

---

# Revista de Derecho Administrativo Económico

---

## ReDAE

- › Doctrina: Estudios e Investigaciones
- › Ensayos
- › Jurisprudencia: comentarios
- › Bibliografía: Recensiones



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

---

# Revista de Derecho Administrativo Económico

---

## ReDAE

:: Doctrina: Estudios e Investigaciones

:: Ensayos

:: Jurisprudencia: Comentarios

:: Bibliografía: Recensiones

Revista de Derecho Administrativo Económico  
**ReDAE**  
Pontificia Universidad Católica de Chile

---

**Director**

Alejandro Vergara Blanco

**Redacción**

Sabrina Feher Szanto  
*Secretaria de Redacción*

Karina Negrete  
*Ayudante de Redacción*

**Comité Editorial**

Pierre Bon (*Universidad de Pau et des Pays de l'Adour, Francia*), Juan Carlos Cassagne (*Universidad Católica Argentina, Argentina*), Jorge Danós Ordóñez (*Pontificia Universidad Católica del Perú*), Antonio Fanlo Loras (*Universidad La Rioja, España*), Tomás-Ramón Fernández (*Universidad Complutense de Madrid, España*), Yves Gaudemet (*Université Panthéon-Assas Paris II, Francia*), Santiago González-Varas (*Universidad de Alicante, España*), Fernando López Ramón (*Universidad de Zaragoza, España*), Nicola Lugaresi (*Universidad de Trento, Italia*), Luis Ferney Moreno Castillo (*Universidad Externado de Colombia, Colombia*), Johann-Christian Pielow (*Universidad de Bochum, Alemania*), Jorge Precht Pizarro (*Pontificia Universidad Católica de Chile*), Enrique Rajevic Mosler (*Universidad Alberto Hurtado*), Eduardo Soto Kloss (*Pontificia Universidad Católica de Chile*), Rosa Gómez González (*Universidad de Los Andes, Chile*), Estela B. Sacristán (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*), Hubert Alcaraz (*Universidad de Pau, Francia*), Héctor Santaella Quinteros (*Universidad Externado de Colombia*), Javier Barnés (*Universidad Pompeu Fabra, España*), Christian Rojas Calderón (*Universidad Andrés Bello, Chile*), Gladys Camacho (*Universidad de Chile, Chile*)

---

La Revista de Derecho Administrativo Económico, fundada en 1999, es una publicación semestral del Programa de Derecho Administrativo Económico (PDAE) de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Su objetivo es publicar investigaciones científico-jurídicas en las áreas de Derecho Administrativo General, Administrativo Económico, Bienes de Uso Público, Energía, Recursos Naturales, Aguas, Minas, Urbanismo - Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente; buscando convertirse en sede de difusión de doctrina especializada en estas materias.

**Convocatoria**

La convocatoria para publicar en la Revista de Derecho Administrativo Económico está abierta, de manera permanente, a todos los autores nacionales y extranjeros. Las colaboraciones pueden ser estudios de doctrina (artículos doctrinarios); comentarios de jurisprudencia; sistematizaciones normativas y ensayos; y bibliografía. Para ser admitida, toda colaboración debe cumplir con las Normas Editoriales de esta Revista (disponibles en la edición electrónica de la Revista). Envío de colaboraciones a [redae@uc.cl](mailto:redae@uc.cl)

**Selección de trabajos: arbitraje anónimo**

Toda colaboración para la sección Doctrina (artículos doctrinarios), será objeto, al menos, de dos arbitrajes u opiniones de árbitros designados al efecto. Las pautas de evaluación y criterios aplicados por cada árbitro dicen relación con el contenido, calidad, pertinencia, carácter científico, interés del tema; tratamiento, desarrollo y metodología científica empleada en la elaboración; y, en fin, con el uso actualizado de fuentes y bibliografía. El sistema de arbitraje por pares es anónimo.

ISSN 0717-4888 (versión papel)  
ISSN 0719-5591 (versión electrónica)

Indexada en Scopus

Esta revista recibe el apoyo de Bibliotecas UC

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. 4° piso, Facultad de Derecho, oficina 426.  
Teléfonos: +56 (2) 223 542 430, +56 (2) 223 549 113  
Correo electrónico de la Redacción: [redae@uc.cl](mailto:redae@uc.cl)

Conoce nuestras publicaciones en: <http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/Publicaciones/revista-de-derechoadministrativo-economico>

Ventas y suscripciones: [redae@uc.cl](mailto:redae@uc.cl)

La Revista se encuentra disponible en su versión electrónica: [redae.uc.cl](http://redae.uc.cl)

[ Santiago de Chile, 2023 ]

# Índice

## Nº 37

### I. Doctrina: Estudios e Investigaciones

#### Derecho Administrativo

ARANCIBIA MATTAR, Jaime

*El deber estatal de fiscalización de funcionarios, contratistas y particulares: contenido y responsabilidad por incumplimiento* ..... 5

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés

*El debido procedimiento administrativo sancionador* ..... 33

CORDERO QUINZACARA, Eduardo y GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda

*Criterios y estándares para el control judicial de las sanciones administrativas* ..... 67

CUBA MENESES, Erick

*Responsabilidad precontractual en la contratación administrativa a partir del principio de la confianza legítima. El caso peruano* ..... 107

HELFMANN MARTINI, Carolina

*Multas coercitivas: determinación de su naturaleza jurídica y efectos. Análisis a partir del artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones* ..... 127

JIMÉNEZ SALAS, Guillermo

*¿Por qué los particulares litigan en la Contraloría? La potestad dictaminante como foro de resolución de disputas* ..... 165

KURLAT AIMAR, José Sebastián

*El poder reglamentario de las autoridades sectoriales de regulación francesas: vocación de la función regulatoria* ..... 193

VALDIVIA OLIVARES, José Miguel y IZQUIERDO SERRANO, Tomas Patricio

*Hacia una objetivación del principio de proporcionalidad en el control de las sanciones administrativas* ..... 225

#### Derecho Minero

TORRES FUENTEALBA, Juan

*El impacto económico de las normas de indemnización de perjuicios en la expropiación de concesiones mineras de explotación en Chile entre los años 1925 a 2010* ..... 255

---

## II. Ensayos

CISTERNA MANZUR, Sofía

*Algunas notas en relación con el alcance del "asunto litigioso" como causal de abstención de la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República*..... 287

MUÑOZ VICUÑA, Diego

*Participación ciudadana en la metarregulación chilena*..... 319

RUIZ OLMO, Irene

*Marco jurídico del apoyo a las instalaciones de energía fotovoltaica en Estados Unidos. Organización administrativa e instrumentos jurídicos* ..... 333

---

## III. Jurisprudencia: Comentarios

CHACÓN ASTUDILLO, Javiera

*Sobre la justificación de la norma de presunción de daño ambiental por escapes de peces en la Ley General de Pesca y Acuicultura* ..... 363

MATHEUS HIDALGO, Mayerlin

*La inactividad de la Administración migratoria como omisión inconstitucional por afectación de derechos fundamentales y su configuración jurisprudencial en Chile*..... 377

---

## IV. Bibliografía: Recensiones

HELFMANN MARTINI, Carolina

*Arancibia Mattar, Jaime; Flores, Juan Carlos y Gómez González, Rosa Fernanda (2023) Acto y procedimiento administrativo. Análisis normativo, dogmático y jurisprudencial a veinte años de la Ley N° 19.880 (Santiago: DER Ediciones, 320 pp.)* ..... 403

QUEZADA RODRÍGUEZ, Flavio

*Soto, Pablo (2021) El reproche personal en el Derecho administrativo sancionador. Culpa y dolo, responsabilidad objetiva y culpa infraccional, Valencia, Tirant Lo Blanch, 389 páginas* ..... 407

# El deber estatal de fiscalización de funcionarios, contratistas y particulares: contenido y responsabilidad por incumplimiento

The State's duty of supervision of civil servants, public contractors and private subjects: content and liability for non-compliance

Jaime Arancibia Mattar<sup>1</sup>

Este trabajo identifica los criterios dogmáticos para dar una solución coherente al régimen de cumplimiento y responsabilidad del deber estatal de fiscalización. Abordará la naturaleza y principales características de este deber, así como las variantes de responsabilidad por incumplimiento.

This paper identifies the dogmatic criteria for a coherent solution to the regime of compliance and liability of the state duty of supervision. It will address the nature and main characteristics of this duty, as well as the variants of liability for non-compliance.

**Palabras clave:** fiscalización, incumplimiento, responsabilidad, Estado.

**Keywords:** supervision, non-compliance, liability, State.

RESUMEN / ABSTRACT

<sup>1</sup> Doctor en Derecho, Universidad de Cambridge, Inglaterra. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Correo electrónico: jarancibia@uandes.cl. Dirección postal: Mons. Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago de Chile.

Este artículo fue escrito en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N° 1210112, sobre "La función de fiscalización administrativa: potestades, régimen y problemas en el ordenamiento jurídico chileno", en el que el autor es investigador responsable.

Artículo recibido el 23 de noviembre de 2022 y aceptado el 1 de junio de 2023.

## Introducción

La función de fiscalización administrativa suele ser tratada por la doctrina<sup>2</sup> y la jurisprudencia<sup>3</sup> bajo la perspectiva de los gravámenes o cargas impuestos a quienes están sujetos a un marco regulatorio determinado, con la finalidad de prevenir incumplimientos normativos. Sin embargo, son escasas las referencias a la actividad fiscalizadora como deber del Estado.

Probablemente, esta carencia se debe a que las potestades de fiscalización corresponden a poderes-deberes de interés público cuyo acreedor es la comunidad jurídicamente organizada, representada por el mismo Estado, lo que prácticamente inhibe la responsabilidad directamente legal por su incumplimiento.

Lo anterior no obsta, sin embargo, a que el Estado pueda incurrir en responsabilidad aquiliana por falta de fiscalización ante terceros o víctimas. Según veremos, existe una jurisprudencia variada sobre la materia. Empero, esta adolece de criterios dogmáticos consistentes que permitan distinguir las distintas hipótesis de responsabilidad y sus efectos sustantivos y procedimentales.

Por ejemplo, algunas sentencias atribuyen a la deficiencia u omisión de fiscalización un efecto excluyente de responsabilidad por otras conductas ilícitas imputables, pues se asume erróneamente que el sujeto fiscalizado es siempre un tercero cuya acción u omisión por falta de supervisión no sería atribuible al Estado. Esto ocurre especialmente en materia de contratistas y funcionarios del Estado. Además, en casos donde esta doble responsabilidad ha sido aceptada, la jurisprudencia no ha tenido claro si la infracción adicional a la fiscalización es fuente de responsabilidad legal o aquiliana para efectos de determinar el régimen jurídico aplicable.

Observamos también casos en que el deber estatal de fiscalización es derivado de la responsabilidad por hecho del dependiente, regulada en el Código Civil (art. 2.320), sin mayores consideraciones acerca de la prohibición constitucional dirigida a los órganos del Estado de no "...atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes" (art. 7 inciso 3°). Este error puede extender la responsabilidad

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ 2002, 474-475. JARA y MATURANA 2009, 15. AGÜERO y TORO, 2010. TIRADO 2011, 261-262. MASBERNAT 2011, 322. CAÑO 2013, 226. FLORES, 2014. FLORES 2015. LEAL 2015. ARANCIBIA 2016, 267-283. OSORIO y JARA 2017. HERNÁNDEZ 2017, 21-22. HERVÉ 2018, 343-360. PAREJO 2018, 501.

<sup>3</sup> Acerca del resguardo de derechos ante la actividad fiscalizadora, véase Sentencia TC Rol N° 1.894 (2011), c. 13°, Sentencia TC Rol N° 6.735 (2019), c. 33°, Sentencia TC Rol N° 2.934 (2015), *Superintendencia de Valores y Seguros con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2013), c. 9°. *Jaramillo Gajardo y otros c. I. Municipalidad de Las Condes y otra* (2016), c. 15°. En materia de proporcionalidad fiscalizadora, véase Dictamen N° 65.853 (2013), *Poblete Salas con Servicio Nacional de Pesca Región del Bío Bío* (2016), c. 3°. Sobre debido proceso, considérese el Dictamen N° 25.188 (2018). Para el acceso del sujeto fiscalizado al expediente de fiscalización, cfr. *Empresa Eléctrica Campiche S.A. y otros con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017), c. 7°, y art. Sexto de la Ley N° 20.416, de 2010.

estatal hacia hipótesis en que resultaría injusto exigirla u obligar a la víctima a asumir cargas probatorias adicionales a las que exige un régimen aquiliano *contra legem*.

Otro problema está referido a la responsabilidad conjunta por falta de fiscalización de distintos organismos del Estado o por confluencia de omisiones o deficiencias de fiscalización e infracciones legales del sujeto fiscalizado, en que la jurisprudencia ha sido oscilante con respecto a su carácter concurrente o solidario.

Este trabajo tiene por finalidad contribuir a identificar los criterios dogmáticos que permitan dar una solución coherente al régimen de cumplimiento y responsabilidad infraccional en deberes de fiscalización estatal. En particular, el trabajo desarrolla los elementos fundamentales del estatuto de responsabilidad patrimonial del Estado por daños imputables a su actuación u omisión ilícita, procurando distinguir también entre hipótesis de responsabilidad propia y concurrente con los sujetos fiscalizados.

Para tal efecto, el estudio estará dividido en dos secciones. La primera abordará la naturaleza y características principales del deber de fiscalización, de las que depende, a su vez, el régimen de responsabilidad estatal por falta de fiscalización. La segunda, por su parte, procurará desarrollar la relación conceptual de esta responsabilidad con la falta de servicio y la responsabilidad civil extracontractual, así como su compatibilidad con otras conductas ilícitas del mismo fiscalizador, de otros organismos fiscalizadores y del sujeto fiscalizado.

## I. Naturaleza jurídica del deber estatal de fiscalización

Conforme a su definición, el verbo rector de la actividad fiscalizadora consiste en “criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien”<sup>4</sup>. En el caso del Estado, este deber tiene por objeto la persona, conducta o bienes de sus funcionarios<sup>5</sup>, contratistas<sup>6</sup>, y la de los particulares sujetos a marcos regulatorios de fuente legal, principalmente a través de superintendencias<sup>7</sup>. Esto último ocurre en ámbitos variados del quehacer humano, tales como educación<sup>8</sup>, salud<sup>9</sup>, trabajo<sup>10</sup>, consumo<sup>11</sup>, telecomunicaciones<sup>12</sup>, transporte

<sup>4</sup> Real Academia Española 2022.

<sup>5</sup> Cfr. D.F.L. N° 1 Secretaría General de Gobierno, de 2001. Art. 1 del Decreto N° 2.421 Hacienda, de 1964.

<sup>6</sup> Cfr. Art. 29 del D.F.L. N° 164 MOP, de 1991.

<sup>7</sup> Cfr. Sentencia TC Rol N° 2.264 (2013), c. 9°.

<sup>8</sup> Art. 47 de la Ley N° 20.529, de 2011.

<sup>9</sup> Art. 107 del D.F.L. N° 1 Salud, de 2005.

<sup>10</sup> Art. 505 del D.F.L. N° 1 Trabajo y Previsión Social, de 2003.

<sup>11</sup> Art. 58 D.F.L. N° 3 Economía, Fomento y Turismo, de 2021.

<sup>12</sup> Art. 6 letras c) y k) del Decreto Ley N° 1.762, de 1977.

público de pasajeros<sup>13</sup>, tránsito vehicular<sup>14</sup>, farmacias<sup>15</sup>, servicios bancarios<sup>16</sup>, sanitarios<sup>17</sup>, financieros<sup>18</sup> y previsionales<sup>19</sup>, seguros<sup>20</sup>, medio ambiente<sup>21</sup>, alimentos<sup>22</sup>, tributos<sup>23</sup>, urbanismo<sup>24</sup>, actividad silvoagropecuaria<sup>25</sup>, suministro eléctrico y de gas<sup>26</sup>, aguas<sup>27</sup>, operaciones de concentración económica<sup>28</sup>, insolvencia<sup>29</sup>, etc.

La fiscalización estatal supone ponderar o comprobar<sup>30</sup> la adecuación del fiscalizado a una norma o regla en sentido lato: disposiciones legales y preceptos de ejecución o precisión de rango reglamentario o técnico debidamente publicado. Esta base normativa determina que el Estado está obligado a fiscalizar únicamente las realidades previstas por el legislador y no los asuntos extralegales que sería deseable fiscalizar. Esta es la razón por la que la Corte Suprema eximió de responsabilidad al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones por no fiscalizar las aplicaciones informáticas de transporte remunerado de pasajeros<sup>31</sup>.

La modalidad de cumplimiento del deber de fiscalización corresponde a la potestad específica atribuida al efecto. En particular, las potestades fiscalizadoras por excelencia son las de inspección<sup>32</sup>, monitoreo<sup>33</sup>, verificación<sup>34</sup>,

<sup>13</sup> Art. 3 del D.F.L. N° 343 Transportes y Telecomunicaciones, de 1953.

<sup>14</sup> Art. 4 del D.F.L. N° 1 Transportes y Telecomunicaciones, de 2009.

<sup>15</sup> Art. 96 del D.F.L. N° 725 Salud, 1968.

<sup>16</sup> Art. 3 N° 8 de la Ley N° 21.000, de 2017.

<sup>17</sup> Art. 2 de la Ley N° 18.902, de 1990.

<sup>18</sup> Art. 3 N° 1, *ibíd.*

<sup>19</sup> Art. 1 de la Ley N° 16.395, de 1966.

<sup>20</sup> Art. 3 N° 6 de la Ley N° 21.000, de 2017.

<sup>21</sup> Art. segundo de la Ley N° 20.417, de 2010.

<sup>22</sup> Art. 4 N° 3 del D.F.L. N° 1 Salud, de 2005.

<sup>23</sup> Art. 1 del D.F.L. N° 7 Hacienda, de 1980.

<sup>24</sup> Art. 24 de la Ley N° 18.695, de 2006.

<sup>25</sup> Art. 3 letra a de la Ley N° 18.755, de 1989.

<sup>26</sup> Art. 2 de la Ley N° 18.410, de 1985.

<sup>27</sup> Art. 172 bis del D.F.L. N° 122 Obras Públicas, de 1981.

<sup>28</sup> Art. 39 letras d), h) y j) del D.L. N° 211, de 1973.

<sup>29</sup> Art. 331 de la Ley N° 20.720, de 2014.

<sup>30</sup> VERGARA 2020, 147 y 150.

<sup>31</sup> Veliz Olivares y otros con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (2019), c. 8°: "... el hecho que no resultara suficiente para detener el ejercicio del transporte informal se debe a la falta de adaptación de la legislación a las nuevas modalidades que permite la técnica, por lo que no puede considerarse que la demandada incurriera en pasividad absoluta o a un actuar deficiente del servicio".

<sup>32</sup> "Examinar, reconocer atentamente", Real Academia Española 2022.

<sup>33</sup> "Supervisar o controlar algo o a alguien", *ibíd.*

<sup>34</sup> "Confirmar o examinar la verdad de algo", *ibíd.*

examinación<sup>35</sup>, revisión<sup>36</sup> y vigilancia<sup>37</sup>, así como el requerimiento de información, comparecencia o declaración.

El poder-deber estatal de fiscalización admite calificaciones diversas según su finalidad mediata, funcionalidad o finalidad inmediata, especie de deber, tipo de obligación y grado de culpa exigible. Bajo estas dimensiones, la fiscalización corresponde a un deber de *garantía*, *policial*, *obligacional*, *positivo*, de *hacer*, de *medio*, de *culpa leve*, salvo norma en contrario, y de fuente *legal*. Cada una de estas cualidades incide en el estatuto de responsabilidad del Estado por incumplimiento del deber de fiscalización, según veremos en la sección III.

En cuanto a su finalidad mediata, el deber de fiscalización estatal corresponde a una especie del género de deberes de resguardo o *garantía de intereses públicos* ante posibles lesiones voluntarias o fortuitas. En otras palabras, una regulación no fiscalizada deriva en anomia regulatoria.

En cuanto a su funcionalidad o finalidad inmediata, los deberes de fiscalización corresponden a la actividad de *policía* desarrollada para asegurar el cumplimiento de las normas de protección de intereses públicos. Como explica Franco: “[e]n ella [actividad de policía] se agrupan toda una serie de potestades administrativas que inciden sobre la libertad..., y en la que al título jurídico que legitima la intervención pública es el concepto amplio de orden público”<sup>38</sup>.

En particular, la fiscalización se inscribe entre las actuaciones destinadas a prevenir o disuadir incumplimientos normativos o a identificar eventuales infracciones para efectos de ejercer poderes de denuncia, instrucción, investigación y corrección o sanción.

Entre las especies de deberes jurídicos, la fiscalización corresponde a una *obligación* del Estado, pues corresponde a una prestación avaluable patrimonialmente en favor de un acreedor específico<sup>39</sup>, que en este caso es la comunidad jurídicamente organizada como titular del interés público protegido, representada por el Estado<sup>40</sup>. Esta concepción de los deberes legales de derecho público como obligaciones ha sido desarrollada con mayor precisión por la Corte Suprema en fallos más recientes: “[s]i bien en este caso se puede sostener que se está en presencia de obligaciones legales y no contractuales, lo cierto es que el estatuto que se debe invocar para exigir su cumpli-

<sup>35</sup> “Inquirir, investigar, escudriñar con diligencia y cuidado algo”; “reconocer la calidad de algo, viendo si contiene algún defecto o error”, *ibíd.*

<sup>36</sup> “Ver con atención y cuidado”, *ibíd.*

<sup>37</sup> “Observar algo o a alguien atenta y cuidadosamente”, *ibíd.*

<sup>38</sup> FRANCO 2017, 221.

<sup>39</sup> GIORGIANNI 2018, 51.

<sup>40</sup> ARANCIBIA 2023, 113-134.

miento es el de la responsabilidad contractual, puesto que este es el estatuto general en nuestro ordenamiento jurídico”<sup>41</sup>.

Por tanto, los particulares podrían denunciar o incluso accionar judicialmente por su incumplimiento en calidad de legitimados activos extraordinarios, mas no podrían exigir su observancia como acreedores directos de tales deberes. Esto no obsta, sin embargo, a que el sujeto que resulte dañado por la omisión o deficiencia ilegal de fiscalización pueda intentar una acción de responsabilidad aquiliana.

Adicionalmente, la obligación de fiscalización es *positiva de hacer* y de *medio*. Positiva de hacer, dado que consiste en realizar una actividad que, en palabras de Diez Picaso, exige alterar el estado de la situación, realidad o cosas existentes al momento de constituirse la obligación<sup>42</sup>. De medio, por cuanto, como explica Baraona siguiendo a Mengoni, es la diligencia del deudor y no el resultado lo que forma parte de la prestación<sup>43</sup>.

Luego, si el deber fiscalizadorio no menciona el grado de diligencia exigible, entendemos que corresponde al mediano u ordinario, considerando que el Código Civil declara que la “[c]ulpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve” (art. 44 inciso 3°). Esto exige una diligencia preventiva ordinaria consistente en el cuidado que “los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios” o en aquél que propio de “un buen padre de familia” (art. 44 incisos 3° y 4°, respectivamente). Lo anterior fue confirmado por la Corte Suprema en un caso de responsabilidad por falta de fiscalización en materia ambiental, al declarar que la municipalidad “... actuó sin el cuidado, precaución y vigilancia que una institución prudente emplea ordinariamente en sus negocios propios”<sup>44</sup>.

