

SELECCIÓN DE ACADÉMICOS DE DISTINTAS FACULTADES DE DERECHO:

Los 10 fallos de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional que marcaron 2023

Algunas resoluciones destacadas son aquellas del máximo tribunal, con efectos generales, por el alza de la prima GES, que cambia el criterio seguido en la materia, y la resolución de la magistratura constitucional que rechazó los requerimientos presentados contra los indultos presidenciales entregados por el Presidente a condenados por delitos en el estallido.

Alejandra Zúñiga Cárdenas

Los resoluciones concitaron el interés de varios académicos en la selección de este año. Se trata de la sentencia de la Corte Suprema que ordenó a las isapres volver a los valores que establecieron para las primas GES en 2019, anulando el alza correspondiente al último trienio. De carácter general, cambia así el criterio seguido en casos anteriores sobre la materia.

También fue destacado el fallo del Tribunal Constitucional (TC) que rechazó los requerimientos de congresistas que buscaban la declaración de inconstitucionalidad de los decretos con los que el Ejecutivo indultó a fines de 2022 a 12 condenados por delitos en el contexto del estallido y al exfrentista Jorge Mateluna.

Un grupo de profesores de distintas facultades de Derecho, cada uno en su especialidad, eligió para "El Mercurio Legal" las sentencias que consideran que marcaron este 2023.

Entre las resoluciones elegidas del máximo tribunal hubo además comentarios sobre la ampliación de la figura de indemnización por daño moral; la efectividad de la condona-

ción de deudas de pensiones alimenticias solicitadas por un hijo mayor de edad; la consolidación de un criterio respecto de causas unilaterales de terminación de contratos sin expresión de causa y la competencia de la Dirección del Trabajo en materia de calificación de la relación laboral.

Y del TC fueron igualmente destacados fallos sobre el control de constitucionalidad de la Ley de Delitos Económicos y el requerimiento ingresado a la magistratura por el decreto que creó la Comisión de la Desinformación.

* Eduardo Cordero (Universidad Católica de Valparaíso), Rodrigo Correa (U. Adolfo Ibáñez), Leonor Etcheberry (U. Diego Portales), Gonzalo Fernández (U. Católica), Rosa Fernanda Gómez (U. de los Andes), Cecily Halpern (U. de Santiago), Fernando Londoño (U. Diego Portales), María Sara Rodríguez (U. de los Andes), Lilian San Martín (U. del Desarrollo), José Luis Ugarte (U. Diego Portales), Alex van Weezel (U. Católica), Tatiana Vargas (U. de los Andes). **1**



Fallo GES cambia criterio jurisprudencial

1 Roles 8.059-23, 19.031-23, 16.807-23, 10.921-23, 10.868-23 y 10.215-23 / Corte Suprema, 10 de agosto

En agosto pasado, la Tercera Sala de la Corte Suprema —en votación dividida— resolvió que las isapres debían volver a los valores que establecieron para las primas de las Garantías Explícitas de Salud (GES) en 2019. Así, anuló el alza correspondiente al último trienio.

Además, abrió la puerta a devoluciones para los afiliados por cobros en exceso desde octubre de 2022, dado que las sentencias dictadas son de carácter general. Pero señaló que el órgano fiscalizador, es decir, la Superintendencia de Salud, "verá lo que en derecho corresponda".

"En los procesos anteriores (...) esta Corte se pronunció sobre la materia solo de manera particular", y ello, dijo el máximo tribunal, "ha generado un diferencial de lo cobrado a beneficiarios que no han recurrido respecto de aquellos que sí lo han hecho". Agregó que la facultad que la ley ha concedido a las isapres "debe ejercerse de manera razonable, racional y fundada, sin arbitrariedad alguna".

Y este es uno de los fallos elegidos por varios académicos entre los más relevantes del año.

Para la vicedecana de Derecho de la Universidad de Santiago (Usach), Cecily Halpern, estas son resoluciones de "máximo interés social", pero, "situándonos solamente bajo el prisma jurídico", dice, "llama poderosamente la atención que la resolución judicial cambia radicalmente el criterio seguido en casos anteriores respecto del tema, fundamentando su de-

terminación en un nuevo estudio de los antecedentes".

"Sin perjuicio de que cita el artículo 3 del Código Civil, que establece el efecto relativo de las sentencias, agrega que este no es absoluto, pues depende de la naturaleza de la causa en que recaiga el fallo y es posible que tenga validez más allá de las partes interesadas que han concurrido al pleito", estima.

