a reclamar, en circunstancias que no puede considerársele como infractor por una decisión que se encuentra reclamada y que no puede aún tenerse como definitiva.

En síntesis, si bien puede resultar lícito que los órganos fiscalizadores puedan, previo al proceso judicial y en el ámbito administrativo, determinar la existencia de una infracción y la cuantía de una multa, la sanción no puede estimarse como cierta e irrevocable para el ordenamiento jurídico, sino una vez que no haya sido reclamada o que, habiéndolo sido, tal reclamo haya sido resuelto en sede jurisdiccional e independiente. Así lo consagra nuestro

sistema al permitir que se recurra de las respectivas decisiones administrativas ante los tribunales, cuestión que no sólo está consagrada a nivel legal, sino que también, con mayor jerarquía, en la propia Constitución Política (artículo 38, inciso segundo).

Finalmente el Tribunal Constitucional concluye que el precepto legal en comento, afecta la garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos y del acceso a la justicia, contraviniendo lo preceptuado en el artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental, por lo que se declarará inaplicable.

En este caso estamos frente al rechazo del precepto en comento, por afectar el derecho a la igualdad en el ejercicio de los derechos y del acceso a la justicia, aplicando similares, sino los mismos, argumentos dados en la sentencia Rol.546, pero en este caso no se produjo un empate, sino que se logró declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto.

CONCLUSIONES

La presente investigación referida a la legitimidad del *solve et repete* a la luz de la Constitución Política de 1980, apoyada por la variada consulta bibliográfica, me permite exponer las siguientes conclusiones:

1. Si nuestra Constitución garantiza a todas las personas igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, tal protección comienza necesariamente por la garantía de poder acceder a los órganos encargados de la protección de esos derechos. En consecuencia, debe necesariamente entenderse que el artículo 19 número 3° de la Carta Fundamental asegura a toda persona el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales. Este acceso además, debe ser lo más expedito posible, con la menor cantidad de trabas que impidan su correcto desarrollo y como consecuencia de lo mismo el Estado a través de los órganos legislativos, debe crear toda una normativa legal que posibilite a los particulares un adecuado acceso a los tribunales de justicia.
2. El *solve et repete* a primera vista, aparece como barrera de acceso a la justicia, pues no se presenta como una exigencia razonable ni ajustada a la seguridad que ofrece la Carta Fundamental a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de todas las personas y al debido proceso legal.
3. Si bien podría pensarse que no serían contrarias a tal derecho de acción, aquellas fianzas o cauciones cuya cuantía, con relación a los medios de quienes pretendan ejercitarla, no impida u obstaculice gravemente el acceso a los órganos jurisdiccionales, considero que aún cuando el monto de la caución o fianza pueda ser ajustada a la capacidad económica del reclamante, significa de todas maneras, una traba o una limitación al libre y fácil acceso a los tribunales que el ordenamiento jurídico, por expreso mandato constitucional, tiene que proveer y garantizar a todas las personas en términos de igualdad, sin quedar condicionado a la posesión de medios económicos, que es exactamente en lo que consiste el *solve et repete*.
4. Si bien no estamos en presencia de una privación total del acceso a la justicia, se produce una afectación tal de dicho derecho, que su ejercicio se ve inutilizado y carente de sentido, pues en la práctica, la multa, aunque sea reclamable, debe ser satisfecha antes de ser reclamada.
5. Por otro lado, también es cierto que debido a la diversidad de situaciones que se presentan en la vida moderna y a la variedad de fórmulas que el legislador utiliza,

pueden darse situaciones en que, para no perjudicar a una de las partes sea justificable el previo pago, ello, sin embargo, debe constituir una excepción en el sistema.