Aunque resulte obvio decirlo, la obligación de fiscalización es de naturaleza o fuente *legal*<sup>45</sup>. Dado que los órganos del Estado no pueden atribuirse “... ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente les hayan conferido la Constitución y las leyes” (art. 7 de la Constitución), el Estado sólo podría ser responsable de no prevenir la conducta ilegal de otros sujetos en la medida que haya contado con poderes-deberes expresos para tal efecto. En esto compartimos la doctrina de la Corte Suprema en el caso *Granja con Fisco*, en cuanto a que “... el Estado es persona jurídica de derecho público que no tiene más responsabilidades directas que las que expresamente le impongan las leyes”<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> *Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región del Biobío con Empresa Constructora Ruival Limitada y otra* (2017), c. 15°.

<sup>42</sup> *Ibíd.*

<sup>43</sup> BARAONA 1997, 153.

<sup>44</sup> *Fisco de Chile con Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea* (2016), c. 30°.

<sup>45</sup> VERGARA 2020, 159.

<sup>46</sup> *Granja con Fisco* (1939), II, 1ª, c. 5°.

Por regla general, todas las relaciones regulatorias que el Estado mantiene con las personas incluyen poderes expresos de fiscalización. Sin embargo, estos no deben ser buscados en el Código Civil sino en las leyes potestativas respectivas. De ahí que sería erróneo sostener, como lo hizo la Corte en el mismo caso *Granja con Fisco*, que el Estado es irresponsable porque el "Código Civil no le impone de manera expresa responsabilidad alguna por los delitos o cuasidelitos cometidos por sus funcionarios o agentes"<sup>47</sup>.

Según veremos, cada una de las cualidades descritas tienen incidencia en el régimen de responsabilidad por incumplimiento del deber estatal de fiscalización.

## II. Responsabilidad del Estado por omisión o deficiencia ilegal de fiscalización

### 1. Naturaleza de la responsabilidad del Estado por falta de fiscalización

Si bien la Constitución remite la determinación de la responsabilidad del Estado al legislador (arts. 6 y 7), ninguna de las leyes que la prevé ha precisado su naturaleza.

Frente a este silencio, unos afirman que la responsabilidad por incumplimiento de deberes es aquiliana por aplicación supletoria del Código Civil; otros que es objetiva, porque surge de la obligación de compensar cargas públicas desiguales; y están también aquellos que sostienen que la falta de servicio exige una culpa objetivada. Por lo mismo, la doctrina nacional ha hecho hincapié en que las múltiples propuestas dogmáticas no han identificado aún su naturaleza<sup>48</sup>.

Nos parece que estos postulados son insatisfactorios para identificar la naturaleza y régimen de responsabilidad que surge por la infracción de deberes fiscalizatorios por parte del Estado. Nuestra opinión es que no es posible avanzar en esta materia sin distinguir, en primer lugar, lo que entendemos por responsabilidad patrimonial y, luego, si el afectado por el incumplimiento del deber legal es el acreedor del mismo o un tercero.

La responsabilidad en este ámbito consiste en el deber de quien ha incumplido un deber legal de cumplirlo *in natura* o de modo subrogado, y de reparar los perjuicios que haya causado su incumplimiento culposo o doloso al deudor o a un tercero.

A su vez, la necesidad de distinguir si el afectado por la infracción del deber legal es el acreedor de este o un tercero se debe a lo siguiente. En el primer caso, la responsabilidad surge por mero incumplimiento culposo del deber legal. El acreedor puede exigir el cumplimiento forzoso de lo debido y la indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento. En la segunda

<sup>47</sup> *Ibíd.*

<sup>48</sup> VALDIVIA 2005a, 899. RODRÍGUEZ 2010, 61 y 63.

hipótesis, en cambio, la responsabilidad exige, además, un nexo causal entre la infracción y el daño al tercero. Este no puede exigir el cumplimiento forzoso del deber legal –no es acreedor– sino solo la indemnización de los daños que sufrió producto del incumplimiento legal. Estos regímenes de responsabilidad son igualmente aplicables a los infractores privados o estatales de deberes legales.

Sobre la base de esta distinción, no compartimos la afirmación de Barros en cuanto a que “la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales debe ser construida con criterios típicos de la responsabilidad extracontractual”<sup>49</sup>. Antes bien, corresponde distinguir si el sujeto dañado por aquella infracción es el acreedor o un tercero. Solo en el segundo caso será necesario recurrir a la analogía de la responsabilidad aquiliana. Este es, precisamente, el caso de la responsabilidad estatal por falta de fiscalización, en que la víctima se ve dañada por el incumplimiento de un deber legal estatal de interés público.

a) *¿Responsabilidad por falta de servicio?*

Sin perjuicio de lo anterior, puesto que la responsabilidad del Estado en materia fiscalizatoria surge por omisión o deficiencia, surge la interrogante de si estamos ante una hipótesis de responsabilidad por falta de servicio. Nuestra respuesta es positiva, siempre y cuando entendamos que esta modalidad de responsabilidad adolece de una ambigüedad conceptual que exige hacer algunas prevenciones y precisiones. En concreto, sólo estaremos en condiciones de sostener que corresponde a una responsabilidad por falta de servicio en la medida que obedezca a una responsabilidad aquiliana y no legal ante la víctima.

Como se sabe la responsabilidad por falta de servicio, de origen francés, que en el caso de la Administración Pública goza de reconocimiento explícito<sup>50</sup>, ha sido definido por la doctrina y la jurisprudencia como aquella que se produce cuando el Estado “no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente”<sup>51</sup> en relación con sus deberes legales. Esta solución, *prima facie* plausible, adolece de un problema de vaguedad que la vuelve susceptible de interpretaciones múltiples e inciertas. Podemos mencionar al menos cuatro.

Primero, las posiciones dogmáticas varían en cuanto a qué elementos de la responsabilidad están comprendidos en la expresión “falta de servicio”. Así, una jurisprudencia parece identificarla sólo con la antijuridicidad de la acción u omisión<sup>52</sup>, sin perjuicio de exigir adicionalmente culpa y lesión para

<sup>49</sup> BARROS 2006, 1070.

<sup>50</sup> Art. 42 de Ley N° 18.575, de 1986; art. 152 de la Ley N° 18.695, de 1988; y art. 38 inciso 1° de la Ley 19.966, de 2004.

<sup>51</sup> Cfr. *Olivares Henríquez con Fisco de Chile* (2017), c. 6°. En igual sentido, Silva 1996, 246 y ss.; PIERRY 2000, 11 a 40.

<sup>52</sup> Cfr. *Olivares Henríquez con Fisco de Chile* (2017).

que surja la responsabilidad. Al respecto, Rodríguez señala que “lo que caracteriza la ‘falta de servicio’ es la antijuridicidad de dicha conducta”, a partir de la cual existe “una presunción de culpa de la Administración”<sup>53</sup>.

Otra postura, en cambio, parece incluir antijuridicidad y lesión, al sostener que no toda ilegalidad produce falta de servicio, como aquella inocua<sup>54</sup> o la que carece de vínculo de causalidad con el daño reclamado<sup>55</sup>. Una tercera, de influjo francés, sostiene que la falta de servicio conlleva ilegalidad y culpa, porque toda ilegalidad es culposa<sup>56</sup>.

Segundo, no existe claridad respecto de si la “falta” sólo comprende vicios de insuficiencia u omisión parcial (*infra vires*), como plantea parte de la doctrina<sup>57</sup>, o se extiende también a actuaciones fuera de la competencia (*ultra y extra vires*).

Tercero, aunque se alcanzara certeza sobre la noción de “falta”, quedaría todavía por dilucidar la voz “servicio”. Dependiendo del alcance de esta noción, la responsabilidad podría ser planteada como general o particular. En efecto, si entendemos que todo deber del Estado es un servicio a las personas, según lo reconoce la Constitución (art. 1 inciso 4°), todo incumplimiento será, por tanto, una falta de servicio. En cambio, si interpretamos “servicio” como actividad prestacional, la responsabilidad sólo comprendería daños antijurídicos causados con ocasión de una prestación, incluyendo los que afectaren a funcionarios del servicio<sup>58</sup> o “a terceras personas que no sean usuarias del órgano estatal que la cometió”<sup>59</sup>. Empero, si reducimos “servicio” a la prestación dada a usuarios o beneficiarios del mismo, el daño antijurídico causado a terceros quedaría excluido<sup>60</sup>. De ahí el lamentable precedente de que un transeúnte inocente que quedó parapléjico por el disparo negligente de un gendarme perdió el juicio de responsabilidad por falta de servicio debido a que la Corte estimó que no era usuario del “servicio” de gendarmería<sup>61</sup>.

Continuando, si la expresión “servicio” sólo comprendiera a los organismos de la Administración Pública, toda lesión contraria a derecho del resto de los poderes fiscalizadores del Estado quedaría excluida. Más aún, si se adoptara una noción meramente orgánica –no funcional– de servicio adminis-

<sup>53</sup> RODRÍGUEZ 2010, 35.

<sup>54</sup> Cfr. *Inmobiliaria San Andrés Limitada contra Ilustre municipalidad de Villarrica* (2010).

<sup>55</sup> Cfr. *Comercial e Inversiones Pramar Limitada con I. Municipalidad de Temuco* (2014).

<sup>56</sup> Esta posición es descrita por VALDIVIA 2016, 488.

<sup>57</sup> SOTO KLOSS 2004, 252 y ss.

<sup>58</sup> Cfr. *Pino Barra y otros con Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2017), sobre responsabilidad por falta de servicio del Fondo de Solidaridad e Inversión Social (FOSIS) debido a un accidente de tránsito con consecuencias fatales sufrido por sus funcionarios de regreso de una actividad de capacitación.

<sup>59</sup> *Seguel Cares con Fisco de Chile* (2008), c. 12.

<sup>60</sup> *Figueroa Gallardo contra Fisco de Chile* (2002).

<sup>61</sup> *Fisco de Chile c. No se consigna* (2001). Compartimos la crítica a este fallo formulada por VALDIVIA 2005b, 15 y 16.

trativo, según la definición de la Ley N° 18.575 (art. 25), incluso los entes administrativos ajenos a esta definición no podrían incurrir en falta de servicio. Y si aplicáramos la falta de servicio sólo a los organismos del título II de la Ley N° 18.575, según lo exige su artículo 21 inciso 2°, incluso quedarían fuera de su aplicación servicios administrativos típicos, como las fuerzas de orden y seguridad pública, entre otros. Cabe aclarar, sin embargo, que la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema ha extendido esta responsabilidad a toda la Administración Pública, por entenderla comprendida en el régimen general de responsabilidad que establece el artículo 4 de la Ley N° 18.575<sup>62</sup>.

Cuarto, la doctrina se divide en cuanto a si el régimen jurídico aplicable es el de responsabilidad subjetiva<sup>63</sup>, objetiva<sup>64</sup>, o de riesgo, sin contar con aquellos que incluso la estiman inconstitucional<sup>65</sup>.

Las variantes anteriores sobre la falta de servicio dejan al estudio de la responsabilidad del Estado en un estado de incerteza jurídica similar al que existía antes de la introducción de este instituto en el derecho chileno. En definitiva, debido a sus múltiples vaivenes e incertidumbres, la falta de servicio ha significado un avance menor en el desarrollo dogmático de la responsabilidad del Estado; y, desde luego, mucho más complejo que el que podría significar la distinción entre responsabilidad legal y aquiliana del Estado.

Por lo mismo, nos parece que la responsabilidad del Estado por falta de fiscalización sólo podría ser calificada de "falta de servicio" en la medida que cause daños a una víctima por infracción de deberes fiscalizatorios de interés público, cualquiera sea la naturaleza orgánica del ente fiscalizador.

#### b) *¿Responsabilidad extracontractual?*

De otro lado, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia ha sostenido que la responsabilidad por incumplimiento de deberes legales ante terceros se rige, de modo general y supletorio, por la responsabilidad aquiliana regulada en el título XXXV del libro IV del Código Civil en su calidad de depositario del derecho común. La razón es que, dado que la responsabilidad patrimonial sólo puede ser contractual o extracontractual, aquella que surge de deberes no contractuales sería extracontractual. Esta posición se extiende también a la responsabilidad del Estado<sup>66</sup>.

En estricto rigor, esta denominación sería procedente para la responsabilidad fiscalizadora del Estado ante los particulares, en la medida que entendamos que la culpa por incumplimiento del deber legal preexistente se

<sup>62</sup> *Luchsinger Mackay y otros con Fisco de Chile* (2021), c. 15° y c. 16°.

<sup>63</sup> PIERRY 2000, 24 y ss.

<sup>64</sup> Cfr. HERNÁNDEZ 1978, 149-150.

<sup>65</sup> FIAMMA 1989, 438.

<sup>66</sup> PIERRY 1976, 472 y 500. PIERRY 2000, 11 a 40. CORRAL 2003, 35. BARROS 2006, 532. RODRÍGUEZ 2010, 35 y 36. *Sepúlveda Sepúlveda con Fisco de Chile* (2019).

presume ante la acreditación de la omisión o deficiencia ilegal, de modo que la víctima sólo deba probar el vínculo causal entre la ilegalidad y el daño.

La incorporación de esta variante de carga probatoria en la responsabilidad extracontractual obliga a distinguir entre responsabilidad extracontractual legal de culpa presunta y extralegal de culpa acreditable por la víctima.

A esta distinción apunta, precisamente, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso *Banco Continental con Fisco*, sobre responsabilidad aquiliana por actuación ilegal de la Superintendencia del ramo, que declaró al efecto que: “no se trata de la responsabilidad contractual o extracontractual derivada de un delito o cuasidelito, sino de un acto de auto-riedad... se ha ido imponiendo el principio de legalidad, propio de un Estado de Derecho, que determina que el actuar del agente público debe estar dentro del marco de su competencia...”<sup>67</sup>.

c) *Hacia una responsabilidad aquiliana del Estado por fiscalización omitida o insuficiente*

Puesto que el deber legal de fiscalización del Estado es de interés público, las personas afectadas por su incumplimiento no revisten la calidad de acreedoras sino de víctimas o terceros dañados por una infracción legal de acreencia pública. Por esta razón, la responsabilidad del Estado frente a ellos sólo podría ser aquiliana por infracción legal. Es decir, corresponde igualmente a la infracción del deber genérico de “no dañar a otro”, pero con el añadido de “... incumpliendo deberes legales”, lo que en el aforismo latino podríamos formular como *neminen laedere contra legem*.

En este sentido, la ilegalidad de la omisión marca una diferencia con la responsabilidad extracontractual en la que podrían incurrir los particulares por falta de supervisión o fiscalización de sus dependientes. Las facultades de supervisión en estos casos no requieren de consagración legal expresa. Nos apartamos, por tanto, de la doctrina que somete la responsabilidad del Estado por falta de fiscalización al artículo 2.320 inciso final del Código Civil, desconociendo así la regla de oro del derecho público<sup>68</sup>. Dado que el Estado sólo podría incurrir en responsabilidad por incumplimiento de un deber *legal* de fiscalización de un obrar ajeno, la exención de responsabilidad de aquel precepto sería superflua o repetitiva. En este sentido, Alessandri sostiene que dicho precepto no es aplicable al Estado<sup>69</sup>.

Consecuencia de lo anterior es que, para hacer efectiva la responsabilidad del Estado por falta de fiscalización, el tercero debe acreditar que el Estado estaba en posición legal de fiscalizar un hecho concreto y el nexo causal entre su omisión o deficiencia y el daño que ha sufrido. Probado lo anterior,

<sup>67</sup> *Banco Continental con Fisco* (1984), c. 14°.

<sup>68</sup> Cfr. LÓPEZ 1997, 25. VALDIVIA 2006, 133-159.

<sup>69</sup> ALESSANDRI 1943, 314-315.

el Estado podría eximirse de responsabilidad acreditando el cumplimiento eficaz de su deber o el hecho exculpatorio del incumplimiento.

Al respecto, por corresponder a una obligación de medio, la debida diligencia fiscalizatoria es *eximente* de responsabilidad del Estado porque es un elemento integrante de la prestación. Este podría alegar que ha cumplido la obligación de modo diligente pese a no haberse alcanzado el resultado esperado. En este sentido, según explica Baraona, la causa de exoneración no estriba en el cumplimiento de la debida diligencia sino en la prueba de la prestación debida<sup>70</sup>. El opuesto a la diligencia en estos casos es la “negligencia”, que, si bien suele estar identificada con la inobservancia de todo tipo de deberes, lo cierto es que su etimología alude al descuido, desapego o desprendimiento respecto del modo correcto de hacer o cumplir: *neg* (no) *ligo* (vinculado).

A modo de referencia, la Corte Suprema eximió de responsabilidad *in vigilando* al Fisco por un accidente ocurrido en una autopista concesionada por debida diligencia en la fiscalización: “constan en la causa antecedentes que dan cuenta que el Inspector Fiscal respectivo inspeccionó regularmente el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de concesión”<sup>71</sup>.

En cambio, la misma instancia declaró la responsabilidad de una municipalidad por falta de fiscalización del pago de derechos de los usuarios de un servicio público a un concesionario, “considerando que no obra prueba alguna en el proceso rendida por la Municipalidad de Iquique, tendiente a acreditar la debida diligencia o cuidado que habría desplegado en el cumplimiento de las obligaciones que le imponía el contrato”<sup>72</sup>.

El carácter de obligación de medio del deber fiscalizador queda claro también en la sentencia suprema que condenó a una municipalidad por daño ambiental de flora y fauna provocado, *inter alia*, por haber cumplido sus deberes de fiscalización de loteos ilegales de modo “meramente formal y subsecuente al daño detectado a las obligaciones legales que sobre ella pesaban, puesto que en ninguna de sus actividades se advierte al menos un celo mediano en la realización de las mismas”<sup>73</sup>. La Corte condenó al ente edilicio, además, por no haber “perseverado en la fiscalización”, pues no observó “antecedente alguno durante el probatorio ni en segunda instancia que den cuenta de nuevas fiscalizaciones que permitan controlar la proliferación del loteo ilegal”<sup>74</sup>. En efecto, continuó la Corte, “con una acción más diligente del municipio, como es la inspección periódica de la quebrada de autos, el grave daño ambiental denunciado en la demanda se habría evitado”<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> BARAONA 1997, 177.

<sup>71</sup> Ayala Álvarez Nelly con Sociedad Concesionaria Autopista Vespucio Sur S.A. (2013), c. 23°.

<sup>72</sup> Concesiones Iquique S.A. con Municipalidad de Iquique y otro (2022), c. 3°.

<sup>73</sup> Fisco de Chile con Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea (2016), c. 14°.

<sup>74</sup> *Ibíd.*, c. 16°.

<sup>75</sup> *Ibíd.*, c. 26°.

Ahora bien, dependiendo del objeto del deber estatal de fiscalización, la responsabilidad aquiliana por incumplimiento podría ser única o concurrente con otros ilícitos del mismo fiscalizador, de otros organismos del Estado o de los sujetos fiscalizados. Específicamente, corresponde distinguir si el sujeto fiscalizado actuó de modo independiente o por y a nombre del Estado. A estas hipótesis nos abocaremos a continuación.

## 2. Responsabilidad del Estado por omisión o deficiencia ilegal de fiscalización de sujeto independiente

La responsabilidad del Estado es pura y simple cuando el daño causado a la víctima obedece únicamente a la falta de fiscalización de un sujeto independiente. Esto ocurre, principalmente, cuando el hecho dañoso derivado de la omisión o deficiencia es realizado por un tercero distinto del Estado, pues de lo contrario la responsabilidad estatal sería, además, por acción ilegal propia.

Por regla general, esta hipótesis de responsabilidad ocurre cuando el deber de fiscalización tiene por objeto la conducta de un sujeto particular que no actúa por o a nombre del Estado, razón por la cual su acción antijurídica y dañosa es directamente imputable, sin perjuicio de la responsabilidad estatal por falta de fiscalización.

Pensemos, por ejemplo, en el deber de fiscalizar ruidos molestos que pesa sobre las municipalidades. La Corte Suprema ha declarado al respecto que la omisión de este deber o *"actitud pasiva frente a la urgencia de una pobladora con discapacidad de su comuna y de la madre de ésta, de avanzada edad"*<sup>76</sup>, *"... ha significado perjuicio a la integridad física y síquica de la recurrente y de la madre de ésta"*<sup>77</sup>.

Cabe mencionar también la responsabilidad en la que podrían incurrir las superintendencias por falta de fiscalización de los sujetos privados –no así estatales– obligados por su marco regulatorio. Este fue el caso de condena a la Superintendencia de Servicios Sanitarios por supervisión negligente de empresas abastecedoras de agua potable<sup>78</sup>.

Pensemos también en la condena a la Superintendencia de Valores y Seguros por omisión de fiscalización eficaz y eficiente de una corredora de bolsa que facilitó el uso indebido de los títulos de clientes recibidos en custodia<sup>79</sup>. De acuerdo con la Corte Suprema, este estándar *"no se limita únicamente a recibir los informes que periódicamente se le remitían... sino que correspondía al órgano verificar que efectivamente aquello informado correspondiera a la realidad"*<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Romo Rojas con Municipalidad de Lo Prado (2019), c. 5°.

<sup>77</sup> *Ibid.*, c. 7°.

<sup>78</sup> Ugalde Prieto y otros con Superintendencia de Servicios Sanitarios y otro (2022).

<sup>79</sup> Arrau Palma y otro con Superintendencia de Valores y Seguros (2022).

<sup>80</sup> *Ibid.*, c. 5°.

Otro ejemplo sería el incumplimiento del deber municipal de fiscalización del pago de tarifas por parte de los usuarios de un servicio público concesionado, con el consiguiente perjuicio para el concesionario<sup>81</sup>.

Una hipótesis más sofisticada de responsabilidad estatal por falta de fiscalización es aquella que surge del actuar de los funcionarios públicos en calidad de sujetos privados, razón por la cual su acción dañosa no es imputable al Estado. Es el caso de la responsabilidad estatal por falta de supervisión de médicos que realizan prestaciones perjudiciales en un hospital público en virtud de un contrato privado con sus pacientes<sup>82</sup>. La Corte Suprema ha declarado que el Estado podría ser responsable en estos casos sólo si la negligencia se produjo por falta de supervisión del personal<sup>83</sup>.

### 3. Responsabilidad del Estado por omisión o deficiencia de fiscalización de sujeto dependiente y por conducta ilegal propia

Existen casos en que el Estado es responsable ante la víctima no sólo por falta de fiscalización, sino también porque la conducta dañosa preterida es también imputable al Estado. Esto ocurre, generalmente, cuando el hecho dañoso propiciado por la omisión o deficiencia puede ser imputado a un actuar del Estado porque fue realizado por un funcionario o contratista que actuó por o a nombre de este.

En estos casos, el Estado no podría invocar la debida diligencia en la fiscalización de sus funcionarios o contratistas como hecho exculpatorio de un incumplimiento legal propio causado por ellos, debido a que dicha infracción legal le es directamente imputable.

Es importante considerar que el deber incumplido en estos casos recae sobre la persona jurídica y no sobre sus agentes. En este sentido, no se trata de una responsabilidad legal por hecho o débito ajeno sino propio. Débito y responsabilidad coinciden en un mismo sujeto. En consecuencia, el Estado debe emplear la debida diligencia en el cumplimiento de un deber legal propio y no en la prevención de una antijuridicidad ajena, como si estuviera encargado únicamente de labores de elección de agentes, promoción (*advocacy*) y fiscalización de terceros.