El profesor de la Universidad Católica de Valparaíso (PUCV), Eduardo Cordero, añade que "no solo constituyó un problema adicional a la estabilidad económica del sistema de seguro de salud privado, sino que se hizo a través de una 'sentencia regulatoria', es decir, de un procedimiento con efectos generales".

A diferencia de fallos anteriores sobre adecuación de precios base de planes de salud y tabla de factores, "a los que también se les otorgó efectos generales", recuerda, en este caso "se construyó una argumentación, para respaldar la decisión previa, que establece la naturaleza no absoluta del principio general de efecto relativo".

Halpern considera que "se desnaturaliza la acción cautelar de protección y se exceden facultades legales concedidas en sede jurisdiccional", mientras Cordero afirma que se usa "como base para justificar las razones legales por las cuales considera que la sentencias emitidas en recursos de protección pueden tener efectos *erga omnes*".

Por su parte, el profesor de la Universidad Adolfo Ibáñez,

Rodrigo Correa, precisa que la Suprema "se apartó de sus precedentes en dos importantes aspectos". El primero, dice, "es sustantivo", ya que "luego de descartar que las alzas fueran formalmente ilegales, concluyó que ellas resultaban arbitrarias", y el segundo "es procedimental", pues "siguiendo" los precedentes "anuló las alzas con efectos generales".

"Desestimó así que las isapres pudieran utilizar dicha prima para cubrir los déficits que pudiera estar sufriendo por circunstancias ajenas a las GES" y también, agrega, estableció

que "la prima debe estar limitada por el por el precio promedio estimado por el beneficiario isapre de las GES".

Tales determinaciones, asegura, "confirman las debilidades regulatorias del sistema".

Estos fallos, puntualiza Correa, parecen "haber agudizado la situación financiera de algunas instituciones. Probablemente estas sentencias sean la lápida de sistema de isapres. Solo un esfuerzo legislativo y regulatorio de proporciones podría evitar el colapso".



RECTOR ARACENA

Discrecionalidad en indultos presidenciales

2 Roles 13.964-23, 13.965-23, 13.968-23, 13.969-23, 13.970-23, 13.971-23 y 13.972-23 / Tribunal Constitucional, 5 de mayo

Una decisión polémica. Así finalizó 2022 para el Gobierno, luego que el Presidente Gabriel Boric concediera el indulto particular a 13 personas —12 condenados por delitos en el marco del estallido y uno al exfrentista Jorge Mateluna, sentenciado por el robo a un Banco Santander ocurrido en 2013—.

Y sus coletazos siguieron hasta marzo de este año, cuando el Tribunal Constitucional (TC) zanjó la polémica jurídica que se abrió luego que congresistas de oposición ingresaran siete requerimientos que buscaban la declaración de inconstitucionalidad de los decretos. La decisión de la magistratura fue rechazar —en votación dividida—

todas las presentaciones.

El profesor de la PUCV Eduardo Cordero recuerda que el principal argumento fue que "no correspondería a este tribunal juzgar las motivaciones que habrían llevado al jefe de Estado, por medio de su ministra de Justicia, a conceder la gracia, como tampoco tendría competencias para ejercer un control de legalidad bajo el argumento de que esta materia tendría rango constitucional".

"Se debe reconocer que los planteamientos hechos ante el TC correspondían más bien a una impugnación contencioso-administrativa, que debía haber sido conocida por la jurisdicción común en razón de las competencias y

el contenido de las impugnaciones", asegura.

Las académicas de la Universidad de los Andes Tatiana Vargas y Rosa Fernanda Gómez también se refieren a esta decisión, aunque puntualizan su análisis en uno de los fallos en particular (rol N° 13.964-2023), aquel que entregó el beneficio a Luis Castillo.

"Las consideraciones se replican en los demás requerimientos dentro del mismo escenario", dice Vargas, pero, añade, "el examen es especialmente atrayente en este (...)". La falta de motivación del indulto es uno de los argumentos del requerimiento que interesa examinar ante la clase y número de delitos cometidos".

Esto, porque el de Castillo fue uno de los nombres más cuestionados al otorgarse los indultos, ya que tenía condenas por hurto simple, lesiones menos graves y robo, así como por un informe de Gendarmería que no recomendaba su liberación. A mediados de diciembre pasado, sin embargo, fue formalizado por secuestro extorsivo y robo con violencia en Copiapó.