6. Queda camino por recorrer hasta extinguir los supuestos legales de *solve et repete*, actualmente vigentes, e impedir que puedan volver a renacer o reproducirse en el futuro. Considero que esta tarea corresponde principalmente al legislador, pero no en menor medida a la doctrina científica y jurisprudencial.
7. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, se puede decir que en un principio no se dedicó a un análisis pormenorizado del *solve et repete*, lo que actualmente ha ido cambiando, porque si bien aún no es uniforme en sus criterios, ya aparecen argumentos claros y fundamentados dirigidos al rechazo de los previos pagos, cuestión que es un avance, pues sobre esta regla existe muy poca doctrina en Chile y sentencias que hablen de él. Sin embargo, ya estamos creando doctrina constitucional, para así llegar en un futuro próximo al rechazo total de este “arbitrio absolutista”, que en los países desarrollados, como España e Italia, ya ha sido derogado hace bastante tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J., *Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992.
- BILLARDI, CRISTIAN. *Solve et Repete. Crítica a su vigencia jurídica*, Ed. Ad-Hoc, 2006.
- BORDALÍ SALAMANCA, A., “El Derecho Fundamental de Acción: Un Intento de Configuración en el Orden Constitucional Chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCVII, N° 3, 2000.
- BODALÍ SALAMANCA, A., “El Proceso de Protección”, en *Revista de derecho. Universidad Austral de Chile*, vol.10, N°1, diciembre, 1999.
- CLAVERO, M., “El Problema del Previo Pago en la Reciente Jurisprudencia, en *Revista de Administración Pública*, N° 41, 1963.
- CUEVAS FARREN, G. *Lecciones de Derecho Constitucional Chileno*, tomo I. Ediciones Universidad Mayor, Santiago, 2003.
- DE LA CUADRA, E, *Los Derechos Constitucionales*, “Los Derechos Constitucionales”, Ed. Jurídica de Chile, tomo II, Santiago, 1999.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. *El Sistema Constitucional Español*. Ed. Dikinson, Madrid, 1992.
- FIAMMA, G., “La Acción Constitucional de Nulidad: Un Supremo Aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. LXXXIII, N°3, sept.-dic.1986.
- FONROUGE, GIULIANI, *Derecho Financiero*, vol.II, Ed.Depalma, 1976.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- MARTÍN OVIEDO, J.M., “La Decadencia de la regla solve et repete y la Doctrina del Consejo de Estado, en *Revista de Administración Pública*, N° 58, 1969.
- MATEU-ROS VEREZO, R., “El Derecho Constitucional a la Tutela Judicial Efectiva y el Requisito de la Legitimación” en *Revista de Administración Pública*, N° 98, 1982.
- MENDIZÁBAL, R., “Significación Actual del Principio solve et repete”, en *Revista de Administración Pública*, N° 43. 1964.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H., “La Constitucionalización del proceso : El acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso” en *La Constitucionalización del Derecho Chileno.*, FERRADA BÓRQUEZ, J, coord. Ed. Jurídica de Chile, 2003.
- ROMERO SEGUEL, A., *Curso de Derecho Procesal Civil. La Acción y la Protección de los derechos*. Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

- ROSSO, FERNANDO, “El Solve et Repete en el Derecho Tributario Argentino: Problemas y soluciones posibles” en *Tesis de la Universidad Abierta Interamericana. Facultad de Derecho*.
- SANTAMARÍA PASTOR, J., “Un Paso Adelante en la Extinción del solve et repete”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 2, 1974.
- SILVA BASCUÑAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI. Ed. Jurídica de Chile, 1997.
- SOTO KLOSS, E., “ El Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia (a propósito de requisitos de admisibilidad), en *Revista Chilena de Derecho, Número Especial*, 1998.
- SOTO KLOSS, E., “El Solve et Repete. Notas sobre un Resabio Absolutista en el Estado Constitucional de Derecho”, en *Revista Ius Publicum*.
- TRIBIÑO, C., “El Solve et Repete en el Proceso Contencioso Administrativo” en *Procedimiento y Proceso Administrativo. Jornadas organizadas por la carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico. Facultad de Derecho. Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica. Pontificia Universidad Católica Argentina*.
- VALLESPÍN PÉREZ, D., *El Modelo Constitucional de Juicio Justo en el ámbito del Proceso Civil*. Ed. Atelier, Barcelona, 2002.
- VARAS, P./MOHOR, S., “Procedencia del Recurso de Protección frente a las Disposiciones del Artículo 19 N° 3 de la Constitución de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho, Número Especial*, 1998.
- VERDUGO, PFEFFER Y NOGUEIRA. *Derecho Constitucional*, tomo I y II. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- VILLEGAS, HÉCTOR, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Ed. Depalma, Argentina. 1990.
- Constitución Política de Chile de 1980.
- <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- <http://www.tribunalconstitucional.es>