Además, puesto que los deberes de fiscalización son de medio, existe el riesgo de terminar exculpando el incumplimiento de deberes de dar, no hacer o de resultado simplemente por haberse empleado la debida diligencia en los medios para evitarlo. En otras palabras, la ausencia de culpa *in*

<sup>81</sup> Cfr. *Concesiones Iquique S.A. con Municipalidad de Iquique y otro* (2022).

<sup>82</sup> *Campos Jiménez con Servicio de Salud del Maule* (2017), c. 5°.

<sup>83</sup> *Pastén y otros con Pérez* (2021), c. 16°: "el resultado dañoso en modalidad de libre elección sigue siendo imputable al Estado en la medida que el Hospital debe cerciorarse de las capacidades del profesional que realiza la intervención... Existe un funcionamiento defectuoso manifestado en la impericia del facultativo que opera en el recinto del Estado, siendo este responsable por la ausencia de verificación". Ver también *Tapia Bejar con Hospital Clínico* (2020), c. 10°.

*vigilando* no exime de responsabilidad por inobservancia culposa del deber fiscalizado cuando es propio.

En materia de responsabilidad del Estado, esta figura de responsabilidad directa es conocida como responsabilidad orgánica. Comprende todas las ilegalidades cometidas por funcionarios o contratistas en ejecución de funciones por y a nombre del Estado o utilizando sus bienes. En palabras de Caldera, se requiere "... que la actuación del agente público esté relacionada con el servicio u órgano público"<sup>84</sup>.

En este sentido, la Corte Suprema ha dejado atrás una jurisprudencia que eximía de responsabilidad al Estado por falta directa de sus funcionarios<sup>85</sup> y ha declarado que esta "... compromete la responsabilidad del Estado cuando no se encuentra desprovista de vínculo con la función, lo que ocurre cuando ella se ha cometido en ejercicio de la función o con ocasión de la misma"<sup>86</sup>.

Demandado por este tipo de infracción, el Estado no podría eximirse de responsabilidad alegando el cumplimiento de sus deberes legales de fiscalización de conductas del funcionario o contratista, debido a que es titular directo del deber legal incumplido. Lo determinante ha sido el incumplimiento de un deber estatal propio y no de uno ajeno debidamente prevenido.

La culpa de la Administración en estos casos, dicen Mazeud y Tunc, "absorbe y elimina la culpa del funcionario"<sup>87</sup>, razón por la cual no es condición necesaria para acreditar la culpa del organismo estatal. Como han sostenido autores como Caldera<sup>88</sup>, Pierry<sup>89</sup> y Letelier<sup>90</sup>, la acción u omisión del funcionario no interesa y es independiente de la responsabilidad del Estado por falta de servicio.

La Corte Suprema ha declarado también que "*cuando la falta personal se ejecuta ya sea en ejercicio de la función, como en este caso, o con ocasión de la misma con los medios que se ponen a disposición del funcionario, el servicio no puede separarse de la falta como señala la doctrina, y por lo tanto el Estado resulta responsable*"<sup>91</sup>. En consecuencia, la exención de responsabilidad estatal solo opera cuando la actuación del agente "... se encuentra desprovista de todo vínculo con el servicio. Es precisamente allí cuando la cometida por el funcionario no compromete la responsabilidad del Estado

<sup>84</sup> CALDERA 1982, 205-206.

<sup>85</sup> Cfr. *Granja con Fisco* (1938).

<sup>86</sup> *Morales Gamboa con Fisco de Chile* (2011), c. 13°.

<sup>87</sup> MAZEUD y TUNC 1962, p. 8.

<sup>88</sup> CALDERA 1982, 45.

<sup>89</sup> PIERRY 1984, 148 y ss.

<sup>90</sup> LETELIER 2009, 198.

<sup>91</sup> *Díaz Castillo y otros con Fisco de Chile* (2015), c. 11°.

por cuanto, al no tener ningún vínculo con el servicio, equivale a las causales de exoneración de los artículos 2320 y 2322<sup>92</sup>.

Esta responsabilidad estatal concurrente admite modalidades diversas según si la víctima reviste la calidad de acreedora o de tercero con respecto al deber legal infringido por la conducta no fiscalizada. Veamos.

a) *Concurrencia de responsabilidad estatal aquiliana y legal*

Si la víctima de la falta de fiscalización es, a su vez, acreedora legal de la obligación estatal sujeta a supervisión, la concurrencia dará origen a una responsabilidad estatal aquiliana, por falta de fiscalización de interés público, y legal, por insatisfacción de derecho legal del particular como acreedor del Estado. Cabe notar que esta figura no corresponde a un cúmulo de responsabilidad legal y aquiliana, pues esta figura exige que el deber infringido de modo legal y aquiliano sea el mismo, circunstancia que no concurre en este caso.

Ejemplo de lo anterior son aquellos casos en que el Estado incurre en responsabilidad legal ante el usuario o acreedor de un servicio y en responsabilidad aquiliana ante el mismo sujeto por infracción de deberes de garantía de interés público (v.gr. fiscalización de funcionarios o contratistas).

Un segundo ejemplo es el de las prestaciones brindadas en un hospital público. En caso de mala *praxis* de un médico que es funcionario o empleado de una empresa concesionaria, el Estado podría incurrir en una doble responsabilidad ante el paciente dañado: legal, por incumplimiento de deber legal de servicio ante el usuario o acreedor; y aquiliana, por infracción del deber legal de interés público de debida fiscalización del médico o de la empresa concesionada.

Debido a lo expuesto, no compartimos el criterio jurisprudencial que reduce los casos de daños sufridos por mala *praxis* médica en servicios públicos concesionados a hipótesis de responsabilidad aquiliana por falta de supervigilancia o control<sup>93</sup>, pues también podría corresponder a situaciones de responsabilidad legal directa sujeta a un régimen sustantivo y probatorio distinto.

Otro ejemplo podría ser el de una lesión sufrida por un trabajador subcontratado del Estado por falta de fiscalización estatal del cumplimiento de normativas de seguridad laboral de interés público (responsabilidad aquiliana), y por insatisfacción de su derecho legal de condiciones de seguridad laboral con respecto al Estado como empresa principal (responsabilidad legal). La Corte Suprema ha declarado al respecto que "... si bien tales materias deben ser fiscalizadas por los órganos antes referidos, aquello no excluye de manera alguna el cumplimiento que, como dueño de la empresa, obra o

<sup>92</sup> *Ibíd.*

<sup>93</sup> *Mundaca Valencia con Servicio de Salud Coquimbo y otro* (2022), c. 6° y 8°.

*faena, pone de su cargo [del Ministerio] el referido artículo 183 E del Código laboral, obligación que pesa indistintamente sobre empresas particulares u órganos de la Administración que tengan tal carácter*<sup>94</sup>.

b) *Concurrencia de responsabilidad estatal aquiliana*

En cambio, si las obligaciones legales infringidas por el Estado son de interés público, las responsabilidades concurrentes serán de naturaleza aquiliana porque el sujeto afectado por el incumplimiento reviste únicamente la calidad de tercero o víctima.

Un ejemplo de esta hipótesis sería la responsabilidad municipal por daños sufridos por electrocución atribuible a la falta de mantención preventiva del alumbrado público por un contratista. El primer deber edilicio incumplido es el de mantención del alumbrado público (art. 5 letra c) de la Ley N° 18.695 en relación con art. 1 de la Ley N° 16.742)<sup>95</sup>; y, en segundo lugar, el deber de fiscalización del contratista. En consecuencia, si el sujeto contratado por el Estado para tal efecto incumple su deber, la responsabilidad del Estado no sería por falta de fiscalización únicamente sino también por falta de servicio específico.

Por lo mismo, no compartimos la sentencia de la Corte Suprema que calificó únicamente como *in vigilando* la responsabilidad municipal por daños sufridos por electrocución atribuible a la falta de mantención preventiva del alumbrado público por un contratista municipal<sup>96</sup>.

En situaciones como esta, la víctima podría fundar su pretensión indemnizatoria en la responsabilidad concurrente o en la individual del Estado, sujetándose al régimen sustantivo y probatorio que corresponda. En todo caso, esta concurrencia no da origen a una suma de indemnizaciones respecto del mismo daño, pues habría enriquecimiento sin causa.

c) *Víctima sólo demanda por falta de fiscalización del Estado*

En esta hipótesis, la víctima demanda al Estado únicamente por incumplimiento de deberes de fiscalización de terceros, en vez de optar por la hipótesis de responsabilidad estatal directa por conductas dañinas de sus funcionarios o contratistas que le son imputables.

La Corte Suprema tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta materia en un caso relativo a la explosión de un cohete que hirió a dos soldados. Pese a la concurrencia de infracciones legales de actuación fuera de la competencia

<sup>94</sup> Torres González con Ministerio de Obras Públicas y otro (2017), c. 10° de la sentencia de reemplazo.

<sup>95</sup> Dictamen N° 14.390 (1997) y Dictamen N° 45.541 (2006).

<sup>96</sup> Cfr. Herreros Nieto y otros con Municipalidad de Alto Hospicio (2018), c. 5° y Luengo Ojeda y otros con Municipalidad de Cañete (2018), c. 10°.

y de falta de fiscalización, la víctima sólo demandó la responsabilidad del Estado por fiscalización negligente en la zona del accidente<sup>97</sup>.

Cabe mencionar también el caso del accidente vehicular sufrido por funcionarios públicos al regreso de una actividad de capacitación en un bus subcontratado por el contratista del Estado. La Corte Suprema declaró la responsabilidad del organismo público porque "...omitió la fiscalización de las condiciones en que se realizaría el traslado..."<sup>98</sup>. Si bien el Estado había incurrido también en responsabilidad directa por transporte inseguro de sus funcionarios, la víctima sólo imputó la infracción lesiva del deber de fiscalización.

Podemos notar, además, el caso del accidente aéreo por negligencia del piloto en cumplimiento de funciones institucionales de una empresa estatal, en que el Estado resultó condenado por falta de deberes de fiscalización, pese a que la acción dañosa de su piloto le era también imputable<sup>99</sup>.

Cabe indicar también la condena a un Serviu por fiscalización insuficiente en la ejecución de obras públicas<sup>100</sup>, y la condena al Fisco por falta de fiscalización de un contratista que retiró material tóxico en una zona de la ciudad de Arica de modo ilegal<sup>101</sup>.

#### d) *Víctima demanda por falta de fiscalización y conducta ilícita del Estado*

En esta hipótesis, el sujeto afectado por las infracciones legales de fiscalización y conducta imputable al Estado decide demandar por responsabilidad concurrente.

Podemos mencionar, por ejemplo, la responsabilidad aquiliana en la que incurrió el Fisco por falta de custodia, atención, resguardo, vigilancia y control en un recinto penitenciario al momento en que un recluso fue herido de muerte por otro<sup>102</sup>.

Pensemos también en el caso del gendarme que dispara por error a un transeúnte mientras persigue a un sujeto privado de libertad que se fugó de la cárcel. La víctima no mantenía un vínculo jurídico previo como beneficiario de las prestaciones de Gendarmería, razón por la cual reviste la naturaleza de tercero. Ante el disparo del gendarme con resultado de muerte, la familia del transeúnte podría hacer efectiva la responsabilidad del Estado aquiliana concurrente por actuación fuera de la competencia y por falta de fiscalización del actuar de su funcionario.

<sup>97</sup> *M. J. con Fisco de Chile* (2017).

<sup>98</sup> *Pino Barra y otros con Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2017), c. 9°.

<sup>99</sup> *Stein Peters con Fábrica y Maestranzas del Ejército y otros* (2013), 15°.

<sup>100</sup> *Construcciones Especializadas Limitada con Comité de Allegados Prefectura I y otros* (2021).

<sup>101</sup> *Colque Choquechambe y otros con Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente Arica y Parinacota y otros* (2022), c. 7°.

<sup>102</sup> *Morales con Fisco* (2022). Ver sentencia de casación y de reemplazo.

#### 4. Responsabilidad del Estado por omisión de fiscalización de varios organismos

Otra situación de responsabilidad concurrente se produce cuando el daño sufrido por la víctima se debe al incumplimiento de deberes de fiscalización de más de un organismo del Estado.

Por ejemplo, en materia de fiscalización regulatoria, el daño causado por incumplimiento de deberes de inspección contenidos en distintos preceptos legales sólo podría dar origen a la responsabilidad concurrente de las autoridades infractoras. Así, el traslado dañino de residuos tóxicos por falta de fiscalización del Ministerio de Obras Públicas y de los seremis de Salud y Medio Ambiente<sup>103</sup> habilitaría a la víctima para demandar a cada una de estas entidades por el total del daño, pero no por razones de solidaridad sino por concurrencia de ilícitos diferenciados e independientes en una misma lesión.

A contrario sensu, la responsabilidad sería solidaria si el daño hubiese sido causado por omisión de supervisión de una faena accidentada por parte del Seremi de Salud y del Inspector del Trabajo. La razón es que esta es una hipótesis especial en que un mismo poder-deber de fiscalización es atribuido a dos autoridades diferentes por razones de eficacia ante emergencias. En efecto, este deber es exigible solidariamente como deber *regulatorio sanitario*<sup>104</sup> y *laboral*<sup>105</sup> con identidad de objeto y de fines.

Esta es la razón por la que el Código del Trabajo ha dispuesto el deber de abstención de los órganos con potestades concurrentes “[c]ada vez que uno de los servicios facultados para fiscalizar la aplicación de normas de higiene y seguridad, se constituya en visita inspectora en un centro, obra o puesto de trabajo...” (art. 191 inciso 3°). La Contraloría General de la República ha interpretado este deber de abstención en términos de que “[t]al obligación tiene por finalidad evitar la duplicidad de funciones...”<sup>106</sup>, de modo que la entidad que se constituye en el lugar de los hechos una vez iniciada la fiscalización de la otra carece de competencia para iniciarlo en iguales materias.

Sin embargo, ante la omisión ilegal de ambas entidades obligadas por un mismo deber, su responsabilidad será solidaria. Esta solidaridad ha sido denominada por Trabuchi como “paritaria”, por cuanto la obligación de un codeudor existe de modo independiente a la del otro<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> *Colque Choquechambe y otros con Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente Arica y Parinacota y otros* (2022), c. 7°.

<sup>104</sup> Artículos 4 N° 3 inciso 2° y 178 del Decreto con Fuerza de Ley N° 725 Salud Pública, de 1968.

<sup>105</sup> Artículo 28 del D.F.L. N° 2 Trabajo y Previsión Social, de 1967. Art. 184 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 Trabajo y Previsión Social, de 2003. Art. 76 de la Ley N° 16.744, de 1968.

<sup>106</sup> Dictamen N° 90.328 (2016). Ver también Dictamen N° 20.065 (2017).

<sup>107</sup> TRABUCHI 2012, 668.

5. Responsabilidad conjunta del Estado fiscalizador y del sujeto fiscalizado ante la víctima

Puede ocurrir también que el daño sufrido por la víctima ha sido causado tanto por falta de fiscalización estatal como por una conducta ilícita imputable al sujeto fiscalizado. En tal caso, la víctima podría demandar de responsabilidad aquiliana a ambos responsables o sólo a uno de ellos.

a) *Víctima sólo demanda al Estado por falta de fiscalización del sujeto regulado*

El Estado ha sido condenado por daños atribuibles a su omisión o fiscalización insuficiente de particulares regulados. Podemos mencionar la responsabilidad por omisión o deficiencia en la fiscalización del cumplimiento de las normas urbanísticas en la construcción de un edificio que quedó con daños severos después del terremoto de 2010<sup>108</sup>.

Puesto que la responsabilidad en estos casos es concurrente con el particular sujeto a regulación, como dijimos, el Estado condenado podría repetir posteriormente en contra de este por su contribución al daño ilícito causado a la víctima.

b) *Víctima demanda al Estado por falta de fiscalización y al sujeto regulado por conducta ilícita*

Por ejemplo, en el caso de un vehículo que cayó en el forado de un camino público, la víctima demandó al contratista del municipio por señalética insuficiente y a este último por falta de servicio en cuanto a no haber impuesto y fiscalizado exigencias de seguridad específicas para la excavación.

Así también, en un caso de responsabilidad por daño ambiental, la víctima demandó a las empresas dañosas y a la municipalidad respectiva por omisión culposa de fiscalización<sup>109</sup>.

Cabe notar que esta responsabilidad no es solidaria porque las ilicitudes que son concausa del daño son diferentes.

Por lo mismo, en el caso del vehículo que cayó en un forado, si bien la Corte de Apelaciones había condenado solidariamente a los responsables, la sentencia de casación de la Corte Suprema impuso un deber de resarcir simplemente conjunto ante la ausencia de norma de solidaridad por falta de servicio<sup>110</sup>. Así también, en el caso de responsabilidad ambiental reseñado, la Corte Suprema rechazó la pretensión de solidaridad porque "... en la especie no existe solidaridad legal ni convencional que afecte a los demandados"<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> Valenzuela Alegría con Municipalidad de Hualpén y otra (2022).

<sup>109</sup> Fisco de Chile con Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea (2016).

<sup>110</sup> Anriquez Junghanns con Captagua S.A. y otro (2015), c. 13° y 14°.

<sup>111</sup> Fisco de Chile con Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea (2016), c. 5° de la sentencia de reemplazo.

Sin embargo, la magistratura suprema desconoció este criterio en el caso de un grupo de funcionarios públicos que sufrió un accidente fatal a bordo de un vehículo particular contratado por su institución, el cual, a su vez, había sido subcontratado a otra empresa. La sentencia declaró la responsabilidad solidaria del Estado y de su contratista sobre la base de una unidad de hecho consistente en *“una falta de fiscalización de la calidad de los buses y la expertiz de los conductores que realizarían el traslado de los funcionarios”*<sup>112</sup>.

En nuestra opinión, esta responsabilidad no debió ser solidaria porque los deberes infringidos eran diferentes: uno correspondía a la supervisión del contratista administrativo y el otro a la del subcontratista. Esto ameritaba declarar la responsabilidad aquiliana por infracción de deberes concurrentes pero independientes.

## Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto en este trabajo, es posible destacar las siguientes conclusiones:

1. Conforme a su definición, el verbo rector de la actividad fiscalizadora consiste en *“criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien”*. En el caso del Estado, este deber tiene por objeto la persona, conducta o bienes de sus funcionarios, contratistas, y la de los particulares sujetos a marcos regulatorios de fuente legal.

2. La fiscalización estatal supone ponderar la adecuación del fiscalizado a una norma o regla en sentido lato: disposiciones legales y preceptos de ejecución o precisión de rango reglamentario o técnico debidamente publicado. Esta base normativa determina que el Estado está obligado a fiscalizar únicamente las realidades previstas por el legislador y no los asuntos extralegales que sería deseable fiscalizar.

3. La modalidad de cumplimiento del deber de fiscalización corresponde a la potestad específica atribuida al efecto. En particular, las potestades fiscalizadoras por excelencia son las de inspección, monitoreo, verificación, examinación, revisión y vigilancia, así como el requerimiento de información, comparecencia o declaración.

4. El poder-deber estatal de fiscalización admite calificaciones diversas según su finalidad mediata, funcionalidad o finalidad inmediata, especie de deber, tipo de obligación y tipo de culpa exigible. Bajo estas dimensiones, la fiscalización corresponde a un deber de garantía de interés público, policial, obligacional, positivo, de hacer, de medio, de culpa leve, salvo norma en contrario, y de fuente legal. Cada una de estas cualidades incide en el estatu-

<sup>112</sup> *Pino Barra y otros con Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2017), c. 9° de la sentencia de reemplazo.

to de responsabilidad del Estado por incumplimiento del deber de fiscalización.

5. Puesto que el deber legal de fiscalización del Estado es de interés público, las personas afectadas por su incumplimiento no revisten la calidad de acreedoras sino de víctimas o terceros dañados por una infracción legal de acreencia pública. Por esta razón, la responsabilidad del Estado frente a ellos sólo podría ser aquiliana por infracción legal.

6. Dependiendo del objeto del deber estatal de fiscalización, la responsabilidad aquiliana por incumplimiento podría ser única o concurrente con otros ilícitos del mismo fiscalizador, de otros organismos del Estado o de los sujetos fiscalizados.

7. La responsabilidad del Estado es pura y simple cuando el daño a la víctima es causado únicamente por el incumplimiento del deber de fiscalización. Esto ocurre, principalmente, cuando el hecho dañoso propiciado por la omisión o deficiencia es realizado por un tercero distinto al Estado, pues de lo contrario la responsabilidad estatal sería, además, por acción ilegal.

8. Existen casos en que el Estado es responsable ante la víctima no sólo por falta de fiscalización, sino también porque la conducta dañosa preterida es también imputable al Estado. Esto sucede, generalmente, cuando el hecho dañoso propiciado por la omisión o deficiencia puede ser imputado a un actuar del Estado porque fue realizado por un funcionario o contratista que actuó por o a nombre de este.

9. Esta responsabilidad estatal concurrente admite modalidades diversas según si la víctima reviste la calidad de acreedora o de tercero con respecto al deber legal infringido por la conducta no fiscalizada. En el primer caso, la concurrencia dará origen a una responsabilidad estatal aquiliana, por falta de fiscalización de interés público, y legal, por insatisfacción de derecho legal del particular como acreedor del Estado. En el segundo caso, en cambio, las responsabilidades concurrentes del Estado son de naturaleza aquiliana porque las obligaciones legales infringidas son de interés público, razón por la cual el sujeto afectado es siempre un tercero o víctima y no un acreedor.

10. Otra situación de responsabilidad concurrente se produce cuando el daño sufrido por la víctima se debe al incumplimiento de deberes de fiscalización de más de un organismo del Estado. Puede suceder también que el daño sufrido por la víctima ha sido causado tanto por falta de fiscalización estatal como por una conducta ilícita imputable al sujeto fiscalizado. En tal caso, la víctima podría demandar de responsabilidad aquiliana a ambos responsables o sólo a uno de ellos.