Gómez, en tanto, comenta que este caso revivió "una de las discusiones más complejas en materia de derecho administrativo: la discrecionalidad y su control".

Su par precisa que el TC "tiene razón" al decir que la

crítica es "al régimen del indulto de la actual Constitución", así como que se trata de "una decisión del Presidente en representación del Estado, que puede fundarse en distintas consideraciones, y que se basa, por cierto, en 'su propia concepción del bien común'".

"Habría que preguntarse por esta comprensión del 'bien común' del Presidente frente a condenas similares y la señal que comunica su empleo político, más allá de su idoneidad en este caso ante la gravedad de los delitos", precisa Vargas.

A lo que Gómez agrega que "el hecho de que se circunscriba a un juicio político impone un mandato implícito de justificar la razonabilidad de la decisión y sus fundamentos, puesto que en una instancia política será uno de los primeros elementos del escrutinio del acto", y, añade, "de ahí que una deficiente motivación no solo puede llegar a comprometer la institucionalidad, sino que también la estabilidad del Estado de Derecho".

"Allí donde la discrecionalidad es más amplia y en donde la norma habilitante para su ejercicio es excepcional —precisa—, la exigencia de motivación debe ser más elevado, aun cuando el acto se encuentre circunscrito solo a un control de carácter político".

Pronunciamiento parcial del TC sobre ley de delitos económicos

3 Rol 14.455-23 / Tribunal Constitucional, 1 de agosto

Esta resolución fue antecedida por un amplio debate público sobre el proyecto de delitos económicos y medioambientales —Ley N° 21.595—, y lo que resolviera el TC en el control de constitucionalidad generaba expectativas. Finalmente, el tribunal visó la propuesta refiriéndose a dos de las cinco normas consultadas, entre cuestionamientos y defensas. Unas, provenientes del sector empresarial —que incluso presentó un "tégase presente" por presuntas inconstitucionalidades—; otras, del Gobierno y legisladores.

A juicio del profesor de la Universidad Diego Portales (UDP), Fernando Londoño, la sentencia es relevante "no tanto por aquello sobre lo que se pronunció el TC, como por la prudencia con la que decidió no pronunciarse sobre normas o materias ajenas al control preventivo".

"Merece destacarse no tanto por aquello que hizo o dijo, como por aquello que decidió no hacer o no decir", añade.

También recuerda que los aspectos que se buscaban impugnar trataban de tipos penales y normas sobre determina-

ción de pena. Aunque hubo un voto de minoría, precisa, "que intentó el control de aquellas", sobre la base del art. 77 de la Constitución, "y su subsecuente declaración de inconstitucionalidad (sobre la base de principios, ya explícitamente constitucionales, ya remotamente constitucionales)", la mayoría no lo secundó, ahorrándose "el pronunciamiento de fondo 'de las restantes disposiciones (...), por no versar sobre materias que inciden en ley orgánica constitucional'", afirma.

El fallo, dice Londoño, "enseña que incluso antes de aspirar a una relativa deferencia para con el legislador, debemos aspirar a la deferencia para con el texto de la propia Constitución, pues no es verdad que esta dice lo que sea que quieran decir por ella sus más altos intérpretes (el TC o su mayoría de turno), como en cambio enseña cierta corriente 'realista', esceptica respecto del contenido normativo de los textos".

"Tuvo el mérito de ceñirse a la propia Constitución. En ello el TC demuestra 'autodisciplina'. No es obvio, y debe siempre destacarse", estima.

Normas a favor de la madre cuando hijo pide condonación de deuda alimenticia

4 Roles 91.731-21 y 12.632-22 / Corte Suprema, febrero y agosto

Una demanda ejecutiva por una deuda de pensión alimenticia acumulada de \$7.889.788 se tradujo en uno de los primeros pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la efectividad de la condonación de lo adeudado cuando es solicitado por un hijo.

La profesora de la Universidad Diego Portales (UDP), Leonor Etcheberry, destaca dos fallos en este sentido como los más relevantes del año en materia de familia.

Así, explica que en el caso de febrero de 2023 el hijo ingresó un escrito de desistimiento de la acción presentada por su madre, donde señaló que al haber alcanzado la mayoría de edad se produjo su emancipación legal y, en ese contexto, suscribió un avenimiento con el padre —aprobado por el tribunal de primera instancia y confirmado por la Corte de San Miguel— donde declaró que este último siempre contribuyó a su manutención económica.