## Bibliografía citada

- AGÜERO VARGAS, Francisco y TORO BOSSAY, Luis (2010). Límite a la potestad inspectora de la Administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica, en: *Revista de Derecho Público*, N° 75, 16-59.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Imprenta Universitaria.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2016). La supervisión basada en riesgo: notas sobre su aplicación en Chile. En FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos; BERMÚDEZ SOTO, Jorge y URRUTIA SILVA, Osvaldo [Coord.], *Estudios en Homenaje al Profesor Pedro Pierry (267-283)*, Ediciones PUCV.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2023). Los deberes legales de derecho público: noción y características distintivas. *Ius Publicum* N° 50/2023, 2023, 113-134.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (1997). Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva. *Revista Chilena de Derecho* (24) 1, 151-177.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- CALDERA DELGADO, Hugo (1982). *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*. Editorial Jurídica de Chile.
- CANO CAMPO, Tomás (2013). Presunción de veracidad de las actas de inspección. En Díez Sánchez, Juan José [Coord.], *La Función Inspectora (223-239)*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2003). La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿régimen constitucional o régimen civil?: en Baraona Gonzalez, Jorge [coord.], *Responsabilidad civil de entidades corporativas*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, N° 7, 21-45.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2002). *La actividad administrativa de inspección*. Comares, Granada.
- FIAMMA OLIVARES, Gustavo (1989). La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. N° 16, N° 2, Julio-Agosto, 1989, 429 a 440.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2014). Función fiscalizadora y potestad sancionadora de la Administración del Estado, en: ARANCIBIA MATTAR, Jaime y ALARCÓN JAÑA, Pablo [coord.], *Sanciones Administrativas* (Santiago, Thompson Reuters), 263- 282.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2015). Función fiscalizadora: la acreditación de infracciones sanitarias, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 20, 195-201.
- FRANCO ESCOBAR, Susana (2017). *La autorización administrativa en los servicios de interés económico general*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GIORGIANNI, Michele (2018). *La obligación*, Biblioteca de Derecho Privado. Ediciones Olejnik.
- HERNÁNDEZ, José (2017). El problema con las potestades de fiscalización ambiental: ¿dejá vu?. *Revista de Derecho Ambiental* (V) 7, 7-34.
- HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo (1978). La responsabilidad del Estado por su actividad municipal. *Revista Derecho Público*, N° 24, 145-152.
- HERVÉ ESPEJO, Dominique (2018). ¿Fiscalización ambiental exclusiva o concurrente? La respuesta judicial en el caso Los Fiordos. *Anuario de Derecho Público*. Universidad Diego Portales, 343 -360.
- JARA SCHNETTLER, Jaime y MATURANA MIQUEL, Cristián (2009). Acta de fiscalización y debido procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo* (3), 1-28.
- LEAL VÁSQUEZ, Brigitte (2015). *La potestad de inspección de la Administración del Estado*. Cuaderno del Tribunal Constitucional N° 56.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2009). Estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado. En: LATORRE FLORIDO, Cecilia [Coord.], *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Editorial Metropolitana.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1997). Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo XCIV (1), 31-46.

- MASBERNAT MUÑOZ, Patricio (2011). Potestades tributarias fiscalizadoras y principios constitucionales en dos sentencias recientes de tribunales superiores de España. *Ius et Praxis*, (17), 1, 321-330.
- MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Leon y TUNC, Andre (1962). *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, tomo III, Vol. V, 5ª edición Ediciones Jurídica Europa-América, Buenos Aires.
- OSORIO VARGAS, Cristóbal, y JARA VILLALOBOS, Camilo (2017). *Fiscalización y sanción administrativa ambiental*. Librotecnia
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2018). *Lecciones de Derecho Administrativo*, 9ª ed. (Santiago, Tirant lo Blanch), 1354.
- PIERRY ARRAU, Pedro (1976). La responsabilidad extracontractual del Estado, *Anuario de Derecho Administrativo*, t. I., Universidad de Chile, 472-500.
- PIERRY ARRAU, Pedro (1984). Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías públicas. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (8), 143-159.
- PIERRY ARRAU, Pedro (2000). La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, Año 1, Julio 2000, N° 1, 11- 40.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de La Lengua Española*, 23ª Ed., [Versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es> [17 de noviembre de 2022].
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010). Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista Actualidad Jurídica*, N° 22, julio 2010, 9-67.
- SILVA CIMMA, Enrique (2006). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Vol. IV, El Servicio Público, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2004). Comentario del caso *Torrez Velásquez con Servicio de Salud de Talcahuano*, *Ius Publicum*, N° 12, 252-264.
- TIRADO BARRERA, José Antonio (2011). Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la Administración Pública. *Derecho y Sociedad* (37), 251-262.
- TRABUCCHI, Alberto (2012). *Istituzioni di Diritto Civile* [a cura di Giuseppe Trabucchi] Cedam, Padua.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2005a). Codificación del derecho de la responsabilidad del Estado, en: DORA, M. y TAPIA, M. [Coord.] *Sequicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, tomo II, Santiago, LexisNexis, 867-906.
- VALDIVIA, OLIVARES, José Miguel (2005b). Nuevas fronteras de la falta de servicio, *Gaceta Jurídica*, 7-25.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2006). Teoría del órgano y responsabilidad pública en la ley de bases de la Administración del Estado. *Revista de derecho (Valdivia)*, 19(2), 133-159.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2016). Actos administrativos ilegales y responsabilidad del Estado, en: *Estudios en Homenaje al Profesor Pedro Pierry*, FERRADA, J. C., BERMÚDEZ, J., URRUTIA, O. [Coords.], Ediciones PUCV, Valparaíso, 477-508.
- VERGARA SOTO, Andrés (2020). Fundamentos constitucionales de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 32 (julio-diciembre 2020), 145-165.

## Normativa citada

- Decreto N° 7 [con fuerza de ley]. Fija texto de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos y adecua disposiciones legales que señala. 30 de septiembre de 1980. D.O. N° 30.790.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973. 18 de octubre de 2004. D.O. N° 38.104.
- Decreto N° 1.122 [con fuerza de ley]. Fija texto del Código de Aguas. 13 de agosto de 1981. D.O. N° 31.102.

- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. 23 de septiembre de 2005. D.O. N° 38.598.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley de tránsito 27 de diciembre de 2007. D.O. N° 39.498.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del trabajo. 31 de julio de 2000. D.O. N° 37. 460.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 13 de diciembre de 2000. D.O. N° 37. 113. Diario Oficial, 17 de noviembre de 2001.
- Decreto N° 2 [con fuerza de ley]. Dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo. 30 de mayo de 1967. D.O. N° 26.855.
- Decreto N° 343 [con fuerza de ley]. Determina organización y atribuciones de la Subsecretaría de Transportes. 25 de julio de 1953. D.O. N° 22.615.
- Decreto N° 725 [con fuerza de ley]. Código Sanitario. 11 de diciembre de 1967. D.O. N° 26.956.
- Decreto Ley N° 1.762. Crea la Subsecretaría de Telecomunicaciones dependientes del Ministerio de Transportes y organiza la Dirección Superior de las Telecomunicaciones del País. 15 de abril de 1977.
- Decreto N° 2.421, Ministerio de Hacienda, Fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. Diario Oficial, 10 de julio de 1964.
- Decreto N° 900 [Ministerio de Obras Públicas]. Por el cual se fija texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. MOP N° 164, de 1991 Ley de Concesiones de Obras Públicas. 31 de octubre de 1996.
- Decreto N° 1 Ministerio del Interior, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. 9 de mayo de 2006. D.O. N° 38.523.
- Decreto N° 3 [con fuerza de ley] Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. 13 de septiembre de 2019. D.O. N° 42. 966.
- Ley N° 18.755, Establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, deroga la Ley N° 16.640 y otras disposiciones. 23 de septiembre de 1988. D.O. N° 33.266.
- Ley N° 20.416, Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. Diario Oficial, 13 de enero de 2010. D.O. N° 39.577.
- Ley N° 16.395, Fija el texto refundido de la Ley de organización y atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social. 16 de diciembre de 1965. D.O. N° 26.349.
- Ley N° 16.744, Establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. 23 de enero de 1968. D.O. N° 26.957.
- Ley N° 18.410, Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 25 de abril de 1985. D.O. N° 32.176.
- Ley N° 18.902, Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. 8 de enero de 1989. D.O. N° 33.581.
- Ley N° 19.966, Establece un régimen de garantías en salud. 3 de septiembre de 2004. D.O. N° 37.953.
- Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. 12 de enero de 2010. D.O. N° 39.570.
- Ley N° 20.529, Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de La Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización. 11 de agosto de 2011. D.O. N° 40.046.
- Ley N° 20.720, sustituye el régimen concursal vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo. 30 de diciembre de 2013.
- Ley N° 21.000. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. 10 de febrero de 2016. D.O. N° 41.692.

## Jurisprudencia citada

- Anriquez Junghanns con Captagua S.A. y otro* (2015): Corte Suprema, 2 de septiembre de 2015 (Rol 2838-2015). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Arrau Palma, Eduardo y otro con Superintendencia de Valores y Seguros con Superintendencia de Valores y Seguros* (2022): Corte Suprema, 25 de noviembre de 2022 (Rol N° 20.997-2020). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Ayala Alvarez Nelly con Sociedad Concesionaria Autopista Vespucio Sur S.A.* (2013): Corte Suprema, 5 de noviembre de 2013 (Rol N° 9163 – 2012). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Banco Continental con Fisco* (1984): Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de enero de 1984. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 81, sección 2ª, págs. 11-16.
- Comercial e Inversiones Pamar Limitada con I. Municipalidad de Temuco* (2014): Corte Suprema, 9 de septiembre de 2014 (Rol N° 16.582-2014). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Campos Jiménez Eulalia con Servicio de Salud del Maule* (2017): Corte Suprema, 25 de abril de 2017 (Rol N° 38.151). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Colque Choquechambe y otros con Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente Arica y Parinacota y otros* (2022): Corte Suprema, 27 de mayo de 2022 (Rol N° 45.473-2021). Tercera Sala [Apelación Protección].
- Concesiones Iquique S.A. con Municipalidad de Iquique y otro* (2022) Corte Suprema, 14 de febrero de 2022 (Rol N° 14171-2021). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Control Preventivo de Constitucionalidad de Proyecto de ley que modifica el tratamiento de las penas de los delitos de robo y receptación de vehículos motorizados o de los bienes que se encuentran en su interior* (Boletín N° 11.818-25). Tribunal Constitucional, 2 de julio de 2019 (Rol N° 6.735-19). [Control preventivo de constitucionalidad].
- Control preventivo de constitucionalidad de Proyecto de ley que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil* (Boletín 5.837-07). Tribunal Constitucional, 12 de julio de 2011 (Rol N° 1.894-2011). [Control preventivo de constitucionalidad].
- Díaz Castillo y otros con Fisco de Chile* (2015): Corte Suprema, 12 de marzo de 2015 (Rol N° 24.984-2014). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Dictamen N° 14.390 (1997): Contraloría General de la República, 9 de mayo de 1997.
- Dictamen N° 45.541 (2006): Contraloría General de la República, 26 de septiembre de 2006.
- Dictamen N° 65.853 (2013): Contraloría General de la República, 14 de octubre de 2013.
- Dictamen N° 90.328 (2016): Contraloría General de la República, 16 de diciembre de 2016.
- Dictamen N° 20.065 (2017): Contraloría General de la República, 1 de junio de 2017.
- Dictamen N° 25.188 (2018): Contraloría General de la República, 8 de agosto de 2018.
- Empresa Eléctrica Campiche S.A. y otros con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017): Corte Suprema, 7 de agosto de 2017 (Rol N° 41790-2016). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Figueroa Gallardo contra Fisco de Chile* (2002): Corte Suprema, 8 de mayo 2002 (Rol N° 3.427-2001). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Fisco de Chile con Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea* (2016): Corte Suprema, 5 de enero de 2016 (Rol N° 3022-2015). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Granja con Fisco de Chile* (1938): Corte Suprema, 11 de octubre de 1938. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 36 (1939), II, 13, 277-283 [Recurso de Casación].
- Herreros Nieto Noelia y otros con Municipalidad de Alto Hospicio* (2018): Corte Suprema, 2 de agosto de 2018 (Rol N° 8563-2018). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Inmobiliaria San Andrés Limitada contra Ilustre Municipalidad de Villarrica* (2010): Corte Suprema, 2 de Agosto de 2010 (Rol N° 7.522-2008). Tercera Sala [Reclamo de Ilegalidad].
- Jaramillo Gajardo Paula y otros con I. Municipalidad de Las Condes y otra* (2016): Corte Suprema, 1 de junio de 2016 (Rol N° 18.481-2016). Tercera Sala [Apelación Protección].
- Luchsinger Mackay y otros con Fisco de Chile* (2021): Corte Suprema, 5 de agosto de 2021 (Rol N° 82-2021). Tercera Sala [Recurso de Casación].

- Luengo Ojeda Jaime Eduardo y otros con Municipalidad de Cañete* (2018): Corte Suprema, 4 de septiembre de 2018 (Rol N° 1015-2018). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- M.J. con Fisco de Chile* (2017): Corte Suprema, 24 de abril de 2017 (Rol N° 52.961-2016). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Morales con Fisco* (2022): Corte Suprema, 3 de octubre de 2022 (Rol N° 94.285-2021). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Morales Gamboa con Fisco de Chile* (2011): Corte Suprema, 14 de enero de 2011 (Rol N° 7919-2008). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Mundaca Valencia Mabel con Servicio de Salud Coquimbo y otro* (2022): Corte Suprema, 5 de mayo de 2022 (Rol N° 42895-2021). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Olivares Henríquez con Fisco de Chile* (2017): Corte Suprema, 2 de octubre de 2018 (Rol N° 39.484-2017). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Pastén y otros con Pérez* (2021): Corte Suprema, 20 de diciembre de 2021 (Rol N° 49.726-2021). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Pino Barra y otros con Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2017): Corte Suprema, 25 de mayo de 2017 (Rol N° 55.177-2016). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Poblete Salas con Servicio Nacional de Pesca Región del Bío Bío* (2016): Corte Suprema, 26 de diciembre de 2016 (Rol N° 76.979-2016). Tercera Sala [Apelación Protección].
- Construcciones Especializadas S.A. con Comité de Allegados Prefectura I y otros* (2021): Corte Suprema, 24 de febrero de 2021 (Rol N° 75459-2020). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Requerimiento de contienda de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en contra del Ministerio Público* (2015): Tribunal Constitucional, 8 de enero de 2016 (Rol N° 2.934). [Contienda de competencia].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por CGE Distribución S.A. respecto del artículo 15, inciso primero, de la Ley N° 18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2013): Tribunal Constitucional, 10 de octubre de 2013 (Rol N° 2264-2012). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Romo Rojas con Municipalidad de Lo Prado* (2019): Corte Suprema, 28 de enero de 2019 (Rol N° 26.450-2018). Tercera Sala [Apelación Protección].
- Sepúlveda Sepúlveda con Fisco de Chile* (2019): Corte Suprema, 14 de agosto de 2019 (Rol N° 2.456-2018). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región del Biobío con Empresa Constructora Rival Limitada y otra* (2017): Corte Suprema, 30 de octubre de 2018 (Rol N° 39.752-2017). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Superintendencia de Valores y Seguros con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2013): Corte Suprema, 6 de mayo de 2013 (Rol N° 9.363-2012). Tercera Sala [Recurso de Queja].
- Stein Peters con Fábrica y Maestranzas del Ejército y otros* (2013): Corte Suprema, 5 de agosto de 2013 (Rol N° 1.006-2012). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Tapia Bejar con Hospital Clínico* (2020): Corte Suprema, 14 de febrero de 2020 (Rol N° 85-2019). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Torres González con Ministerio de Obras Públicas y otro* (2017): Corte Suprema, 21 de agosto de 2017.
- Ugalde Prieto y otros con Superintendencia de Servicios Sanitarios y otro* (2022): Corte Suprema, 26 de septiembre de 2022 (Rol N° 5.295-2022). Tercera Sala [Apelación Protección].
- Valenzuela Alegría con Municipalidad de Hualpén y otra* (2022): Corte Suprema, 22 de diciembre de 2022 (Rol N° 4.335-2022). Tercera Sala [Recurso de Casación].
- Veliz Olivares y otros con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones* (2019): Corte Suprema, 8 de abril de 2019.



# El debido procedimiento administrativo sancionador

## Due administrative sanctioning procedure

Andrés Bordalí Salamanca\*

Esta investigación tiene por objeto analizar y determinar qué garantías de las que forman parte del debido proceso reconocido en el sistema constitucional chileno, deben aplicarse al procedimiento administrativo sancionador. Para ello se hace un examen particularizado en relación a la aplicación a este procedimiento del derecho a ser oído; del derecho a una decisión dentro de un plazo razonable; del derecho a un tribunal independiente e imparcial; del derecho a un juez natural; del derecho a la presunción de inocencia; del derecho de defensa; del *ne bis in idem* y del derecho a un juicio público.

**Palabras clave:** Debido proceso, debido procedimiento administrativo, debido proceso sustantivo, garantías procesales.

The purpose of this research is to analyze and determine which guarantees that are part of the due process recognized in the Chilean constitutional system, should be applied to the sanctioning administrative procedure. For this, a particularized examination is made in relation to the application to this procedure of the right to be heard; the right to a decision within a reasonable time; the right to an independent and impartial tribunal; of the right to a natural judge; of the right to the presumption of innocence; of the right of defense; *ne bis in idem* and the right to a public trial.

**Keywords:** Due process, due administrative procedure, due substantive process, procedural guarantees.

RESUMEN / ABSTRACT

### Introducción

La doctrina nacional lleva varios años discutiendo sobre si las sanciones que por mandato legal puede imponer la Administración del Estado a los particulares, son expresión de un único poder del Estado para

\* Abogado, Doctor en Derecho, Profesor titular en la Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. Correo electrónico: [abordali@uach.cl](mailto:abordali@uach.cl), Dirección postal: casilla 567, Campus Isla Teja, Valdivia, Chile. Número Orcid 0000-0002-5126-8037.

Este trabajo se ha realizado en el marco y con el financiamiento del Proyecto Fondecyt Regular N° 1210561 del que el autor de este trabajo es su Investigador Responsable.

Artículo recibido el 27 de septiembre de 2022 y aceptado el 10 de enero de 2023.

aplicar sanciones, es decir, de un *ius puniendi* estatal. En este sentido, asumiendo que con las sanciones administrativas se está en presencia de una manifestación de ese *ius puniendi*, parte importante de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han sostenido que se deben aplicar al procedimiento por medio del cual se decretan, las garantías penales sustantivas que reconoce el sistema constitucional chileno<sup>1</sup>. Otro sector de la doctrina ha señalado que la sanción administrativa no es expresión del *ius puniendi*, sino una actividad de *enforcement* o *compliance*, para lograr que los fines de interés público de los que es portadora la Administración del Estado, puedan conseguirse. Para este sector de la doctrina no es pertinente aplicar las garantías penales sustantivas, ya que se trata de una actividad diversa a la punitiva.

Sin embargo, frente a esa extensa y ya conocida discusión sobre la naturaleza de las sanciones administrativas y si, a ellas, deben aplicarse o no las garantías penales, con plenitud o con matices, como ha señalado el Tribunal Constitucional chileno, poco ha sido el trabajo de la doctrina nacional en orden a establecer con claridad si todos los derechos que forman parte de un genérico derecho al debido proceso son aplicables al procedimiento administrativo sancionador o solo algunos de esos derechos pueden tener aplicación en esta sede. Sea expresión o no del *ius puniendi* estatal, por mandato del artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución política de la República (en adelante CPR), dicho procedimiento deberá respetar siempre las garantías del debido proceso.

La presente investigación tiene por objetivo determinar cuáles derechos del debido proceso son aplicables al procedimiento administrativo sancionador. Para ello se analizarán todos los derechos procesales que reconoce tanto la Constitución Política de la República como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

## I. La facultad de imponer sanciones de la Administración del Estado

Dejando de lado aquella posición doctrinal<sup>2</sup> hoy en día muy minoritaria y, en algún sentido superada por la realidad normativa y jurisprudencial<sup>3</sup>, la que sostiene que, por exigencias de un racional y justo procedimiento constitucional, la imposición de sanciones solo debería ser realizada por tribunales de justicia independientes e imparciales y no por la Administración del Estado, voy a asumir que la Administración del Estado sí está facultada para imponer sanciones<sup>4</sup>. Más adelante justificaré que esa actividad es administrativa y no

<sup>1</sup> BOETTIGER 2009, 587.

<sup>2</sup> SOTO KLOSS 2005, 46.

<sup>3</sup> Relevante en esta materia fue la sentencia del Tribunal Constitucional del año 1996, Rol N° 244, referida a la Ley de Caza, donde se asume la facultad sancionadora de la Administración y se contiene la expresión Derecho Administrativo Sancionador.

<sup>4</sup> ROMÁN 2020, 159.

jurisdiccional. Partiendo desde esa premisa, agregaré que actualmente existen al menos dos maneras de ver el fenómeno administrativo sancionatorio.

Una lo ve como expresión de una función estatal única que se acostumbra a denominar como *ius puniendi* o como facultad del poder público de castigar ciertos comportamientos antijurídicos de los particulares. Dentro de esta única función estatal castigadora, cabe tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador.

Otra forma de ver el fenómeno administrativo sancionatorio es entenderlo como algo distinto del *ius puniendi* estatal<sup>5</sup>. Se trataría de una función dispuesta a la consecución de los objetivos públicos que busca la acción administrativa. Desde esta perspectiva, la sanción administrativa en caso alguno, se dice, tiene como objetivo generar un castigo al infractor como forma de retribución de su mal actuar o su "pecado", "sino simplemente hacer coercible, aplicable, ejecutable un estándar de comportamiento administrativo aportando razones para la acción futura de aquellos a quienes afecta los deberes de ese estándar"<sup>6</sup>. En esta misma línea argumental, Bermúdez señala que la finalidad de la sanción administrativa es la protección de la intangibilidad del ordenamiento jurídico y, como tal, no tiene el mismo reproche moral que la sanción penal<sup>7</sup>.

Van Weezel ha señalado que el derecho sancionatorio administrativo y el derecho penal se parecen solo superficialmente. "Son asuntos distintos y esto se manifiesta en las reglas sustantivas (grado de indeterminación de los preceptos de la sanción, consideración de bagatelas, exigencias de imputación subjetiva, etc.), en las reglas procesales (oportunidad, régimen de prueba, sistema recursivo, prescripción, etc.) y en los aspectos institucionales (investigación y sanción en una sola mano y a un relativo bajo costo)"<sup>8</sup>. En sentido similar se han pronunciado Arancibia y García<sup>9</sup>.

Dicho con otras palabras, la sanción administrativa debe ser considerada como una herramienta eficaz del proceso de ejecución y aplicación de la ley, esto es del *enforcement* o *compliance* de las normas<sup>10</sup>. Lo relevante acá "no es castigar sino prevenir y disuadir y por esta razón la sanción es solo una de las herramientas y no la única"<sup>11</sup> que puede aplicar la Administración.

Esta distinción es importante, porque si se entiende al poder sancionatorio de la Administración como expresión del *ius puniendi* estatal, parece lógico hacer extensible a esa actividad toda la batería de garantías penales y procesales penales reconocidas en la Constitución y en tratados internacionales.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ 1987, 162.

<sup>6</sup> LETELIER 2017, 645.

<sup>7</sup> BERMÚDEZ 1998, 329; en un sentido similar GÓMEZ 2019, 379.

<sup>8</sup> VAN WEEZEL 2017, 1039.

<sup>9</sup> ARANCIBIA y GARCÍA 2020, 246.

<sup>10</sup> SOTO 2016, 194; LOO 2021, 105.

<sup>11</sup> ARANCIBIA y GARCÍA 2020, 246.

les sobre derechos humanos suscritos por el Estado chileno y que se encuentren vigentes (art. 5° CPR). Pero si se entiende que la potestad sancionatoria de la Administración aparece configurada simplemente como una forma de garantizar la acción administrativa, no parece pertinente que deba exigirse la aplicación de esas garantías penales.

No es mi propósito ni ésta la sede para discutir sobre las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, así como las exigencias constitucionales exigidas a una y otra<sup>12</sup>.

Dicho lo anterior, debo agregar que en Chile la discusión se ha complejizado aún más, porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha discurrido también sobre si la actividad administrativa que incide sobre los derechos e intereses de los administrados es actividad propiamente administrativa o si se trata de actividad jurisdiccional.

La historia del establecimiento del artículo 19 N° 3 inciso 6° CPR, así como la primera doctrina constitucional que interpretó este precepto constitucional, dirán que se está frente a una actividad jurisdiccional. En efecto, las actas N° 102 y 103 de las sesiones de la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución (en adelante CENC), dejan expresa constancia, cuando se discutió sobre las garantías que debían tener las personas en los procesos judiciales, que las exigencias de racionalidad y justicia debían aplicarse a todos los órganos que de manera permanente o accidentalmente ejercían jurisdicción. El comisionado Ortúzar planteó la cuestión de cómo hacer para que esta cláusula pudiera tener aplicación a juzgamientos de tipo administrativo, sumarios o de otra clase, ya que, expuso, la función jurisdiccional no solo la ejercen los tribunales de justicia, y por lo tanto, se debe entender aplicable dicha garantía a todo tipo de procesos.

El comisionado Díez, en la sesión N° 103 CENC, señaló que le interesaba establecer y asegurar la referida garantía ante la Administración, dado que ella aparece en muchos casos ejerciendo una acción judicial, ya que crea derechos, sanciona o aplica sanciones que, en algunos casos, son tan duras como las impuestas por una sentencia judicial. Por este motivo, dejó expresa constancia que bajo el término órgano que ejerce jurisdicción debía entenderse a los tribunales administrativos, fiscales, Impuestos Internos, Contraloría General de la República, tribunales arbitrales, etcétera, o sea, todo órgano que tenga la facultad para dictar una resolución o fallo, llámese como se llame, que afecte la situación de una persona.

De este modo, se puede comprobar que, en la génesis de la Constitución de 1980, hubo una especial preocupación de algunos miembros de la CENC de hacer aplicable las garantías del debido proceso no solo a los tribunales de justicia, sino a todos los órganos del Estado, con especial referencia a la Administración del Estado.

---

<sup>12</sup> Sobre este punto remito al trabajo de LETELIER 2017.

Por otra parte, la palabra sentencia que reconoce el precepto constitucional que se comenta, se la entendió referida no solo a la decisión de un tribunal de justicia, sino a toda decisión de un órgano público<sup>13</sup>.

Ángela Vivanco señala que “al decir ‘órgano que ejerce jurisdicción’, la Constitución no se refiere solo a los Tribunales de Justicia, pertenecientes al Poder Judicial, sino que a todo órgano que aplique el Derecho en causas concretas y, por ello, obliga tanto a los Juzgados en general, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema como la Contraloría General de la República, Tribunales de Aduanas, al Director del Servicio de Impuestos Internos en los casos en que le corresponda intervenir como juez, etc. Incluso, al Tribunal Supremo de un partido político cuando corresponde juzgar a uno de sus militantes”<sup>14</sup>.

De acuerdo con lo señalado, existen antecedentes interpretativos para entender que la imposición de una sanción por parte de un órgano administrativo es un tipo de “sentencia” de un “órgano que ejerce jurisdicción” y, por tanto, es una decisión jurisdiccional.

Sin embargo, autores como Soto Kloss<sup>15</sup> dirán que ello no es actividad jurisdiccional, pues a dicha actividad le faltan las notas definitorias de la actividad jurisdiccional, como son las de independencia e imparcialidad.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, asumiré que, en el derecho chileno actual, ya desde el año 2007<sup>16</sup>, salvo el retroceso que comportó la sentencia en el caso SERNAC (Rol N° 4012-2017), frente a las decisiones administrativas que implican en general afectación de derechos e intereses de los administrados, se está frente a una actividad de carácter administrativa y no jurisdiccional. Al faltar las notas de independencia e imparcialidad, la imposición de sanciones por la Administración no puede ser considerada actividad jurisdiccional<sup>17</sup>. Del análisis previo, me decantaré por la idea de que la actividad sancionadora de la Administración es, en primer lugar, actividad administrativa y no jurisdiccional. En segundo lugar, señalaré que me parece más convincente la posición que ve en dicha actividad una manifestación más de la actividad propiamente administrativa y no ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Si el procedimiento administrativo sancionador no es expresión del *ius puniendi*, dicha actividad no está obligada a respetar las garantías constitucionales de carácter penal. Ahora bien, como sostiene Rosa Fernanda Gómez, “la potestad sancionadora, al igual que toda potestad pública, requiere siempre de una expresa habilitación legal, así lo demanda el principio de legalidad, consagrado en los artículos 6° y 7° de nuestra Carta Fundamental, exigencia que opera como requisito de actuación administrativa previa y

<sup>13</sup> CEA 1988, 303.

<sup>14</sup> VIVANCO 2006, 319.

<sup>15</sup> SOTO KLOSS 2005, 46.

<sup>16</sup> Hernán Lacalle Soza y otros con Dirección General de Aguas (2007).

<sup>17</sup> BORDALÍ 2020, 83 y ss.

como garantía de reserva legal para los particulares. En consecuencia, tanto la infracción como la sanción administrativa deben estar dispuestas con antelación a su ocurrencia en una norma de rango legal<sup>18</sup>.

Por el contrario, sí existen exigencias normativas y razones lógicas para hacer aplicable a esa actividad administrativa las garantías de un procedimiento racional y justo<sup>19</sup>. Esta tesis es cuestionada por un sector de la doctrina nacional. Así, Valdivia<sup>20</sup>, examinando la exigencia de racionalidad y justicia del texto constitucional chileno (19 N° 3 inciso 6° CPR), sostiene que tal exigencia solo opera en el contexto de un “proceso” del cual emana una “sentencia” de un órgano que ejerce “jurisdicción”, por lo que no hay base para exigir esta garantía a un acto que proviene de un procedimiento administrativo. Pero Valdivia erra al situar normativamente el punto, ya que omite la otra parte de la disposición constitucional, que hace aplicable la garantía de racionalidad y justicia no al proceso, sino a todo procedimiento e investigación.

De este modo, sostengo que esa aplicación de las garantías del justo y racional procedimiento debe realizarse cualquiera sea la concepción que se tenga de la actividad administrativa sancionadora, es decir, ya sea que se la vea como manifestación del *ius puniendi* estatal o bien como una actividad de *enforcement*, consustancial a la propia acción de la Administración.

## II. El debido procedimiento administrativo sancionador: contenidos

### 1. El procedimiento administrativo sancionador en la jurisprudencia y doctrina españolas

Sin perjuicio de que existen buenas razones para considerar a la sanción administrativa como una fase última de la propia actividad administrativa y no ejercicio del *ius puniendi* estatal, ni menos actividad de tipo jurisdiccional, se debe señalar que, en algunas experiencias del derecho comparado, se suele asimilar en algunos casos las infracciones administrativas a las penales. Al menos ello es así en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y en la jurisprudencia y doctrina mayoritarias españolas.

Lo que ocurre es que a nivel de tratados internacionales sobre derechos humanos y en las constituciones de la mayoría de las democracias europeas, como la española, no existe ningún precepto que permita incluir a las decisiones administrativas dentro de las garantías del debido proceso.

En general, se habla en dichos textos normativos de causas referidas a derechos y obligaciones de carácter civil e infracciones penales, o directamente de causas o procesos judiciales, por lo que, de una interpretación de dichos textos, las causas administrativas quedan literalmente fuera. No existe

<sup>18</sup> GÓMEZ 2021, 58.

<sup>19</sup> En igual sentido VAN WEEZEL 2017, 1040; y una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como sostienen BOETTIGER (2009), 587 y ss; NAVARRO 2004, 106; MORALES 2021, 190.

<sup>20</sup> VALDIVIA 2018, 249.

en dichos ordenamientos jurídicos ningún precepto jurídico, como el 19 N° 3 inciso 6° CPR, que se refiera a “órganos que ejercen jurisdicción”, sino que dichos preceptos se refieren a tribunales. Tampoco aluden a una idea de “racionalidad y justicia” aplicable a todo “procedimiento e investigación”, como en el caso chileno, sino que se refieren a causas civiles o criminales o simplemente causas judiciales.

De conformidad con ello, con o sin influencia de la jurisprudencia del TEDH, es común que muchos Estados europeos consideren a las sanciones administrativas como un tipo de infracciones penales, o, si se prefiere, como expresión del *ius puniendi* estatal. Un caso evidente de esta posición es el de España. El caso de este país es especialmente relevante, atendida la influencia de la legislación y doctrina administrativa hispanas sobre el derecho chileno. Por ello, pese a que ha sido un tema analizado por parte de la doctrina chilena, vale la pena detenerse un momento en la situación de este tema en la doctrina y jurisprudencias de este país.

En España, por medio de la jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional que se ha ido consolidando con los años, con clara influencia del TEDH, se consideró de aplicación al procedimiento administrativo sancionador la mayor parte de los derechos del artículo 24.2 CE, aunque no de manera literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que consagra dicho precepto (sentencia 18/1981) y condicionada dicha aplicación a que se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador (sentencias 56/1998, 2/2003, 32/2009)<sup>21</sup>.

Desde la conocida sentencia del Tribunal Constitucional español N° 18, de 8 de junio de 1981, se ha entendido aplicable al procedimiento administrativo sancionador el artículo 24 de la Constitución española, que consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De este modo, ella vino a imponer al procedimiento administrativo sancionador una serie de garantías reconocidas en dicha disposición que inicialmente estaban previstas para el proceso penal. De este modo, en España, se considera por regla general al Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, como dos ramas de un *ius puniendi* único y superior del Estado, que se rige por unos principios sustancialmente homogéneos<sup>22</sup>.

Lucía Alarcón señala que “las antiguas teorías que defendían la existencia de diferencias ontológicas entre el injusto penal y el administrativo están hoy completamente superadas”<sup>23</sup>.

Desde luego, existe una posición doctrinal que se aparta de esta línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional y a la que se han plegado algunos autores españoles. Una de las voces actuales más sonantes en esta posición divergente es la de Alejandro Huergo. Señala este autor que las sanciones

<sup>21</sup> CANO 2010, 541.

<sup>22</sup> CANO 2002, 52.

<sup>23</sup> ALARCÓN 2014, 141.

penales y las administrativas son claramente diferentes, por muchos motivos. Desde las garantías que rodean a unas y otras, pasando por las reglas de aplicación, el distinto reproche social y desde luego la mayor gravedad de unas u otras<sup>24</sup>.

Para Huergo, las sanciones administrativas son esenciales a la actividad administrativa; son en definitiva una forma en que se manifiesta la actividad administrativa. Se trata de un "administrar sancionando"<sup>25</sup>.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional español ha operado en estas materias con un sentido muy pragmático. Reconociendo que no se trata de actividades exactamente idénticas, ha procedido a matizar el tipo de garantías que sí procede exigir a las sanciones impuestas por la Administración. De este modo, el máximo intérprete de la Constitución española ha declarado que procede aplicar las garantías procesales penales al procedimiento administrativo sancionador que sean compatibles con la naturaleza de este procedimiento (Rol N° 32/2009). En otros casos, ha señalado que dichas garantías procesales penales deben trasladarse al procedimiento administrativo sancionador en línea de principio (Rol N° 66/1984) o de forma cautelosa (Rol N° 197/1995), rechazando una aplicación automática, mimética o inmediata (Rol N° 181/1990).

De conformidad con lo señalado por Moreno, el Tribunal Constitucional español ha señalado que no corresponde aplicar a los procedimientos sancionatorios administrativos garantías procesales penales como las de publicidad del procedimiento, el derecho a un juez imparcial, la doble instancia penal o el *non bis in idem* en su vertiente procesal<sup>26</sup>. Sin embargo, no se puede decir que el tema esté absolutamente zanjado.

## 2. El debido procedimiento sancionador en el Derecho chileno

Ya he sostenido en páginas anteriores que parece más plausible sostener que potestad sancionatoria de la Administración es una actividad ínsita a la acción administrativa, más que una manifestación del *ius puniendi* del Estado. Como señala Alejandro Huergo, es imposible administrar sin sancionar<sup>27</sup>. Se trata del ejercicio de determinadas potestades de los órganos administrativos, gozando en ello, al decir de un sector de la doctrina, de determinados privilegios, que les permiten crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas sin intervención de otros órganos y, a su vez, ejecutar materialmente sus propias decisiones, mediante actos que se presumen legales<sup>28</sup>.

Lo anterior no niega que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y parte importante de la doctrina chilena señala que sí deben aplicarse al po-

<sup>24</sup> HUERGO 2018, 18 y ss.

<sup>25</sup> HUERGO 2018, 29.

<sup>26</sup> MORENO 2013, 52.

<sup>27</sup> HUERGO 2018, 29.

<sup>28</sup> CORDERO y ALDUNATE 2012, 354.

der sancionatorio de la Administración las mismas garantías penales, aunque, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con matices<sup>29</sup>. Ese relato sobre el Derecho Administrativo sancionador construido sobre el denominado *ius puniendi* estatal se transformó en Chile en un estándar, en algún sentido acrítico, al decir de Luis Cordero<sup>30</sup>.

Señalado lo anterior, y entrando a la faceta procesal, se debe señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno no ha sido particularmente clara al momento de intentar señalar qué garantías que se entiende forman parte del debido proceso, deberían aplicarse al procedimiento administrativo sancionador.

En rigor, antes de analizar el debido procedimiento administrativo sancionador, hay que señalar que ni siquiera el Tribunal Constitucional tiene una jurisprudencia muy clara sobre los derechos que componen un genérico derecho al debido proceso. Ha sostenido a este respecto el máximo intérprete de la Constitución chilena, que el debido proceso o, en lenguaje criollo, el justo y racional procedimiento (artículo 19 N° 3 inciso 6° CPR), debe contemplar las siguientes garantías: a) la publicidad de los actos jurisdiccionales, b) el derecho de acción, c) el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, d) el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría de un abogado, e) la producción libre de pruebas conforme a la ley, f) el examen y objeción de la evidencia rendida, g) la bilateralidad de la audiencia y h) la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores<sup>31</sup>.

Llama la atención el catálogo de derechos que formarían parte del debido proceso que enumera el Tribunal Constitucional. Se trata de una enumeración reiterativa en algunos casos, que confunde derechos que forman parte de la tutela judicial con los del debido proceso, sin un orden lógico y, finalmente, sin que tengan un fundamento normativo para darlos por existentes en el sistema constitucional chileno. Tampoco queda claro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuáles de esas garantías se aplican al procedimiento administrativo sancionador.

Para poder determinar qué derechos deben exigirse ante la Administración del Estado en el procedimiento sancionatorio, primero debemos determinar cuáles son los derechos que conforman el debido proceso en el derecho chileno. Una referencia directa a las fuentes normativas que recogen los derechos fundamentales es el primer camino para este objetivo.

<sup>29</sup> Iberoamericana de Energía Ibener S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2006). VERGARA 2004, 139.

<sup>30</sup> CORDERO 2020, 251.

<sup>31</sup> Solicitud de Desafuero del Senador Guido Girardi Lavín (2006); Francisco Petour Goycolea con AFP Hábitat (2007); solicitud de desafuero de la Fiscal del Ministerio Público doña Teresa Gaete Valenzuela (2007); Pauline Jeanneret Elmer con American Airlines (2011) y Tesorería General de la República con Eventos y Estudios First Team (2017).

En primer lugar, enumeraré los derechos que en este punto consagra la Constitución Política de la República y luego los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile, con especial referencia, por la aplicación directa al Estado chileno y exigible jurisdiccionalmente, de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

De conformidad con lo señalado, la Constitución reconoce, además de un genérico derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos (art. 19 N° 3 inciso 6° CPR):

- 1) El derecho a la defensa técnica (art. 19 N° 3 inciso 2° CPR).
- 2) El derecho a un juez natural o a un tribunal ordinario predeterminado por la ley (art. 19 N° 3 inciso 5° CPR).

Existe duda en la doctrina si el derecho de presunción de inocencia tiene reconocimiento en la Constitución chilena. Un sector de la doctrina<sup>32</sup> señala que dicho derecho sí está reconocido, desde el momento que la Constitución prohíbe que la ley pueda presumir de derecho la responsabilidad penal (art. 19 N° 3 inciso 7° CPR). Otra doctrina sostiene que no existe un reconocimiento expreso en la Constitución de este derecho, pero se podría llegar a él de manera indirecta a través de esa prohibición de presunción de derecho de la responsabilidad penal<sup>33</sup>. Y, finalmente, otro sector de la doctrina sostiene derechamente que la presunción de inocencia no tiene reconocimiento en el texto constitucional<sup>34</sup>.

Por el significado procesal que tiene en un proceso penal la presunción de inocencia, sostengo que el derecho que tienen en Chile las personas a que el legislador no pueda presumir de derecho la responsabilidad penal (19 N° 3 inciso 7° CPR), no contiene al derecho a ser presumido inocente, ni de manera expresa ni indirecta.

De este modo, se debe reconocer que los derechos relacionados con el debido proceso que consagra el texto constitucional chileno son solamente los dos mencionados más arriba. Para dar cabida a este derecho y a otros más, ello obliga necesariamente a recurrir a los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado chileno y que se encuentren vigentes. Entre ellos tenemos, como se mencionaba, a la Convención Americana de Derechos Humanos.

El artículo 8° de la CADH reconoce:

#### Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación

<sup>32</sup> VERGARA 2004, 144; ARANCIBIA 2015, 57.

<sup>33</sup> CORDERO 2014, 433.

<sup>34</sup> HORVITZ y LÓPEZ 2010, 78.

de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que pueden arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Si se observa bien, los dos derechos del debido proceso que recoge el texto constitucional chileno ya están reconocidos por la CADH, así que sobre este último catálogo elaboraré el análisis.

Se trata, hay que decir, de un catálogo que opera con un sentido de mínimos. Eso significa que el legislador puede ampliar los derechos en la regulación que haga de los distintos procesos judiciales y procedimientos administrativos o de otro tipo.

Por otra parte, si se asume al debido proceso como un principio de carácter constitucional, los tribunales de justicia, especialmente la Corte Suprema, podrían ampliar las garantías de los justiciables en una situación concreta, por aplicación de ese principio constitucional.

Pasaré a revisar ese catálogo y a determinar si es aplicable o no al procedimiento administrativo sancionador.

### 1) *Derecho a ser oído*

Si bien la literalidad de este derecho podría indicar que su contenido radica en que toda persona debe poder participar en un juicio ante un tribunal de justicia, de manera oral, de modo tal que sus pretensiones o defensas puedan ser formuladas de forma verbal y directa ante el o los jueces, lo cierto que el contenido de ese derecho es mucho más complejo.

La CIDH ha desarrollado una extensa jurisprudencia sobre el contenido de este derecho, el que destaca por su amplitud. Comprende en algunos casos el poder acceder ante un tribunal de justicia o ente estatal competente, pudiendo actuar, de manera de poder formular sus pretensiones y presentar sus elementos probatorios y que éstos sean analizados por ese tribunal u órgano estatal<sup>35</sup>. En otros casos, la CIDH ha señalado que este derecho comprende el deber de los Estados, a través de sus agencias policiales y jurisdiccionales, de ofrecer mecanismos de denuncia accesibles. Esos sistemas deben ser por lo demás eficaces y deben derivar en una investigación real y seria. El Estado tiene el deber de investigar, juzgar y sancionar<sup>36</sup>. En otras oportunidades, ha señalado que, en virtud de este derecho, las víctimas, en todas las etapas de los respectivos procesos, tienen el derecho de hacer sus planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses<sup>37</sup>.

El Tribunal Constitucional chileno ha señalado que entre las garantías del debido proceso exigibles a todo procedimiento administrativo está la audiencia del afectado o la posibilidad de ser oído<sup>38</sup>. Un sector de la doctrina nacional también considera aplicable este derecho a la actividad administrativa sancionadora<sup>39</sup>.

Tenemos que este derecho equivale a poder acceder a los tribunales y órganos estatales que determinen derechos y obligaciones de las personas, de participar en sus procedimientos, aportar pruebas y todo lo necesario para hacer valer sus intereses.

De acuerdo con esta formulación, este derecho es completamente aplicable al procedimiento administrativo sancionador.

<sup>35</sup> Caso Camba Campos y otros vs Ecuador (2013).

<sup>36</sup> Caso Quispialaya Vilcapoma vs Perú (2015).

<sup>37</sup> Caso Radilla Pacheco vs México (2009).

<sup>38</sup> Jaime Rosso Bacovic con Ministerio de Justicia (2010).

<sup>39</sup> ALDUNATE 2019, 77.

## 2) *Derecho a una decisión dentro de un plazo razonable*

El artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como ya se ha expuesto, garantiza que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable [...]”. El objetivo de este derecho es impedir que los acusados (o los supuestos infractores), permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente<sup>40</sup>.

“El derecho a una respuesta judicial dentro de un plazo razonable comporta un análisis en concreto, caso a caso, que debe ser realizado por el órgano jurisdiccional a quien le corresponde velar por el respeto del debido proceso en un juicio particular”<sup>41</sup>.

Para la CIDH<sup>42</sup>, la constatación de la violación de este derecho debe considerar a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales y d) la afectación generada en la existencia jurídica de la persona involucrada en el proceso. Se trata de un complejo de variables que rechaza un mero incumplimiento de los plazos procesales para dar por constituida la violación de este derecho fundamental.

La Corte Suprema ha reconocido la aplicabilidad de esta garantía al procedimiento administrativo sancionador. Así, ha señalado que

debe considerarse que constituye una carga ilegítima mantener en situación de indefinición por un período prolongado, que si bien, en general, salvo que se determinen medidas cautelares, no se llega a limitar los derechos de la persona investigada, sí le afecta el estado de incertidumbre en que se encuentra y que igualmente puede estimarse incide en una pérdida substancial de la garantía del debido proceso de ley, por exceder de todo plazo razonable la tramitación del procedimiento [...]. Que sobre el particular, reiteradamente, esta Corte ha declarado (SCS entre otros, Rol N<sup>os</sup> 7554-15, 2639-2020, 36689-2020), que en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, para que se esté frente a un procedimiento racional y justo, la resolución que lo concluye debe ser oportuna. [...] Conviene puntualizar que no cualquier dilación en la dictación del respectivo acto administrativo conlleva una pérdida de eficacia del procedimiento, sino solo aquella que es excesiva e injustificada.

Para la Corte Suprema, en tales circunstancias, el procedimiento se vuelve ineficaz.

Analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, William García<sup>43</sup> señala que para dicho tribunal este derecho también es aplicable al procedimiento administrativo sancionador, pues exigiría un plazo oportuno de la decisión de la autoridad administrativa.

<sup>40</sup> Caso Suárez Rosero vs Ecuador (1997).

<sup>41</sup> BORDALÍ 2020, 273.

<sup>42</sup> Caso Anzualdo Castro vs Perú (2009).

<sup>43</sup> GARCÍA 2021, p. 34.

Con lo analizado, se debe decir que este derecho tiene plena aplicación al procedimiento administrativo sancionador. Sin perjuicio de que un denunciado no recibirá una sanción privativa de su libertad o corporal, la amenaza de una sanción tiene para el particular un cierto sentido de gravamen, lo que implica para él tener que ocupar o distraer tiempo productivo, en preparar su defensa o estar pendiente de ese procedimiento. Esa amenaza de sanción tiene una significación material y psicológica para el administrado. Es del todo razonable no someter al administrado mucho tiempo a ese estado de incertidumbre que le causa pesar y distracción en sus actividades particulares, laborales o productivas.

### 3) *Derecho a un tribunal independiente e imparcial*

¿Debe exigirse independencia e imparcialidad a los órganos administrativos que aplican sanciones a los particulares al igual como se exige a los tribunales de justicia? Una primera respuesta diría que, si a estos órganos administrativos deben aplicarse las mismas garantías del debido proceso que a los jueces, pues la respuesta debe ser positiva. La Administración que lleva a cabo un procedimiento sancionatorio debe ser independiente e imparcial.