La Cuarta Sala, dice la académica, “llega a la conclusión de que el hijo no pudo renunciar, como lo hizo, a esta deu-

da, ya que no se encontraba en su patrimonio, y la deuda con él la había pagado latamente la madre al haber proveído a todas sus necesidades, mientras el padre no lo hacía”. Y destaca que “se hace cargo de cómo el incumplimiento del pago de las pensiones afecta principalmente a las mujeres y lo mira como un problema de género”.

El fallo se refiere a la existencia de “un sistema débil en la ejecución del cumplimiento”, que “va reforzando las desigualdades” y pone a las mujeres “en una situación aún más desmejorada”, teniendo “más probabilidades de empobrecerse o mantenerse en situación de pobreza”.

“Lo que dejan claro ambas sentencias es que la judicatura debe estar atenta a la utilización de todos los mecanismos que el derecho común le otorga, como las normas referidas al pago con subrogación (...), y que aplican en un caso como el que se conoce, para restablecer el derecho de quien ha asumido la carga íntegra de manutención de sus hijos, en desmedro de su patrimonio”, precisa Etcheberry.

Comisión contra la Desinformación: Uso de decretos reglamentarios

5 Rol 14.539-23 / Tribunal Constitucional, 5 de octubre

La decisión fue en votación dividida —por cinco a tres—, pero finalmente, y tras una amplia polémica, el TC rechazó en octubre pasado el requerimiento del Senado que buscaba que se declarara la inconstitucionalidad del decreto supremo del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, que creó la denominada Comisión contra la Desinformación.

El profesor de la PUCV, Eduardo Cordero, recuerda que el fundamento del requerimiento era que a través de su establecimiento “se habría regulado la libertad de expresión, pese a que la Constitución reserva esa materia a la ley y no a un simple decreto”.

Por su parte, el TC sostuvo en su voto de mayoría, precisa el académico, que “la reserva legal habría sido infringida si el Presidente de la República hubiese crea-

do un órgano que tuviera el poder de definir ‘responsabilidades’ por ‘delitos o abusos’ cometidos ‘en ejercicio’ de la libertad de expresión. Sin embargo, carece de ese tipo de potestades, pues se trata de un órgano meramente asesor”.

“Quizás el problema central”, advierte Cordero, es el desarrollo de este tipo de instancias “bajo la forma de un decreto reglamentario, pues es bastante habitual que se puedan crear entidades asesoras o colaboradoras sin que se requiera de un decreto o mediante meras resoluciones administrativas”.

Y plantea que “el hecho de que se haya utilizado este mecanismo responde quizás a una razón más externa o con efectos comunicacionales, la cual debiese ser revisada en el futuro”.



DT tiene facultad fiscalizadora para trabajadores de aplicaciones

6 Rol 145.648-22/ Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de abril

El profesor de la Universidad Diego Portales (UDP) José Luis Ugarte, destaca como uno de los principales fallos del aquel referido a las competencias de interpretación y fiscalización que son reconocidas legalmente a la Dirección del Trabajo (DT) para calificar la relación laboral.

Se trata de un fallo resuelto, mediante un recurso de protección, por la Corte de Apelaciones de Santiago y que fue luego ratificada por el máximo tribunal, “consolidándose la competencia de ese órgano fiscalizador en la materia”, señala el académico.

En este caso el ente público determinó —mediante el dictamen N° 1831/39— los indicios necesarios para “dar por existente” el vínculo entre las empresas de plataforma y sus trabajadores, en aplicación de la Ley N° 21.431.

La sentencia recuerda que la Dirección del Trabajo “está dotada de las facultades para determinar, a través de la

interpretación administrativa prevista por la legislación laboral, de los elementos necesarios para la existencia de un contrato de trabajo”, entre otras razones, por estar reconocidas legalmente en el artículo 5 del DFL N° 2 de 1967 del Ministerio del Trabajo.

Junto con eso, el tribunal plantea que no se le puede imputar, “cuando ejerce su función mediante (...) un dictamen, que se trate de un acto ilícito o arbitrario, pues está actuando dentro del ámbito de su competencia”.

Su relevancia radica, añade el profesor de la UDP, en que “reconoce que la fiscalización administrativa puede determinar, para efectos de fiscalización, los indicios que dan cuenta de la existencia de una relación laboral, en este caso, de los trabajadores de plataforma, según el dictamen respectivo, mediante la existencia de un control tecnológico, que se manifiesta especialmente a través de la evaluación a distancia de los servicios prestados”.



Foto: María Weezel

Ampliación del concepto de daño moral en caso de víctima en estado vegetal

7 Rol 80.576-22 / Corte Suprema, 27 de marzo

La deficiente atención prestada a la víctima de un accidente de tránsito, que debido a las complicaciones sufridas quedó en estado vegetativo crónico irreversible, llevó a que su cónyuge, en calidad de curadora, demandara al Servicio de Salud Metropolitano Oriente y al Hospital del Salvador por daño moral del paciente —el de ella y sus hijos se indemnizó en otro juicio previo—, así como daño emergente futuro, es decir, el dinero necesario para su mantención médica por el tiempo que le quede de vida, que se cifra en \$6 millones mensuales, o que, en subsidio, el centro asistencial asuma a su costo los cuidados necesarios para ello.

Aunque el tribunal de alzada capitalino solo acogió la segunda pretensión, ya que el paciente “no ha podido sentir dolor o sufrimiento” dado el estado en el que se encuentra, lo que sería “incompatible” con un padecimiento a título de daño moral, precisó, la Corte Suprema resolvió que la figura, establecida en el artículo 41 de la Ley N° 19.966, es más amplia que tales definiciones.

“Contempla como un parámetro de evaluación la modificación de las condiciones de la existencia del afectado, concepto que, por cierto, abarca también la pérdida de la calidad de vida y la afectación a la voluntad que se produ-

cen en el marco de un estado vegetativo”, indica la sentencia del máximo tribunal.

Siguiendo esa lógica, condenó al hospital a pagar \$100 millones por el daño moral reclamado.

Para la profesora de la Universidad del Desarrollo (UDD), Lilian San Martín, este fallo resulta relevante porque “confirma la posibilidad de otorgar una indemnización *in natura*, como son las prestaciones médicas que requería el paciente por toda la vida, sin establecer una suma predeterminada de dinero que, a la larga, podría demostrarse insuficiente o ser destinada a otro fin”.

La resolución también reafirma, dice la académica, “la tendencia a acoger una noción objetiva de daño moral, que prescinde del sufrimiento y mira a la lesión del bien extrapatrimonial”, y resulta igualmente destacable, puntualiza, porque “pone en crisis” la función tradicionalmente atribuida a esta figura, es decir, “que la víctima se procure satisfacciones que le ayuden a sobrellevar la lesión padecida. En este caso, (...) no tiene posibilidad de procurarse satisfacción alguna”.

“A simple vista —agrega—, pareciera que la verdadera beneficiaria de la indemnización es la cónyuge demandante o, más en general, la familia de la víctima”.

Carácter constitucional de principio que privilegia ley penal más favorable

8 Rol 13.199-22 / Tribunal Constitucional, 12 de abril

“Con este fallo, el TC le reconoce al principio de favorabilidad un estatus constitucional, de manera que es vinculante también para el legislador”, asegura el profesor de la Universidad Católica (UC), Alex van Weezel, sobre el fallo que considera como uno de los más relevantes de 2023.

El académico se refiere a la sentencia en la que el tribunal acogió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de un artículo transitorio de la Ley N° 21.121, conocida como “Ley Anticorrupción”—vigente desde noviembre de 2019—, el cual dispone que las

modificaciones contempladas en esta normativa solo se aplicarán a hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigor.

Al respecto, recuerda Van Weezel, “el TC señaló que la aplicación de este precepto vulneraría el principio de favorabilidad, que exige dar efecto retroactivo a la ley penal más favorable al imputado”, y, añade, según el tribunal, “debe ser el juez de la causa quien determine en cada caso qué ley es más favorable, y si esta es la ley posterior, aplicarla retroactivamente”.

Vínculo de “marentalidad” y relación directa en caso de madre no biológica

9 Rol 32.906-22 / Corte Suprema, 15 de junio

Para la profesora de la Universidad de los Andes, María Sara Rodríguez, un fallo destacado este año, y que genera debate, proviene de la Corte Suprema y en él se discutió si “sería deseable que quien no es madre biológica mantenga una relación directa y regular con la hija concebida por la demandante en el contexto de una convivencia lésbica que las mujeres mantuvieron por varios años”, describe.

A juicio del máximo tribunal, en este caso se vulneró el artículo 229 del Código Civil, el cual establece que el padre que no tenga el cuidado personal del hijo “no será privado del derecho ni quedará exento del deber”. La académica asegura que los hechos fueron “inadecuadamente considerados” por la Cuarta Sala.