En esta línea, la jurisprudencia tanto del TEDH como de la CIDH señalan que independencia e imparcialidad deben exigirse a los órganos administrativos que sancionan a los particulares. La jurisprudencia de ambas cortes es abultada en este punto. Solo a modo ejemplar puede verse el fallo del TEDH, caso *Draft-Ova vs Eslovaquia*, sentencia de fecha 9 de junio de 2015, N° 72493/10. De la CIDH remito al caso *López Lone y otros vs Honduras*, sentencia de fecha 3 de septiembre de 2016, Serie N° 317.

Sin embargo, más allá de esa opinión férrea de las cortes internacionales sobre derechos humanos sobre la exigencia de independencia e imparcial a la Administración sancionadora, a poco andar, en la argumentación, nos encontramos con que existen serias dificultades jurídicas e institucionales para que se pueda predicar independencia e imparcialidad de los órganos administrativos como si de jueces se tratase.

En primer lugar, si la independencia tiene relación con que el poder político no incida sobre las decisiones judiciales, lo que exige un adecuado sistema de generación de los jueces y la inamovilidad de los mismos, veremos que ello no es predicable de los administradores, o al menos no lo es con la misma intensidad que los jueces.

En segundo lugar, si por imparcialidad se puede entender un estricto apego a la ley a la hora de decidir un asunto concreto, sin que influya el posicionamiento personal del juez en relación a las partes litigantes o el asunto debatido, ni las condiciones de tipo orgánico o institucional que pueden afectar ese estricto apego a la ley, la verdad es que se dificulta predicar imparcialidad respecto de los administradores cuando sancionan.

Existen varias razones para no exigir imparcialidad respecto de la actividad de la Administración del Estado. Sin embargo, voy a destacar acá solo

dos de las más relevantes. En primer lugar, porque ello no es coherente con la posición institucional de los órganos de la Administración. En segundo lugar, porque la Administración no es la instancia de aplicación irrevocable del derecho en el ordenamiento jurídico, pues ello es monopolio de los tribunales de justicia, los que constituyen la llave de cierre de la aplicación del derecho. Dicho de otro modo, los actos de la Administración del Estado no producen el efecto de cosa juzgada y pueden siempre ser revisados por la Jurisdicción.

Respecto a la primera razón esbozada, hay que señalar que no se puede predicar imparcialidad respecto de la Administración debido a que si bien, como todo órgano estatal, actúa bajo el principio de legalidad, su actividad no tiene el fin exclusivo de aplicar la ley. La Administración busca lograr ciertos objetivos, fines o intereses públicos y, en esa consecución, la ley y el derecho no funcionan como un fin último sino más bien como un límite o medio.

Por el contrario, para la Jurisdicción no hay otro fin que no sea el de aplicar la ley en el caso en concreto, sin que se pueda decir que tenga otros fines que no sean ese.

González Pérez señala que claramente la independencia e imparcialidad son muy diferentes en materia administrativa y jurisdiccional, dado que el órgano administrativo es titular de unos intereses públicos, lo que la hace figurar como una de las partes de la relación jurídico material que subyace en el procedimiento<sup>44</sup>.

Por ello es más correcto hablar de objetividad en la aplicación de la ley por parte de los órganos de la Administración y no de imparcialidad. Parejo, en España, analiza el rol institucional de la Administración y sus diferencias con la Jurisdicción, señalando que la primera no se limita a aplicar normas, sino que también es un agente creador de normas y en la aplicación práctica de las normas utiliza criterios políticos o administrativos discrecionales, en conformidad a las directrices definidas por el Gobierno<sup>45</sup>. Algo similar señala Boutaud en Chile, cuando sostiene que más que imparcialidad, a la Administración debe exigirse una objetividad de tipo relativa<sup>46</sup>. Y también puede vincularse esa idea de objetividad vinculada a la probidad administrativa.

José Miguel Valdivia señala que “de la jurisdicción se espera la aplicación imparcial y desinteresada de la ley; en cambio, la administración aplica la ley utilitariamente, para alcanzar propósitos de bienestar general. Por eso, y sin perjuicio de una exigencia superior de objetividad, no es incorrecto pensar que la administración es ‘juez y parte’ en los procedimientos que conduce”<sup>47</sup>

Una de las razones que explican la falta de independencia e imparcialidad de la Administración, viene dada porque en ella existe una unidad de

---

<sup>44</sup> GONZÁLEZ PÉREZ 1993, 34.

<sup>45</sup> PAREJO 1991, 19 y ss.

<sup>46</sup> BOUTAUD 2018, 61.

<sup>47</sup> VALDIVIA 2018, 250.

agencia, sin que exista independencia interna entre los funcionarios administrativos. Eso significa que tanto el funcionario que investiga una posible infracción como aquél que decide sobre la petición de sanción, están sometidos a las directrices generales que puede dictar el superior del servicio o unidad de la que forman parte. Tanto el que investiga como el que sanciona pueden recibir órdenes, instrucciones, consejos o recomendaciones, formales o informales, de cómo hacer su labor. Existiendo unidad de agencia y no independencia interna, se hace muy difícil que se pueda hablar de imparcialidad.

A la particular posición de la Administración ante la ley para lograr fines latamente políticos, se debe agregar además los problemas de inexistencia de una inamovilidad de los funcionarios administrativos, o al menos una inamovilidad no tan robusta como la de los jueces

Por otra parte, la actuación de la Administración puede siempre ser controlada por la Jurisdicción. Las decisiones de la Administración no son irrevocables; no producen cosa juzgada, pudiendo siempre ser controladas o revisadas por la Jurisdicción. "La principal diferencia entre los efectos de una actuación administrativa y de una actuación jurisdiccional radica en la existencia de la cosa juzgada que se produce respecto de esta última"<sup>48</sup>. En definitiva, de los administradores que llevan a cabo un procedimiento sancionatorio, no se debería exigir independencia ni imparcialidad. Queda a criterio de la ley<sup>49</sup> si se le puede exigir algún otro requisito en su forma de actuar, como sería un criterio de objetividad, no discriminación, entre otros posibles. Pero eso ya no forma parte del debido proceso.

#### 4) *Derecho a un juez natural*

Este derecho se refiere a tres tipos de cuestiones. En primer lugar, al tipo de órgano que puede enjuiciar. En segundo lugar, al momento en que debe estar constituido y finalmente, a la forma de su creación.

El derecho al juez natural o la prohibición de comisiones especiales es un derecho fundamental de larga data en el derecho europeo y chileno, y que constituye una manifestación de la independencia del poder judicial, la igualdad ante la ley y la libertad de las personas. Tiene clara influencia en la legislación revolucionaria francesa. En Francia, su fundamento histórico radica en la habitual injerencia del rey en los asuntos judiciales<sup>50</sup>. Tiene además una evidente conexión con la garantía de la imparcialidad.

Por otra parte, exige que el tribunal esté constituido o establecido con anterioridad a la ocurrencia de los hechos que debe conocer y enjuiciar.

<sup>48</sup> POBLETE 2007, 284.

<sup>49</sup> La Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de la Administración del Estado, en su artículo 11 recoge el principio de imparcialidad, y lo vincula con una idea de objetividad y probidad en la sustanciación del procedimiento administrativo como en la decisión final.

<sup>50</sup> FERRADA 2006, 135.

Asimismo, debe exigirse que la creación de un tribunal solo sea competencia del legislador. No obstante, es permitido que sea la Constitución quien los cree.

De conformidad con lo señalado, ¿qué parte de este derecho se puede exigir a la Administración sancionadora? Desde luego, la primera parte no, ya que precisamente se trata de que sea la Administración y no un tribunal de justicia quien aplique una sanción a un particular. Sin embargo, los otros aspectos de la garantía sí se deben exigir a esa Administración. Es decir, el órgano administrativo que conoce de una imputación infraccional contra un individuo, debe haber sido creado con anterioridad a los hechos que forman parte de la acusación. Por otra parte, ese órgano solo puede haber sido creado previamente por ley.

##### 5) *Derecho a la presunción de inocencia*

El derecho a ser presumido inocente está reconocido en el artículo 8.2 CADH, por lo que, de acuerdo con su ubicación sistemática en dicho texto normativo, solo tiene aplicación en sede penal.

La principal importancia de esta presunción, por tanto, será en materia de carga de la prueba en el juicio penal, la que será de cargo del ente persecutor. Pero tiene además otra importante consideración, que se refiere a que el imputado debe ser tratado como inocente durante toda la investigación y el proceso penal. Esto tiene especial relevancia en la posibilidad de decretar medidas cautelares personales contra el imputado. Éstas no están excluidas de plano, pero la presunción de inocencia les pone límites o criterios razonables para compatibilizar la libertad del sujeto con los fines públicos de la investigación penal.

En materia de procedimiento administrativo sancionador, en relación con la presunción de inocencia, la discusión pertinente ha discurrido sobre si corresponde exclusivamente a la Administración acusadora toda la carga de la prueba sobre los hechos materia del procedimiento, como ocurre con la parte acusadora en un proceso penal. Hay consenso en que la Administración no puede disponer de medidas cautelares personales contra los presuntos infractores, lo que es resorte exclusivo de un tribunal de justicia.

¿Le corresponde a la Administración en el procedimiento sancionatorio toda la carga de la prueba en relación a dar por acreditados los hechos denunciados y la responsabilidad del acusado en ellos como si de un proceso penal se tratase? La respuesta es negativa. Existen razones derivadas de la naturaleza de la actividad administrativa que llevan a considerar que la carga de la prueba en materia administrativa no deba ser igual a la que existe en un proceso penal.

Más allá de una consideración política y social, como la que expone Nieto<sup>51</sup>, en orden a que ya no se trata en este caso de un individuo desvalido

---

<sup>51</sup> NIETO 2018, 376.

ante el poder total del Estado, sino que en muchas ocasiones los denunciados en sede administrativa son grandes conglomerados capitalistas o asociaciones criminales, lo cierto es que por la propia actividad de la Administración, muchas veces existen actas o certificaciones oficiales que deben ser tenidas como válidas, con lo cual se puede producir un desplazamiento de la carga de la prueba, en el sentido que el denunciado deberá realizar actividad probatoria para desvirtuar la verdad de lo contenido en ellas.

En España, señala Moreno, el Tribunal Constitucional ha considerado legítimo que el legislador considere a esas actas o certificaciones como documentos públicos<sup>52</sup>, con lo cual se traslada la carga de la prueba al presunto infractor. Precisamente, señala este autor, uno de los principales quiebres en la idea de unidad del *ius puniendi* estatal, ha sido el valor que se le da a las actas suscritas por funcionarios, según el proceso donde hayan de hacerse valer, es decir, ya sea en sede administrativa o de justicia penal<sup>53</sup>.

Sin embargo, para Suay Rincón, la presunción de inocencia no puede ser reducida estrictamente al campo procesal penal, sino que a su juicio debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución tanto administrativa como jurisdiccional, que se basa en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos. Por ello, a su juicio, “la carga corresponde, como en el proceso penal, no al acusado, sino al acusador”<sup>54</sup>.

Nieto<sup>55</sup> ha señalado que la experiencia legislativa y jurisprudencial españolas muestran que en el Derecho Administrativo sancionador rige muchas veces una realidad contraria a la presunción de inocencia del presunto infractor. De este modo, en muchas hipótesis, el acusado en sede administrativa es presumido culpable, de modo tal que en el procedimiento se traslada a él la carga de probar su inocencia.

En Chile, la doctrina se encuentra dividida sobre si debe regir la presunción de inocencia del mismo modo en el campo jurisdiccional penal que en el administrativo sancionador. Vergara Blanco<sup>56</sup> señala que ella rige tanto para la responsabilidad penal como para todo tipo de responsabilidad, con especial mención de la responsabilidad sancionatoria administrativa. Su significación es que solo sobre la base de pruebas efectivas, y cuyo aporte es carga de quien acusa, podrá alguien ser acusado y sancionado. Cordero Quinzacara<sup>57</sup> parece hacer suya la posición del Tribunal Constitucional (Rol N° 1518), en el sentido que la presunción de inocencia tiene plena aplicación en el procedimiento administrativo sancionador, derecho que no solo emana de la

---

<sup>52</sup> MORENO 2013, 71.

<sup>53</sup> MORENO 2013, 72.

<sup>54</sup> SUAY RINCÓN 1989, 186.

<sup>55</sup> NIETO 2018, 373.

<sup>56</sup> VERGARA 2004, 145.

<sup>57</sup> CORDERO 2014, 434.

prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal y la consagración de la dignidad de la persona como valor supremo, sino también del derecho de defensa efectiva en el marco de un procedimiento justo y racional. Ese trato inocente debe darse durante todo el procedimiento y hasta que una decisión ejecutoriada establezca fehacientemente la responsabilidad.

Sin embargo, William García cita otra sentencia del Tribunal Constitucional (Rol N° 2722), en que se sostiene que la presunción de inocencia no tendría aplicación en el campo administrativo sancionador, siendo de exclusiva vigencia en el proceso penal.

No existe una jurisprudencia unánime del Tribunal Constitucional en esta materia. En cambio, sostiene este último autor citado, la Corte Suprema ha manifestado una doctrina clara en orden a poner de cargo de la Administración acusadora rendir la prueba en el procedimiento, prueba que deberá versar sobre el hecho constitutivo de infracción administrativa, el resultado que haya ocasionado, la causalidad existente entre ambos y la participación del acusado (por ejemplo, causa Rol N° 38.817-2017).

Dicho lo anterior, se debe agregar que la experiencia legal y jurisprudencial chilenas, siguiendo la posición del Tribunal Constitucional español antes reseñada, le ha dado valor a las actas suscritas por funcionarios administrativos como ministros de fe. Esas actas, suscritas por regla general en actividades de fiscalización por funcionarios competentes, constituyen una presunción legal de veracidad de lo consignado en ellas<sup>58</sup>. Eso significa que, en el procedimiento administrativo sancionador, el presunto infractor deberá introducir prueba suficiente para desacreditar lo aseverado en ellas. Se trata de una presunción simplemente legal y no de derecho<sup>59</sup>. Y todo ello suponiendo que se han hecho llegar en el procedimiento mismo dichas actas, pues de lo contrario, sin ellas y sin otros medios probatorios introducidos por la Administración, no se podrá sancionar al acusado<sup>60</sup>.

Con lo dicho, se debe concluir que en el procedimiento sancionatorio no rige la garantía de la presunción de inocencia, al menos con un significado igual al que existe en el proceso penal. Es que la realidad de uno y otro caso son diametralmente diferentes. En materia administrativa no se puede perder de vista que existe una repartición estatal, constitucional y legalmente mandada, para perseguir y tutelar intereses públicos. Por ello, se articula un personal y unos procedimientos con el fin de asegurar esos intereses públicos.

No tiene ningún sentido que toda esa actividad legítimamente desarrollada por parte de la Administración del Estado, sobre todo la actividad de

---

<sup>58</sup> BARRIENTOS 2019, 141.

<sup>59</sup> GARCÍA 2021, 98.

<sup>60</sup> En otra ocasión he señalado que rige en este caso la presunción de inocencia y, sin pruebas de cargo, debe absolverse al acusado. La verdad es que no es necesario aplicar la presunción de inocencia en un caso en que no existan pruebas contra el supuesto infractor. Quizás baste decir que no acreditado el supuesto fáctico normativo que justifica aplicar la sanción, pues debe ser absuelto el acusado. Véase BORDALÍ y HUNTER, 2017, 351.

fiscalización llevada a cabo por funcionarios y consignada en actas, no tuviera ningún valor, de modo tal que, iniciado un procedimiento administrativo para sancionar las faltas consignadas en esa actividad de fiscalización, se tuviera que regresar a "fojas cero" y se deba volver a realizar actividad probatoria por el ente acusador. Principios como el de legitimidad democrática de los órganos administrativos, aunque sea indirecta, unido a los de eficiencia y economía procedimental, aconsejan una consideración diversa sobre la carga de la prueba en el procedimiento administrativo sancionatorio.

Esa labor fiscalizadora previa realizada legalmente y consignada en actas no puede ser considerada carente de valor probatorio en el procedimiento sancionatorio. La propia existencia del Estado y de la labor de los funcionarios públicos aconseja alterar la carga de la prueba en el procedimiento sancionador. Esa labor fiscalizadora debe ser el punto de partida. Si se quiere desvirtuar su veracidad, corresponderá al presunto infractor introducir suficiente material probatorio en el procedimiento que la derrote. Si éste no lo hace, lo más probable es que será sancionado.

Ahora bien, quizás en un procedimiento sancionatorio donde no exista una actividad administrativa previa, de fiscalización o de otro tipo, llevada a cabo por ministros de fe, que dejen constancia fehaciente de unos determinados hechos, sí pueda regir la presunción de inocencia del presunto infractor, de modo tal que, si es acusado y la Administración no aporta prueba de cargo suficiente para acreditar la infracción y su participación en ella, debería ser absuelto. Todo ello, en definitiva, debería ser previsto por el legislador. A falta de ello, deberá ser labor de los jueces que conocen de un caso en concreto.

El proceso penal es muy diverso a la realidad administrativa antes reseñada, donde de manera previa no hay un órgano administrativo fiscalizador dotado de legitimidad democrática, que pueda consignar en actas determinados hechos relativos a su labor de tutela de ciertos intereses públicos.

En materia penal rige siempre, cualesquiera sean los hechos denunciados y las personas imputadas, la presunción de inocencia. En el procedimiento administrativo sancionatorio no se puede declarar con carácter general su vigencia. El legislador debería precisar en qué casos rige y en que otros no. Un punto de partida, aunque quizás no único ni definitivo, debería ser la determinación de si existe una actividad realizada por funcionarios administrativos que, en su calidad de ministros de fe, dejen constancia de unos hechos imputables al presunto infractor. Me refiero a la existencia de actas de fiscalización. En esa situación, en realidad, más que presunción de inocencia, debería regir una presunción de culpabilidad.

Y si no existen esas actas oficiales previas, las posibilidades son tres. Una primera es seguir considerando a la Administración en una situación de preeminencia, dada su legitimidad democrática y su rol de portador de intereses públicos. En este caso si bien no se hablaría de una presunción de culpabilidad, sí de una posición preeminente de la Administración en el

procedimiento, lo que obligaría al acusado a realizar actividad probatoria suficiente para desvirtuar lo aseverado por su acusador. Una segunda posibilidad es considerar que, en esta situación, Administración y denunciado se encuentran en una situación de relativa igualdad, por lo que regiría una carga de la prueba similar a la que existe en materia civil. La Administración, de este modo, deberá realizar actividad probatoria para acreditar la infracción denunciada y la responsabilidad del acusado. Y al acusado le corresponderá introducir prueba que acredite la inexistencia de los hechos base de la denuncia y/o su actuación diligente. Y una tercera hipótesis dirá que, dada la desigualdad del denunciado frente al poder de la Administración del Estado, debe regir la presunción de inocencia a favor del acusado de modo tal de atribuir a la Administración la carga de la prueba.

La primera situación (preeminencia de la Administración), si bien tiene un halo de legitimidad dada por la tutela de determinados intereses públicos encomendada a la Administración del Estado, los que, se podría entender, priman sobre los intereses particulares del denunciado, debe ser descartada por la posibilidad de abusos por parte de la esta última. En esta situación existiría un puro poder desnudo por parte de la Administración, ya que no hay procedimientos de fiscalización, no hay ministros de fe, no existen actas formales. Simplemente existe un funcionario administrativo u órgano administrativo que decide acusar a un particular por una supuesta infracción. Los riesgos de una actuación abusiva son muy altos, los que no aconsejan esta hipótesis. Quizás más que razones jurídicas se trata de razones políticas, institucionales e históricas.

Por lo tanto, parece más aconsejable que el legislador regule la carga de la prueba en estas situaciones de conformidad con los dos otros criterios, es decir, el de igualdad de las partes, semejante a un proceso civil o bien, el de presunción de inocencia del acusado.

Nos encontramos en una situación de tensión y complejidad entre hacer prevalecer los intereses privados de los administrados frente a los intereses y fines públicos que persigue la Administración. Alejandro Nieto en España, da cuenta de esta tensión cuando señala que "nadie puede pensar seriamente en un sacrificio arbitrario de los derechos individuales; más tampoco puede entenderse la postergación gratuita de los intereses públicos y colectivos por no hablar de los perjudicados directamente por la infracción, máxime si se tiene en cuenta que un Estado social de Derecho puede establecer jerarquías de derechos e intereses, puesto que su objetivo es lograr un equilibrio de los contrapuestos, del que desde luego estamos hoy muy lejos"<sup>61</sup>.

En conclusión. En materia de procedimiento administrativo sancionatorio no rige el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Si existe una actividad fiscalizadora previa llevada a cabo por funcionarios públicos en su calidad de ministros de fe, en realidad rige una situación contraria a la pre-

---

<sup>61</sup> NIETO 2018, 375 y 376.

sunción de inocencia, cual es la de una presunción de culpabilidad. Sin esa actividad fiscalizadora previa, corresponderá al legislador regular en los distintos procedimientos la carga de la prueba, pero sin que esté obligado por ningún mandato constitucional ni convencional.

#### 6) *Derecho de defensa*

Sin perjuicio de que el artículo 8.2 no reconoce expresamente un genérico derecho de defensa, las garantías reconocidas en ese numeral desde las letras a y h), así como la del numeral 8.3, son, en realidad, distintas formas en que se manifiesta el derecho de defensa. Por esa razón he decidido agruparlas todas bajo la rúbrica derecho de defensa<sup>62</sup>.

El derecho de defensa asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y resistencias y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, pero sin que sea necesario que de facto tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes que, por razones de diversa índole, puede no producirse. Esto quiere decir que no se afecta este derecho en concreto, si se ofrece a los litigantes la posibilidad real de ser oídos, con independencia de que éstos hagan uso o no de esta posibilidad.

En orden a conseguir que la defensa procesal se pueda llevar a cabo, es de especial relevancia que los órganos jurisdiccionales permitan a las partes su defensa procesal mediante la correcta ejecución de los actos de comunicación establecidos por el legislador. La acusación debe ser notificada correctamente al presunto infractor, de modo tal que pueda tener conocimiento real de la misma.

El derecho de defensa comprende no solo la asistencia de un abogado elegido libremente por el justiciable o el abogado de oficio que según la ley nombre el tribunal o la autoridad competente; comprende también el derecho a defenderse personalmente.

Para que el derecho de defensa pueda llevarse a cabo con efectividad en sede penal, las personas tienen derecho a un intérprete o traductor. Para poder defenderse se requiere comprender a cabalidad los motivos por los cuales se lo acusa. Este derecho no solo es de los extranjeros que son imputados de delito en el territorio de un determinado Estado, sino también de aquellos nacionales que no hablan o entienden correctamente el idioma del país o región.

En relación a este punto, se habla de un principio que debe informar la acusación y defensa del imputado. El principio acusatorio. En materia penal debe existir una contienda entre dos posiciones contrapuestas, esto es acusador y acusado, que tiene que resolver un juez como tercero imparcial. Se exige una neta distinción entre las funciones de acusador, defensa y juzgador,

<sup>62</sup> El análisis esbozado acá se toma del libro de BORDALÍ, 2020, 265 a 271.

que deben recaer en órganos y sujetos diversos. Quien acusa debe ser un sujeto distinto al que juzga.

Y luego llegamos al principio de congruencia. La sentencia dictada en el juicio tiene que tener correlación con la acusación. Esta correlación tiene dos dimensiones básicas: subjetiva y objetiva. La acusación determina a quien con exclusividad se va a enjuiciar. Nadie puede ser condenado sin que previamente ha sido acusado ante el tribunal. Desde el punto de vista objetivo, el hecho punible debe ser mantenido inmutablemente desde que ha sido calificado y la sentencia judicial solo puede referirse a él, sin que se puedan agregar después de la calificación otros hechos.

En relación con el derecho de defensa debe mencionarse el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. No aparece reconocido expresamente en ningún texto internacional ni en nuestra Constitución. Pero hay que entender que una de las manifestaciones o posibilidades concretas de la defensa judicial consiste en la posibilidad de que se admitan o practiquen pruebas. El legislador tiene plena facultad para configurar el ejercicio de este derecho, pero de un modo tal que permita su ejercicio real y efectivo. En este poder configurador, el legislador puede autorizar al juez que impida que las partes soliciten pruebas impertinentes, esto es, que no tengan relación con el objeto litigioso del proceso o el *tema decidendi*. Lo mismo sucede en caso de pruebas ilícitas, es decir, obtenida con infracción de derechos fundamentales de algún sujeto. Por último, la prueba debe rendirse en los tiempos y oportunidades procesales que fije el legislador.

Este es un derecho que tiene aplicación en todos los ámbitos jurisdiccionales, no solo en el ámbito penal.

En relación a la prueba y solo con connotación penal, se asegura al acusado por delito el derecho de interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia de otros testigos o peritos.

Por su parte, el artículo 8.2. g) CADH reconoce el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Entre otros aspectos, comporta darle validez plena a la confesión que el sujeto presta voluntariamente, aunque sea contra sí mismo. En este mismo sentido el artículo 8.3 CADH establece que la confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

El derecho a no autoincriminarse consiste en un derecho a guardar silencio y a no ser obligado a colaborar con una investigación. Como refiere Escobar<sup>63</sup>, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este derecho no solo se limita a la confesión de actos ilícitos o declaraciones inculporatorias por parte de la persona imputada en un procedimiento penal, sino que también abarca

---

<sup>63</sup> ESCOBAR 2022, 301.

información sobre cuestiones de hecho que la autoridad podría utilizar posteriormente en un proceso penal en su contra.

Como sostiene Grevi<sup>64</sup>, en un modelo de proceso penal acusatorio, entre las finalidades legítimas que pueden cumplir las medidas coercitivas contra el imputado, no está aquella de obtener declaraciones de naturaleza confesoria. Se trata de un derecho fundamental, reconducible en los ordenamientos jurídicos anglosajones, a la garantía contra una *self-incrimination* y que en el lenguaje de Derecho continental, como el italiano, "se manifiesta de una manera tradicional a través de la fórmula *nemo tenetur se detegere*"<sup>65</sup>. En España, Esparza sostiene que "el *nemo se detegere* forma parte del artículo 24.2 CE y es predicable tanto del acusado (art.392 LECrim como de los testigos (Art.418 LECrim)"<sup>66</sup>.

Finalmente, también existe el derecho a un recurso ante un juez o tribunal superior. Este derecho comprende otro, además, referido a lo que se denomina prohibición de *reformatio in peius*. Esto significa que la situación del condenado recurrente, fijada en la sentencia recurrida, no puede verse agravada por la resolución del tribunal de apelación, casación, nulidad o del recurso que haya previsto el legislador ante un tribunal superior (art. 8.2. h) CADH.

Así esbozado un genérico derecho de defensa, ¿tiene éste aplicación en el procedimiento administrativo sancionador?

Para que la decisión de la Administración sea considerada legítima y para que se resguarden los derechos e intereses legítimos del presunto infractor durante el procedimiento administrativo, no se ve ninguna razón para que estas garantías no rijan en el procedimiento sancionador. Todas ellas, en principio, deben regir. Se podría discutir la vigencia del derecho a un intérprete o traductor, de un abogado de oficio, del derecho a no autoincriminarse, así como el derecho a recurrir ante juez o tribunal superior con el agregado de la prohibición de *reformatio in peius*. A continuación, analizaré estos aspectos.

Respecto al derecho a un intérprete o traductor, sin perjuicio de que la realidad muestra que no es habitual que se inicie un procedimiento administrativo sancionador contra un ciudadano extranjero o contra una persona perteneciente a un pueblo originario que no entiende el idioma oficial del Estado, lo cierto es que este derecho debería tener plena vigencia en el procedimiento administrativo sancionador. No se observa ninguna razón para impedir que, dado el caso, el presunto infractor necesite del auxilio de un intérprete o traductor para comprender adecuadamente la imputación de cargos que se le formula. En este caso ese imputado tendrá derecho a solicitar dicho intérprete o traductor, el que deberá ser remunerado con fondos de esa repartición o fondos del erario público.

<sup>64</sup> GREVI 2000, 203.

<sup>65</sup> GREVI 2000, 206.

<sup>66</sup> ESPARZA 1995, 190.

En relación al derecho a contar con un abogado de oficio o abogado defensor proporcionado por el Estado, si el acusado no se defiende personalmente ni nombra defensor en el procedimiento, tampoco se observa alguna razón para impedir que rija este derecho.

Más discutible se torna el derecho a no autoincriminarse, teniendo en consideración que parece razonable que la Administración, como portador y tutelador de intereses públicos, pueda exigir colaboración de quienes puedan poner en riesgo ese interés público o tienen conocimiento de hechos que se relacionan con ese interés público. En este sentido, un particular acusado de una infracción, podría ser obligado a aportar información y documentación en el procedimiento, aunque las mismas podrían incriminarlo.

Inclusive en el ámbito propiamente penal, se ha señalado que no se vulnera esta garantía en aquellos casos en que el ciudadano debe cumplir con ciertos deberes. Así, por ejemplo, en el derecho español se ha establecido por el Tribunal Constitucional que no hay afectación de esta garantía en aquellos casos en que se obliga al ciudadano a someterse a un test de alcoholemia, o a exhibir documentos contables que acrediten su situación económica o cuando se obliga al titular de un vehículo a identificar al conductor responsable de una ilicitud cometida con su vehículo<sup>67</sup>.

En el caso del ordenamiento constitucional chileno, la garantía de no autoincriminación aparece claramente restringida al campo criminal. De hecho, en concreto, aparece regulada en el artículo 19 N° 7 f) CPR que consagra el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. Se la regula, por tanto, como un derecho diverso a la garantía general del debido proceso (19 N° 3 CPR).

El Tribunal Constitucional recalca este aspecto, pero no cierra completamente a la posibilidad de su aplicación en sede administrativa sancionadora, en la medida en que la decisión de la autoridad pudiera afectar esa libertad personal o seguridad individual. Por otra parte, el Tribunal Constitucional restringe esta garantía solo a personas naturales y no a personas jurídicas<sup>68</sup>.

De acuerdo con su regulación constitucional y la interpretación razonable que de ella ha realizado el Tribunal Constitucional, la regla general será que la garantía de no autoincriminación no rija en materia de procedimiento administrativo sancionatorio. Solo en aquellos casos en que una decisión de la autoridad administrativa pueda incidir en la libertad personal y seguridad individual de una persona natural, podría tener vigencia esta garantía.

Finalmente, resta por analizar la situación del derecho al recurso ante juez o tribunal superior y la prohibición de *reformatio in peius*. Se trata de un derecho pensado claramente ante la primera instancia judicial. Se trata de la interdicción de una reforma peyorativa, es decir, se intenta evitar que

---

<sup>67</sup> PICÓ I JUNOY 1997, 154.

<sup>68</sup> Fiscalía Nacional Económica con Empresas Ariztía S.A. (2013).

la posición jurídica de la parte procesal que interpone un recurso resulte empeorada exclusivamente como consecuencia de su recurso, es decir, sin que medie impugnación directa o incidental de la contraparte y sin que el empeoramiento sea debido a poderes de actuación de oficio del órgano jurisdiccional. Esta figura, se ha dicho, no es sino una modalidad de incongruencia procesal<sup>69</sup>.

En sede administrativa, una vez que la Administración dicta una resolución final en el procedimiento administrativo, y si le es desfavorable al acusado, éste podrá utilizar los recursos administrativos que la ley disponga, si es que el legislador los ha contemplado. No hay ninguna obligación *ius fundamental* que obligue al legislador a ello. En todo caso, resulta razonable que, en ese recurso de carácter administrativo, si es reconocido por el legislador, rija la prohibición de *reformatio in peius*. El recurso ante autoridad superior no debe comportar un agravamiento de la sanción impuesta por el funcionario inferior<sup>70</sup>.

Señalado lo anterior, se debe mencionar que, por mandato constitucional, ese legislador debe regular los instrumentos y procedimientos jurisdiccionales para que el acusado sancionado, haciendo uso de su derecho a la tutela judicial (art. 19 N° 3 inciso 1° y 38 inciso 2° CPR), pueda reclamar de la sanción aplicada por la Administración ante un tribunal de justicia competente, independiente e imparcial.

Es decir, para el administrado que ha resultado sancionado, se abre todo el espectro jurisdiccional, con todas las garantías, para reclamar de la sanción que se le ha aplicado en sede administrativa.

#### 7) *Ne bis in idem*

El artículo 8.4 CADH, señala que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. Si bien estoy considerando este derecho fuera del derecho de defensa, existe doctrina que con buena base sitúa al *ne bis in idem* dentro del derecho de defensa<sup>71</sup>.

Este derecho tiene una larga data. Así, la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense pone en evidencia la importancia de la institución. Se trata de una prohibición para el Estado de someter a una persona dos veces al peligro de perder la vida o una parte de su cuerpo con motivo del mismo

<sup>69</sup> PICÓ I JUNOY (1997), 85.

<sup>70</sup> Existe una jurisprudencia consolidada de la Corte Suprema en el sentido que rige la prohibición de la *reformatio in peius* en sede de recursos administrativos, pero más que por razones *ius fundamentales*, por aplicación del artículo 41 de la Ley N° 19.880. Véanse, entre otras, las últimas sentencias de la Corte Suprema en este sentido: Vera con Servicio Nacional del Menor (2022); Dirección Educacional Municipal de Santiago con Superintendencia de Educación (2022); Escuela Particular Francisco Andrés Olea con Superintendencia de Educación (2021) y Sociedad Educacional Antimanque Limitada con Superintendencia de Educación (2019).

<sup>71</sup> ROMERO SEGUEL, 2020, 140; VERA 2021, 192.

delito (*double jeopardy*). De eso y nada menos es de lo que estamos hablando. Se trata de riesgos para la vida o integridad corporal.

En los orígenes de la institución que tratamos, el acusado estaba bajo el riesgo de perder su vida o sufrir una amputación o un daño corporal. Y quien puede causar potencialmente ese daño físico y sus consecuencias psíquicas es el Estado. De ahí la importancia de construir una garantía iusfundamental como el *non bis in idem* o *ne bis in idem*.

Para que el *ne bis in idem* surta todos sus efectos de una garantía procesal penal, se debe arrancar de algunos supuestos similares al de la triple identidad de la excepción de cosa juzgada que existe en materia civil. Identidad legal de personas; identidad de objeto e identidad en la causa o en el motivo de la persecución.

Respecto al primer elemento, ello sucede cuando respecto al acusado en el primer proceso, haya sido condenado, absuelto o sobreseído definitivamente<sup>72</sup>, se inicia una nueva persecución en su contra, tomando la posición de imputado. Y el ciudadano toma la calidad de imputado en el derecho chileno, desde la primera actuación procedimental dirigida en su contra, ya sea en fase de investigación, sujeto pasivo de una medida cautelar o en otra actuación, que se realice ante la policía, el Ministerio Público o un tribunal de justicia con competencia criminal. En cualquiera de esas instancias, el nuevamente imputado podrá alegar que en su contra existe una ilegítima doble persecución.

La identidad de objeto se refiere a los mismos hechos imputados, prescindiendo de la calificación jurídica de los mismos. Se debe tratar de los hechos esenciales que configuran el delito, no hechos circunstanciales o marginales.

Finalmente, debe existir la misma pretensión punitiva o mismo motivo de la persecución. Por ello, no puede invocarse la garantía en referencia por el imputado si luego de la condena penal, la víctima intenta una demanda civil de reparación.

Con lo dicho, ¿Rige esta garantía del debido proceso en materia de procedimiento administrativo sancionatorio?

En España, un gran estudioso de esta garantía, como lo es Alejandro Nieto, no llega a conclusiones muy tajantes al respecto, sobre todo si se intenta seguir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia. Señala Nieto que si pone como hipótesis que existe prohibición de doble enjuiciamiento y ella es aplicable al Derecho Administrativo sancionador, sin embargo, su operatividad no puede ser muy intensa, dado que "son enormes las dificultades técnicas de su manejo, comprobándose una vez más, lo arduo que supone trasladar una dogmática desde el Derecho Penal, en el que fue

<sup>72</sup> ROMERO SEGUEL, 2020, 130.

elaborada, al Derecho Administrativo Sancionador, cuyas circunstancias y condiciones tan diferentes son en este punto de las de aquél<sup>73</sup>.

Moreno<sup>74</sup> afirma categóricamente que, para el Tribunal Constitucional español, el *non bis in idem*, al menos en su vertiente procesal (doble procedimiento), no tiene aplicación al procedimiento administrativo sancionador. Por el contrario, Domenech<sup>75</sup> señala que el Tribunal Constitucional ha declarado que el principio del *ne bis in idem* enuncia una garantía procesal consistente en el derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador. Existiría una prohibición de ese doble enjuiciamiento.

Esta distinta posición de la doctrina española obliga, en realidad, a distinguir entre diversas hipótesis. En primer lugar, la duplicidad puede referirse a un procedimiento penal y uno administrativo sancionador. Si se asume que la sanción administrativa no tiene un sentido punitivo, sino solo una herramienta para cumplir fines públicos de los que la Administración es portadora, la verdad no se observa cómo podría existir una prohibición de un doble enjuiciamiento penal y administrativo. Podría haber, por lo tanto, un proceso penal con sentencia condenatoria, absolutoria o haberse dictado sobreseimiento definitivo y luego, un procedimiento administrativo sancionatorio, por los mismos hechos. Y viceversa<sup>76</sup>. No veo impedimento en ello atendido a que se trata de procedimientos con fines diversos<sup>77</sup>.

Obviamente la garantía tiene plena vigencia entre distintos procesos penales paralelos o sucesivos. Donde existen dudas sobre si aplica la garantía es en relación con dos o más procedimientos administrativos sancionatorios paralelos o sucesivos. Desde luego, acá no puede operar la *litis pendencia* ni la cosa juzgada, que son categorías propias del proceso judicial. Si no se puede hacer valer la *litis pendencia*, ni la cosa juzgada, ya que no estamos frente a actividad jurisdiccional, ni estamos frente a una manifestación del *ius puniendi* estatal, una primera conclusión sería que no se podría aplicar el *ne bis in idem* en estos supuestos. No existiría ninguna razón para ello. ¿Es tan categórica esta conclusión?

Rosa Fernanda Gómez se pone en situaciones en que por caducidad, archivo o decaimiento de un procedimiento administrativo sancionador, se inicia luego otro por los mismos hechos y personas. Si no rige el *ne bis in idem*, no habría impedimento para iniciar otro procedimiento simultáneo o posterior. Sin embargo, señala, ello "afectaría abiertamente el principio por cuanto importa trasladar la ineficiencia y lentitud de las actuaciones de la Administración al particular que ya estuvo inserto en un procedimiento san-

<sup>73</sup> NIETO 2018, 495.

<sup>74</sup> MORENO 2013, 52.

<sup>75</sup> DOMENECH 2007, 742.

<sup>76</sup> VERA 2021, 219.

<sup>77</sup> El igual sentido MAÑALICH, 2014, 561; ARANCIBIA y GARCÍA 2020, 255.

cionatorio”<sup>78</sup>. Agrega que se produciría “un innecesario derroche de recursos públicos, importaría una deficiente actuación del aparato estatal y un ejercicio desproporcionado de la potestad punitiva”<sup>79</sup>.

Estoy de acuerdo con su planteamiento. El particular no tiene por qué responder por la desidia o negligencia del aparato estatal. Sin perjuicio que no estoy considerando la sanción administrativa como una pena ni ejercicio del *ius puniendi* estatal, el procedimiento administrativo y desde luego la sanción comporta un gravamen para el ciudadano, quien debe destinar tiempo y recursos en su defensa en el procedimiento. De este modo, así como la persona no puede estar mucho tiempo sometida a ese procedimiento, operando en ese caso el derecho a una decisión dentro de un plazo razonable, tampoco puede estar sometida a múltiples procedimientos paralelos o sucesivos, imputables a la ineficiencia o negligencia de los funcionarios públicos a cargo de esos procedimientos sancionatorios.

Si bien la razón del *ne bis in idem* es evitar la posibilidad de que el Estado someta a una persona dos veces al peligro de una pena, por regla general privativa de libertad, en el caso del Derecho Administrativo Sancionador la razón es otra. Habrá de entenderse simplemente como la carga o gravamen de estar sometido al poder del Estado, lo que para el ciudadano comporta una distracción de su tiempo y recursos económicos.

El *ne bis in idem* por tanto, a mi juicio, solo opera entre diversos procedimientos sancionatorios simultáneos o sucesivos, no entre éstos y procesos penales. Esos procedimientos sancionatorios deben referirse a los mismos hechos y la misma persona, independientemente si las autoridades administrativas son distintas.

#### 8) *Derecho a un juicio público*

En la Convención Americana de Derechos Humanos la publicidad, y luego se podría deducir la oralidad, solo es exigida para los procesos penales. El artículo 8.5 garantiza que el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. Para los juicios civiles no existe tal prescripción normativa.

Exigiéndose publicidad del procedimiento, se exige, consecuentemente y no para todas las etapas, sino solo para las alegaciones de las partes y la rendición de las pruebas ante el tribunal, la forma oral del procedimiento.

El derecho a un juicio público busca proteger a las partes de una justicia sustraída del control público. Asimismo, busca mantener la confianza de la comunidad en los tribunales de justicia. Todo ello busca consolidar la vigencia del Estado de Derecho.

<sup>78</sup> GÓMEZ 2017, 124.

<sup>79</sup> GÓMEZ 2017, 124.

El derecho a un juicio público admite límites, los que debe establecer el legislador. Como toda ley que desarrolla o, en este caso, limita derechos fundamentales, deberá ser respetuosa del contenido esencial del derecho.

La publicidad suele dividirse en directa e indirecta. Directa significa que existe un público presente en la audiencia de juicio que observa y escucha la actuación de las partes, terceros relativos y del juez. Indirecta se refiere a que de lo sucedido en la audiencia de juicio se puede dar noticia a través de los medios de comunicación escritos, televisión, radio u otros. Publicidad, por tanto, solo dice relación con terceros absolutos ajenos al proceso, puesto que la publicidad respecto a las partes queda mejor comprendida con diversas manifestaciones del derecho de defensa. Es decir, las partes deben ser comunicadas de todo acto en el proceso para ejercer su derecho de defensa. Y finalmente la decisión del tribunal deberá contar por escrito en un acto fáctica y jurídicamente motivado. Todo ello escapa del principio de publicidad y queda mejor dentro del derecho de defensa de las partes.

Con lo dicho, ¿debe regir en el procedimiento administrativo sancionador publicidad directa e indirecta? Desde un punto de vista material no existe impedimento en que rija plenamente la publicidad. Sin embargo, no se ve en ningún sentido necesario. A juicio de Moreno<sup>80</sup>, ésta es la posición del Tribunal Constitucional español.

Convengamos en que la publicidad de los juicios penales ha sido históricamente exigida como un instrumento de control de la actividad de los jueces, para evitar que arbitrariamente apliquen penas injustas a los acusados. Y cuando de penas hablamos en una mirada histórica, nos referimos a la pena de muerte, mutilación, prisión, entre otras. La ciudadanía presente en la sala servía para moderar la actuación de los jueces e intentar, en época más moderna, que se ajustaran a lo que mandataba la ley.

De acuerdo con ello, la publicidad no necesita ser exigida en sede administrativa sancionatoria. En primer lugar, conceptualmente no estamos frente a un proceso donde se impondrán penas. Ya he señalado que la sanción solo es un instrumento que intenta forzar el cumplimiento de las decisiones administrativas que buscan fines de interés público. Por otro lado, esas sanciones, sean o no consideradas penas, se limitan por regla general a una multa o cese de una actividad. En ningún caso estamos hablando de penas corporales o privativas de libertad. En este sentido, es innecesario y desproporcionado exigir publicidad del procedimiento administrativo sancionador.

## Conclusiones

1) El debido proceso es un derecho fundamental y principio constitucional reconocido en el sistema constitucional chileno.

---

<sup>80</sup> MORENO 2013, 52.

2) El debido proceso no solo rige en los procesos judiciales, sino también en los procedimientos ante la Administración del Estado, con especial referencia del procedimiento administrativo sancionador.

3) El Derecho Administrativo Sancionador no es una manifestación del *ius puniendi* estatal, sino que es un tipo de herramienta reconocida por la ley de *enforcement* o *compliance*, para lograr compulsivamente los fines públicos de los que la Administración del Estado es portadora.

4) Asumiendo a la sanción administrativa en una faceta de *enforcement* o *compliance* y no de una manifestación del *ius puniendi* estatal, no es exigible aplicar al procedimiento administrativo sancionador las garantías constitucionales penales. Sin embargo, como toda actividad estatal, estará sometida a los principios de juridicidad, proporcionalidad, entre otros.

5) Pese a que con el procedimiento administrativo sancionador no se está ante una faceta del *ius puniendi* estatal, dicho procedimiento, por mandato constitucional, debe respetar las garantías de un debido proceso. Se hablará entonces de un debido procedimiento sancionador o de un debido proceso sustantivo.

6) De conformidad con la Constitución chilena y la Convención Americana de Derechos Humanos, forman parte del derecho y principio constitucional del debido proceso, al menos los siguientes derechos: 1) derecho a ser oído; 2) derecho a una decisión dentro de un plazo razonable; 3) derecho a un tribunal independiente e imparcial; 4) derecho a un juez natural; 5) derecho a la presunción de inocencia; 6) derecho de defensa que incluye varios otros derechos; 7) *Ne bis in idem* y 8) publicidad.

7) En el debido procedimiento administrativo no rigen algunos derechos que forman parte del debido proceso, o rigen parcialmente o con un significado muy diverso del que tienen en un proceso civil o penal. Entre esos derechos que no rigen se debe destacar: a) el derecho a un tribunal independiente e imparcial; b) el derecho a la presunción de inocencia; c) dentro del derecho de defensa, no rigen; i) el derecho a no autoincriminarse y ii) el derecho a un recurso ante un juez o tribunal superior; d) el *ne bis in idem*, al menos entre procedimiento administrativo y proceso penal y d) la publicidad expresada como derecho a un juicio oral y público.

## Bibliografía citada

- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2014). Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública* 195 (septiembre-diciembre), 135-167.
- ALDUNATE RAMOS, Francisco (2019). Sumarios y responsabilidad administrativa. Libromar.
- ARANCIBIA MADRIAGA, Tamara (2015). Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas. *Cuadernos del Tribunal Constitucional* (58).
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime y GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo (2020). La aplicación ilícita de tipos penales por autoridades administrativas: el caso de la Comisión para el Mercado Financiero. *Ius et Praxis*, 3 (26), 234-266.