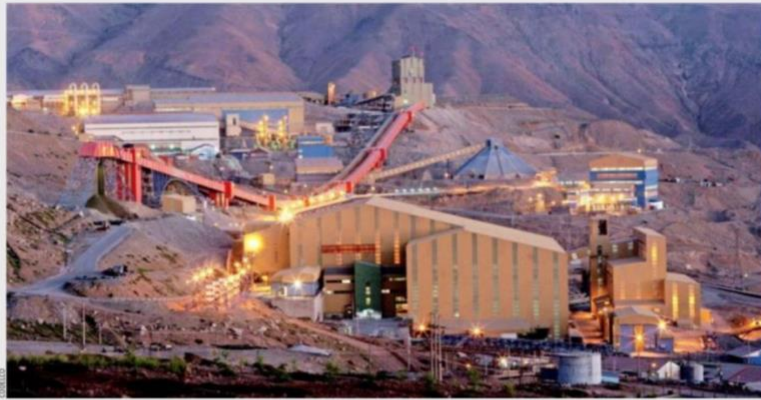
El caso comenzó cuando la demandante pidió la suspensión de la relación directa y regular que su expareja, durante 14 años, tiene con la hija de ambas —la primera es madre biológica de la niña nacida en 2013, mediante inseminación—, y que fue establecida judicialmente en 2019, junto con el acuerdo sobre alimentos. El Juzgado de Familia de Curicó falló a favor de la primera, lo que luego fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Talca.

Contra esta sentencia se presentó un recurso por infracción del artículo 229. El máximo tribunal revocó la decisión, para acoger la demanda reconvenional, y calificó el vínculo como un ejercicio conjunto de “marentalidad”.

Rodríguez narra que “las partes mantienen un clima de abierta confrontación y conflicto” y afirma que se agregan como hechos acreditados que “la conducta de (la demandada) perjudicó el bienestar psíquico de la niña (...)”. En la audiencia reservada la niña expresó no querer tener contacto con ella porque eso le causa incomodidad, displacer y la percibe como una figura dañina”.

“La problemática probatoria consistiría en que no se acredita cómo la relación directa y regular produciría ‘perjuicio manifiesto para el bienestar del hijo’, plantea la académica al respecto.

Y estima que “ni el acuerdo de unión civil que tuvieron las litigantes (suscrito en 2018) puede servir para fundamentar una relación directa y regular con la hija de la demandante. Tiene gran valor que la sentencia de primera instancia, confirmada por el tribunal de apelación, haya consignado expresamente la opinión de la niña”.



Cláusulas unilaterales sin expresión de causa y principio de buena fe

10 Rol 20.025-22 / Corte Suprema, 31 de julio

"Transcurrido más de un año de vigencia, el contrato referido no ha dado los resultados esperados al momento de su formulación, principalmente a raíz de profundas diferencias de interpretación", señala el documento con el que Codelco ejerció —en 2017— la facultad de terminación unilateral sin expresión de causa, prevista en las Bases Administrativas Generales y contemplada en el convenio firmado.

Su contraparte era la empresa Mol Ambiente S.A., que se había adjudicado una licitación para el manejo y tratamiento de residuos industriales sólidos con la División El Teniente. La compañía presentó una demanda de indemnización de perjuicios por considerar que no existía una causa "real, efectivamente y previamente acordada" para finalizar el acuerdo.

Esta demanda fue rechazada, en 2020, por el 1° Juzgado Civil de Rancagua, pero después la Corte de Rancagua revocó la sentencia. Finalmente, en julio pasado la Corte Suprema, por sentencia de reemplazo, confirmó el fallo de primera instancia.

Para el profesor de la Universidad Católica (UC), Gonzalo Fernández, su relevancia radica en que el máximo tribunal "reafirma su criterio en relación con el ejercicio de las cláusulas de terminación anticipada sin expresión de

causa" y porque puede englobarse en un conjunto de fallos dictados el último año por la Primera Sala, "que han reafirmado la importancia, y, a veces, la preeminencia, del principio de buena fe en materia civil".

"Reconoce la tensión que existe entre dos principios fundamentales del Derecho Civil. Por un lado, la libertad contractual y el *pacta sunt servanda*", indica el académico, aunque recuerda que la Suprema también precisa "una limitación a dicha facultad".

Esto, explica, porque si no se manifestara ninguna causa, igualmente sería necesario dilucidar si ha sido invocada "de manera racional y desprovista de todo arbitrio", lo que Fernández destaca: "Reafirma, una vez más, que estas facultades resolutorias especiales e incausadas deben ejercerse de un modo que respete las exigencias de la buena fe, y que se encuentre exento de arbitrariedades".

También se refiere a que la decisión forma parte de un grupo sucesivo de fallos en los que se ha afirmado "la importancia del principio de buena fe como dogma orientador del Derecho Civil y, en ciertos casos, asignándole primacía o un efecto morigerador sobre el principio *pacta sunt servanda*. Ello ha sido materia de profundos análisis y debates en distintos foros, ya que este último ha sido la base tradicional del sistema contractual continental".

OTROS FALLOS DESTACADOS

Uso de neurotecnología y deber de prevención de la Administración del Estado

* Rol 105.065-23 / Corte Suprema, 9 de agosto

El desarrollo científico y tecnológico "estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica", dice la norma introducida por la Ley N° 21.383 al artículo 19 N° 1 inciso final de la Constitución.

Y añade que la ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su uso, debiendo "resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella".

Aplicando esta norma, recuerda la profesora de la Universidad de los Andes, Rosa Fernanda Gómez, "en un fallo inédito" la Corte Suprema acogió un recurso de protección contra la empresa Emotiv Inc. por la venta en Chile de Insight, un dispositivo inalámbrico con sensores que permiten recabar información sobre la actividad eléctrica del cerebro, obteniendo así datos respecto de los gestos, movi-

mientos, preferencias, tiempos de reacción y actividad cognitiva del usuario.

Ordenó así eliminar, sin más trámite, toda la información que se hubiera almacenado en su nube o portales, e impuso al Estado el deber de dar especial atención y cuidado a la revisión del uso de nuevas tecnologías que involucran "cada vez más aspectos de la persona humana".

"No solo abre la discusión en cuanto al uso de la neurotecnología, sino que también pone de manifiesto la necesidad de una regulación más vigorosa en materia de tratamiento y protección de datos (proyecto en tramitación)", dice Gómez y destaca que se establece un deber a los órganos de la Administración del Estado "de prevenir y anticiparse a los efectos del uso de estos dispositivos, omisión que bien podría dar lugar a la responsabilidad patrimonial de los servicios involucrados".

Intervención tardía e ineficaz en contexto de pandemia y alza de flujo migratorio

* Rol 10.744-22 / Corte Suprema, 7 de julio

"Por lo sintomática que resulta respecto de la realidad nacional", el profesor de la UC, Alex van Weezel, consideró relevante mencionar una sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema que resolvió un conflicto entre órganos de la Administración del Estado. Así, el máximo tribunal reprodujo el fallo de alzada, excepto por dos fundamentos, y revocó la decisión de primera instancia.

Se acogió de esta forma el recurso de protección interpuesto por la Municipalidad de Ollagüe y la Gobernación Regional de Antofagasta contra las autoridades de la época, el expresidente Sebastián Piñera y el exministro de Salud, Enrique Paris, además de los delegados presidenciales de Antofagasta y del Loa.

"Los habitantes reclamaban la ausencia de medidas sanitarias de prevención, control y atención frente a la llegada de un gran volumen de migrantes a la comuna en plena pandemia, enfrentando a la pequeña comunidad a una

situación de riesgo constante", explica el académico.

Para el tribunal, se incurrió en una "omisión ilegal y arbitraria", disponiendo que las autoridades debían actuar coordinadamente para "procurar la eficaz y efectiva protección de la salud de los habitantes de Ollagüe" —zona rural del altiplano con poco más de 300 personas—. "Las medidas adoptadas (...), si bien correctas, no bastaron en tanto no consideraron, a lo menos, el tamaño de la comuna, su población, la infraestructura de salud y de habitación con la que se cuenta, la situación socioeconómica y acceso a implementos de protección, y medios públicos disponibles de transporte", precisó el fallo.

Y, agregó, la acción del Ministerio de Salud "fue insuficiente, en tanto no permitió hacerse cargo en su justa medida de los riesgos, en contexto de pandemia, que trajo el gran aumento de flujo migratorio (...), se vieron forzados a recibir a un número muy superior al de su población".

Reportaje

Legítima defensa: un problema de causa de justificación, no de tipicidad

★ Rol 1523-23 / Corte de Apelaciones de San Miguel, 24 de julio

La primera aplicación de la legítima defensa privilegiada, contemplada en la Ley Nain-Retamal (N° 21.560), de abril de 2023, es elegida por la profesora de la Universidad de los Andes, Tatiana Vargas. Y plantea: "La señal de posible impunidad por la comisión de delitos cambia cuando el respeto por las decisiones judiciales se acompaña de modificaciones que buscan reforzar el rol de las policías".

Se trata de una resolución de la Corte de San Miguel sobre un caso de violencia durante el estallido, de octubre de 2019, donde se confirmó la absolución de cinco policías imputados por delitos de apremios ilegítimos, homicidio frustrado y falsificación de instrumento público.

"Reconoce su aplicación retroactiva al estimar su inclusión como una modificación más beneficiosa", describe la académica. Luego, señala que "las causas de justificación del Código Penal, y específicamente la legítima defensa, son eximentes genéricas".

El privilegio, dice, "está en no cuestionar la racionalidad del medio empleado para defenderse (...). Se restringe a situaciones de agresión solo de la vida y salud de la policía o de un tercero" y agrega que la legítima defensa "no es un problema de tipicidad, sino de causa de justificación".

Por eso, explica que aunque el uso excesivo de la fuerza policial, en principio, excluye la eximente, pero puede configurar una atenuante fuerte (...), se añade una excepción respecto del dolo".

"Si fuera el dolo de la conducta típica —precisa—, la legítima defensa privilegiada nunca se podría aplicar, y sería una reforma nula o inoficiosa, no solo más dura".

Por ello, plantea Vargas, "si el policía busca excederse, en ese caso no hay eximente ni atenuante alguna. La exclusión de la atenuante no existe en normas generales. En este punto, la nueva norma es más dura y nunca puede proceder retroactivamente".

Libertad de expresión en el trabajo y derecho a no ser objeto de represalias

★ Rol 599-23 / Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de septiembre

En este fallo se resuelve, vía recurso de nulidad, si la desvinculación de un trabajador luego de efectuar denuncias por condiciones laborales —carga excesiva y falta de personal por casos de covid y cuarentenas— debe considerarse "una vulneración empresarial del derecho fundamental de la libertad de expresión y opinión" y, por tanto, "calificarse jurídicamente como un despido lesivo en el marco de la acción de tutela", explica el profesor de la Universidad Diego Portales (UDP), José Luis Ugarte, sobre la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Aquello, "pese a no existir un acto de censura en sentido estricto", precisa sobre la resolución que destaca como una de las más relevantes del año en materia laboral.

El tribunal de alzada capitalino "resuelve la cuestión correctamente", señala el académico, "al considerar que la represalia por el discurso de denuncia o queja de un trabajador es una afectación del contenido protegido de ese de-

recho fundamental, reconocido y protegido al trabajador por el artículo 5 y 485 del Código del Trabajo".

Aunque fue despedido por "necesidades de la empresa", esta no fue acreditada por el empleador, dice el fallo, y, además, ocurrió nueve días después de enviar su última queja mediante correo electrónico a las jefaturas.

"Se puede señalar que la libertad de expresión del trabajo no solo incluye del derecho a no ser objeto de censura por parte del empleador, sino también el derecho a no ser objeto de represalias por un discurso interno que no sea del agrado del empresario", precisa Ugarte.

Respecto de la fundamentación, indica que es "de especial importancia" que se haya considerado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Lagos del Campo vs Perú), "que ha afirmado que 'la libertad de expresión requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado por manifestar su propio pensamiento'".



VUELVE CHARTER DEL CRUCERO AUSTRALIS POR EL CABO DE HORNOS

14 AL 21 DE SEPTIEMBRE 2024

Punta Arenas, Seno D'Agostini, Glaciar Águila, Seno Garibaldi, Glaciar Pia, Ushuaia, Cabo de Hornos, Bahía Wulaia, Seno Agostini, Glaciar Cóndor, Fiordo Brookes, Bahía Aisnworth e Isla Magdalena.

\$2.288.000*/US\$2.800

Valor por persona en cabina doble categoría A

Incluye

- Pasaje aéreo Santiago/Punta Arenas/Santiago.
- Traslados aeropuerto/puerto/aeropuerto en Punta Arenas (vuelos establecidos).
- Desayunos, almuerzos y comidas, bar abierto en horarios establecidos.
- 7 noches de navegación.
- Excursiones diarias a tierra, incluyendo whisky y chocolate caliente durante las excursiones.
- Actividades al interior del barco

Reservas y más información: 223 301 130, toursclub@mercurio.cl