- BARRIENTOS CASTRO, Elías (2019). La culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Der Ediciones.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1998). Elementos para definir las sanciones administrativas. *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 323-334.
- BOETTIGER PHILIPPS, Camila (2009). El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Actualidad Jurídica* (20), julio, Tomo II, 577-596.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2020). Derecho jurisdiccional. Tirant lo Blanch.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y HUNTER AMPUERO, Iván (2017). Contencioso administrativo ambiental. Librotecnia.
- BOUTAUD SCHEUERMANN, Emilio (2018). El debido proceso sustantivo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ediciones Jurídicas Santiago.
- CANO CAMPOS, Tomás (2002). La analogía en el Derecho Administrativo sancionador. *Revista Española de Derecho Administrativo* 113 (enero-marzo), 51-88.
- CANO CAMPOS, Tomás (2010). El nuevo procedimiento de imposición de las sanciones de tráfico. *Revista Española de Derecho Administrativo* 147 (julio-septiembre), 537-578.
- CEA EGAÑA, José Luis (1988). Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales. Editorial Jurídica de Chile.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el Derecho chileno. *Revista de Derecho (Valparaíso)* XLII (primer semestre), 399-439.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2012). Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, XXXIX (2º semestre), 337-361.
- CORDERO VEGA, Luis (2020). El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno. *Ius et Praxis* 26 (1), 240-265.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel (2007). ¿Es compatible con el principio *ne bis in idem* reabrir un procedimiento sancionador caducado? *Revista Española de Derecho Administrativo* 136 (octubre-diciembre), 727-755.
- ESCOBAR VEAS, Javier (2022). Derecho a no autoincriminarse y procedimiento administrativos sancionatorios: comentario a la sentencia C-481-19 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y sus repercusiones. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (35), enero-junio, 291-305.
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki (1995). El principio del proceso debido. Bosch.
- FERRAZ BÓRQUEZ, Juan Carlos (2006). Tutela y configuración del derecho fundamental a un juez predeterminado por ley y potestades administrativas. En A. Bordalí Salamanca [coord.], *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (129-153). Lexis Nexis,
- GARCÍA MACHMAR, William (2021). Introducción al procedimiento administrativo sancionador. Editorial Hammurabi.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda (2017). El *non bis in idem* en el Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Derecho (Valparaíso)* XLIX (2º semestre), 101-138.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda (2019). Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración del Estado. *Revista Derecho del Estado*, N° 44, septiembre-diciembre, 361-384.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda (2021). Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control. Tirant lo Blanch.
- GREVI, Vittorio (2000). Alla ricerca di un processo penale "giusto". Itinerari e prospettive. Giuffré.
- HORVITZ LENNON, María Inés y López Masle, Julián (2010). Derecho procesal penal chileno, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.
- HUERGO LORA, Alejandro (2018). Problemas actuales del Derecho Administrativo sancionador. Iustel.
- LETELIER WARTEMBERG, Raúl (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Política Criminal*, Vol 12 (24), 622-689.
- LOO GUTIÉRREZ, Martín (2021). El principio de legalidad, la reserva de ley y la potestad reglamentaria en la configuración del derecho administrativo en Chile, en El derecho admi-

- nistrativo sancionador. Estudio comparativo entre Chile y Argentina. En F. HUEPE ARTIGAS [Coord.], *Actas de las VII Jornadas chileno - argentinas de Derecho Administrativo*. Der ediciones.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2014). El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Política Criminal*, Vol 9 (18), 543-563.
- MORALES ESPINOZA, Baltazar (2021). Las garantías procesales en el Derecho Administrativo Sancionador en Chile, en El derecho administrativo sancionador. Estudio comparativo entre Chile y Argentina. En F. HUEPE ARTIGAS [Coord.], *Actas de las VII Jornadas chileno – argentinas de Derecho Administrativo*. Der ediciones.
- MORENO TRAPIELLA, Prudencio (2013). La aplicación del artículo 6 CEDH en el procedimiento administrativo sancionador. *Revista Española de Derecho Administrativo* 157 (enero-mayo), 49-84.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2004). Debido proceso y ejercicio de facultades por parte de la Superintendencia de Servicios Sanitarios. *Revista de Derecho Público*, 66, 97-119.
- NIETO, Alejandro (2018). Derecho Administrativo sancionador. Quinta edición. Tecnos.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1991). Crisis y renovación en el Derecho Público. Centro de Estudios Constitucionales.
- PICÓ I JUNOY, Joan (1997). Las garantías constitucionales del proceso. Bosch.
- POBLETE ITURRATE, Orlando (2007). Algunas consideraciones sobre la cosa juzgada en materia de libre competencia en A. ROMERO SEGUEL [Coord.], *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*. Lexis Nexis, Instituto Chileno de Derecho Procesal, Universidad de Los Andes.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (1987). Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 11, 117-163.
- ROMÁN CORDERO, Cristián (2020). Derecho administrativo sancionador en Chile: ubicación y límites. *Derecho y Sociedad* N° 54 (I), 155-170.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2020). El principio del *ne bis in idem* y la cosa juzgada penal como elementos constitutivos del derecho de defensa del imputado. *Revista Jurídica Digital UANDES*, Vol. 4 (2), 122-142. Doi: 10.24822/rjduandes\_0402.6
- SOTO DELGADO, Pablo (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius et Praxis*, año 22 (2), 189-226.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2005). La potestad sancionadora de la Administración ¿se adecua a la Constitución?. Conferencias Santo Tomás de Aquino, *Sanciones administrativas y derechos fundamentales*, Universidad Santo Tomás, 22-49.
- SUAY RINCÓN, José (1989). Sanciones administrativas. Publicaciones del Real Colegio de España.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018). Manual de Derecho Administrativo. Tirant lo Blanch.
- VAN WEEZEL, Alex (2014). Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo. *Política Criminal* Vol 12 (24), 997-1043.
- VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián (2021). *Ne bis in idem* procesal. Identidad de Hechos. Tirant lo Blanch.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2004). Esquema de los principios del Derecho Administrativo sancionador. *Revista de Derecho (Coquimbo)* 11 (2), 137-147.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006). Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile.

## Jurisprudencia citada

- Anzualdo Castro vs Perú*. Caso N° 202. Series C. Juicio (22 de septiembre de 2009).
- Camba Campos y otros vs Ecuador*. Caso N° 268. Series C. Juicio (28 de agosto de 2013).
- Dirección Educacional Municipal de Santiago con Superintendencia de Educación* (2022): Corte Suprema, 4 de abril de 2022 (Rol N° 88.982-2021). [Recurso de Protección].

- Escuela Particular Francisco Andrés Olea con Superintendencia de Educación* (2021): Corte Suprema, 10 de mayo de 2021 (Rol N° 5.319-2021). [Recurso de Protección].
- Fiscalía Nacional Económica con Empresas Ariztía S.A.* (2013). Tribunal Constitucional, 20 de agosto de 2013 (Rol N° 2381-12). [Recurso de Inaplicabilidad].
- Francisco Petour Goycolea con AFP Hábitat* (2007): Tribunal Constitucional, 24 de abril de 2007 (Rol N° 576-2006). [Recurso de Inaplicabilidad].
- Hernán Lacalle Soza y otros con Dirección General de Aguas* (2007): Tribunal Constitucional, 2 de enero de 2006 (Rol N° 513-2006). [Recurso de Inaplicabilidad].
- Iberoamericana de Energía S.A con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2006): Tribunal Constitucional, 27 de julio de 2006 (Rol N° 480-2006). [Recurso de Inaplicabilidad].
- Jaime Rosso Bacovic con Ministerio de Justicia* (2010): Tribunal Constitucional, 16 de noviembre de 2010 (Rol N° 1413-2009). [Recurso de Inaplicabilidad].
- Ley de Caza* (1996). Tribunal Constitucional, 26 de agosto de 1996 (Rol N° 244-1996): [Control obligatorio de constitucionalidad].
- Pauline Jeanneret Elsmer con American Airlines* (2011): Tribunal Constitucional, 20 de enero de 2011 (Rol N° 1307-2009). [Recurso de Inaplicabilidad].
- Quispialaya Vilcapoma vs Perú*. N° 308. Series C. Juicio. (23 de noviembre de 2015).
- Radilla Pacheco vs México*. N° 209. Series C. Juicio (23 de noviembre de 2009).
- Sociedad Educacional Antimanque Limitada con Superintendencia de Educación* (2019): Corte Suprema, 20 de diciembre de 2019 (Rol N° 13.325-2019). [Recurso de Protección].
- Solicitud de Desafuero del Senador Guido Girardi Lavín* (2006): Tribunal Constitucional, 8 de agosto de 2006 (Rol N° 478-2006). [Recurso de Inaplicabilidad].
- Solicitud de desafuero de la Fiscal del Ministerio Público doña Teresa Gaete Valenzuela* (2007): Tribunal Constitucional, 14 de septiembre de 2007 (Rol N° 699-2006). [Recurso de Inaplicabilidad].
- Suárez Rosero vs Ecuador*. N° 44. Series C. Juicio (12 de noviembre de 1997).
- Tesorería General de la República con Eventos y Estudios First Team* (2017): Tribunal Constitucional, 25 de mayo de 2017 (Rol N° 3107 -2016). [Recurso de Inaplicabilidad].
- Vera con Servicio Nacional del Menor* (2022): Corte Suprema, 8 de noviembre de 2022 (Rol N° 12.758-2022). [Recurso de Protección].

# Criterios y estándares para el control judicial de las sanciones administrativas

## Criteria and standards for judicial control of administrative sanctions

Eduardo Cordero Quinzacara\*  
Rosa Fernanda Gómez González\*\*

El trabajo tiene por objeto establecer el sistema de control judicial de las sanciones administrativas en Chile, en el marco del sistema general de control de los actos formales de la Administración. En tal sentido, a partir de la revisión de jurisprudencia de diverso orden, se afirma que se trata de un control de derecho estricto que se extiende tanto a los vicios de legalidad como de constitucionalidad, abar-

The purpose of the work is to establish the system of judicial control of system of administrative sanctions in Chile, within the framework of the general system of control of the formal acts of the Administration. In this sense, starting from the review of jurisprudence of different order, it is affirmed that it is a control of strict law that extends both to the vices of legality and constitutionality, covering

RESUMEN / ABSTRACT

\* Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III, España. Magíster en Derecho de Minería, Universidad de Atacama, Chile. Magíster en Política Territorial y Urbanística, Universidad Carlos III, España. Correo electrónico: eduardo.cordero@pucv.cl. Dirección postal: Avenida Brasil N° 2950, Valparaíso, Chile.

\*\* Profesora de Derecho administrativo Universidad de los Andes, Chile. Abogado, Universidad de Talca, Chile. Magister en Derecho, con mención en Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile. Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: rgomez@uandes.cl. Dirección postal: Mons. Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago, Chile.

Esta investigación cuenta con el apoyo Proyecto FONDECYT Regular N° 359974 "Criterios y estándares para el control de la potestad sancionadora de la Administración: análisis de los mecanismos de revisión judicial y administrativa", y N° 1231938 sobre "Principales problemas jurídicos de la transformación digital del Estado y su análisis desde la perspectiva del Derecho Administrativo". Asimismo, cuenta con el apoyo del proyecto de investigación "Derecho Administrativo Sancionador 2.0" (2018-RTI-096688-B-100), Proyecto I+D+i 'Retos Investigación' 2018, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España y del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

Artículo recibido el 20 de abril de 2023 y aceptado el 25 de junio de 2023.

cando los ámbitos de discrecionalidad que el legislador entrega a los órganos administrativos al momento de ejercer la potestad sancionadora (no se trata de potestades plenamente regladas), aun cuando por regla general no es posible sustituir la decisión administrativa.

the areas of discretion that the legislator hands over to the administrative bodies at the time of exercising the sanctioning power (not these are fully regulated powers), even when, as a general rule, it is not possible to substitute the administrative decision.

**Palabras clave:** potestad administrativa sancionadora, revisión judicial, sectores regulados, control pleno, intensidad, sustitución, anulación, deferencia.

**Keywords:** sanctioning administrative power, judicial review, regulated sectors, full control, intensity, substitution, annulment, deference.

## I. Introducción

El sometimiento de la Administración a la legalidad constituye uno de los pilares básicos sobre los cuales se construye el Derecho público en general y el Derecho administrativo en particular. Así, toda manifestación del poder público debe estar jurificadada, esto es, respaldada por el derecho a través de la ley<sup>1</sup>. A su vez, la vigencia efectiva de este principio demanda la existencia de mecanismos idóneos que permitan su vigencia efectiva. Esto nos traslada al tema del control de la Administración y las formas que admite con la finalidad de que efectivamente se garantice la legalidad de sus actuaciones.

En el caso de las sanciones administrativas el análisis de la cuestión da lugar a una doble perspectiva. En primer término, es necesario determinar *qué se controla*, lo que se traduce en los vicios que puede adolecer el acto administrativo sancionador y que pueden tener como consecuencia su nulidad. En segundo lugar, cabe analizar *quién y cómo se controla*, lo que busca precisar los órganos que están llamados a ejercer este control y el procedimiento a través del cual se llevará a cabo.

Respecto a la primera cuestión, nos haremos cargo de los posibles vicios que pueden afectar la validez de las sanciones administrativas y cómo esta cuestión ha sido resuelta por nuestra jurisprudencia. En relación con la segunda, nos corresponde analizar los órganos que están llamados a ejercer este control y el efecto de sus actuaciones, haciendo un particular estudio del control jurisdiccional.

En síntesis, la tesis central de esta investigación plantea que el control de las sanciones administrativas, desde un marco conceptual, puede ser ana-

<sup>1</sup> Este principio básico del Estado de Derecho se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento constitucional, que parte de la posición que tiene el ser humano y la función que le corresponde cumplir al Estado (artículo 1°), para luego sostener el sometimiento pleno de todos los poderes públicos a la Constitución y a las normas dictadas conforme ella, el carácter normativo y obligatorio de los preceptos constitucionales (artículo 6°), los condicionamientos para la validez en el actuar de los órganos públicos, la necesaria habilitación constitucional y legal previa, para cerrar con la sanción de nulidad frente a su incumplimiento (artículo 7°).

lizado a partir de cada uno de los elementos clásicos del acto administrativo para determinar sus eventuales vicios (legalidad en la forma, contenido y el procedimiento). Por tal razón, la posición de la autoridad judicial no difiere en lo sustantivo respecto del control que se puede ejercer en relación con otros actos formales, pues se trata de un mecanismo de derecho estricto, que comprende las tradicionales técnicas del control de la discrecionalidad, reconociendo que el legislador cada vez más abre dichos espacios a la Administración en el ejercicio de poderes sancionadores, considerando el fin y las tareas que el ordenamiento le ha encomendado.

En dicho supuesto, también cabe preguntarse hasta qué punto la autoridad judicial puede ejercer su tarea, sin sustituir la función propia de los órganos administrativos. En este caso, sostenemos que la regla general es que los poderes de control sólo comprenden la anulación del acto, debiendo la autoridad administrativa emitir un nuevo pronunciamiento, salvo en determinados supuestos como cuando existe un criterio objetivo establecido por la ley (potestad reglada) o existe un precedente consolidado permita dar lugar a la sustitución de la medida.

Para efectuar dicho análisis se revisan los elementos que se controlan al momento de practicar el control de las sanciones administrativas (II), enseguida se determina la autoridad y las características de dicho control (III), para finalizar con un conjunto de conclusiones (IV).

## II. ¿Qué se controla? El problema de la ilegalidad de las sanciones administrativas y los vicios que afectan su validez

### 1. Aspectos generales

Las sanciones administrativas encuentran su fundamento de validez en el bloque de legalidad, esto es, en la Constitución, leyes y reglamentos. Por tal razón, se deben someter a ellas para sostener su validez y vigencia. A su vez, bien puede ocurrir que un acto administrativo que contiene una sanción se dicte violentando dichas disposiciones, lo que plantea el problema de la invalidez del acto y de sus efectos.

En términos generales, toda ilegalidad de un acto administrativo, entendida en un sentido amplio como vulneración al bloque de legalidad, conlleva su invalidez y eventual declaración de nulidad. Por ello, el problema de la validez de las sanciones administrativas se debe enmarcar dentro de un tema más general, que es la validez de los actos administrativos.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha proyectado las causales de nulidad de los actos administrativos a las sanciones administrativas, señalando que la resolución sancionatoria reclamada es un acto administrativo y, como tal, la ilegalidad "que puede acarrear su anulación puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano,

defecto de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos, y violación de la ley de fondo aplicable”<sup>2</sup>.

En nuestro análisis daremos cuenta de las causales de nulidad que, como acto administrativo, pueden afectar a las sanciones, distinguiendo entre: los elementos subjetivos, como la investidura y la competencia de la autoridad (2); los elementos objetivos, como los motivos, el objeto y el fin (3); y los elementos formales, especialmente el procedimiento<sup>3</sup>. Respecto de cada elemento, se analizarán los problemas específicos que presentan al momento de efectuar el control judicial de las sanciones administrativas.

## 2. Elementos subjetivos

Los elementos subjetivos atienden a la autoridad que emite el acto sancionador y su análisis se centra en dos elementos básicos: la investidura de la autoridad y su competencia.

En cuanto al primero, cabe precisar que nuestro ordenamiento no resuelve los problemas a que puede dar lugar en caso de nulidad del acto por vicio de investidura, ya que se amparan en el reconocimiento de la figura del funcionario de hecho y la confianza legítima<sup>4</sup>.

Por el contrario, los problemas *incompetencia* han sido más habituales. A pesar de que el concepto de competencia aparenta ser de fácil comprensión, en la práctica dicha claridad se difumina. En efecto, en muchas ocasiones este concepto se utiliza *en sentido amplio*, como comprensivo de toda habilitación o facultad para poder actuar o ejercer una atribución, asimilándose al principio de legalidad (inc. 2° del artículo 7° de la Constitución). En tales supuestos, se podría sostener que no es competente para actuar aquella autoridad que no está investida en su cargo, que no está habilitada por la ley, que actúa fuera de los supuestos de hecho previstos en la norma, que ejerce sus facultades para una finalidad diversa de la establecida en el ordenamiento, etc.

En *sentido estricto*, la competencia dice relación con la forma como la ley asigna y/o distribuye determinadas atribuciones entre órganos de la Administración del Estado, con el objeto de que en su ejercicio no se produzcan solapamientos y sea posible una mejor gestión y ejercicio. Así, la competencia se refiere a los ámbitos que fija el legislador para el ejercicio de una

<sup>2</sup> SCS Rol N° 5.120-2016, 2016, c. 7°.

<sup>3</sup> El tema de los elementos del acto administrativo se puede ver en: BERMÚDEZ 2011, 116 y ss.; CORDERO Q. 2014, 189-207; BOCKSANG 2013, 299-314; CORDERO V. 2015, 260 y ss. GORDILLO 2013, 295 y ss.; VALDIVIA 2018, 216 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2020, 595 y ss.; PAREJO ALFONSO 2013, 446 y ss., entre otros.

Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que “[...] en el control de legalidad que de esos actos administrativos haga el juez, fundamental para el estado de derecho, corresponde examinar los distintos elementos que integran ese control de legalidad, a saber: Procedimiento o forma, competencia, motivo, objeto y fin del acto” (SCS Rol N° 4308-2021, 2021, c. 4, reemplazo).

<sup>4</sup> Artículo 63 Ley N° 18.575, de 1986 y 16 de la Ley N° 18.834, de 1989. Sobre la aplicación del principio de confianza legítima en Chile véase a BERMÚDEZ 2005 y LETELIER 2014.

potestad, para lo cual utiliza criterios materiales, territoriales, temporales y grado o jerarquía.

En materia de sanciones, el ámbito material se traduce en que la autoridad pueda ejercer sus atribuciones en relación con los contenidos específicos de actuación sancionadora atribuida. Así, si bien diversos órganos tienen potestad sancionadora (v. gr. Direcciones, Servicios, Superintendencias, etc.), ellos sólo la pueden ejercer respecto de las materias que determina el legislador. De esta forma, bien puede un fiscalizador de un servicio constatar la infracción en materias ajenas a su competencia, esto no lo habilita para iniciar un procedimiento sancionatorio, sin perjuicio de que pueda denunciar los hechos a la autoridad competente<sup>5</sup> o remitir los antecedentes en virtud del principio de coordinación.

La competencia material en el ámbito sancionador ha planteado interesantes discusiones en relación con la aplicación del principio *non bis in ídem*<sup>6</sup>.

En primer lugar, el problema se presenta en los casos de infracciones que son de competencia de dos o más autoridades administrativas. Ante la falta de regulación, la tendencia jurisprudencial ha sido aplicar la acumulación de sanciones en la medida que cada una de ellas tengan un fundamento distinto, por lo que todas las autoridades serán competentes en su respectivo ámbito para conocer y, en su caso, sancionar estas conductas<sup>7</sup>.

En segundo lugar, en los casos de concurrencia de sujeto, hecho y fundamento jurídico, nos vamos a encontrar desde la perspectiva procedimental con dos o más órganos administrativos con competencias que se superponen<sup>8</sup>. La forma más apropiada de enfrentar estos casos es la coordinación

<sup>5</sup> Así la Ley N° 19.880 considera el inicio de procedimiento a requerimiento de otro servicio (artículo 29). Así, por ejemplo, en materia de aguas (artículo 172 bis inciso 2° del Código de Aguas).

<sup>6</sup> GÓMEZ 2017, 115.

<sup>7</sup> En este sentido, la Corte Suprema sostuvo que “[...] la identidad requerida respecto de los elementos que integran el principio “non bis in ídem” no se cumple en la especie, pues el fundamento de las sanciones aplicadas al actor, y de las que se ha hecho mención más arriba, resulta ser diverso, respondiendo a la protección de bienes jurídicos diferentes, circunstancia que legitima por sí la actuación del ente administrativo reclamado y que ha sido objeto de reproche en estos autos” (SCS Rol N° 1.823-2015, 2015).

Por su parte, en la SCS Rol N° 1.825-2015 (2015, c. 7°), la Corte Suprema consideró que la actuación de la Dirección del Trabajo fue en el marco de sus facultades de fiscalización para velar por el cumplimiento de la normativa laboral, que incluye la protección de las remuneraciones de los trabajadores, en tanto que la decisión de la Superintendencia de Educación tiene por basamento el resguardo del interés fiscal.

<sup>8</sup> En la SCS Rol N° 5.493-2013 (2013), la Corte Suprema sostuvo que no corresponde imponer tres sanciones administrativas cuando solo existe una conducta típica ya que se estaría vulnerando el principio non bis in ídem al pretender la autoridad sancionar por los mismos hechos de forma reiterada a la actora. El solo hecho de verse vulneradas distintas normas no autoriza a la autoridad a imponer distintas infracciones, pues estas disposiciones no consagran tipos administrativos distintos, sino que en su conjunto regulan las características y condiciones que debe cumplir la información que es incorporada en los folletos promocionales de medicamentos que se venden con receta médica. En el mismo sentido, SCS Rol N° 196-2009 (2009), sobre una doble sanción por los mismos hechos.

entre los órganos que tienen competencias concurrentes<sup>9</sup>, como sucede en materia ambiental<sup>10</sup>. Asimismo, se pueden establecer reglas de abstención<sup>11</sup>, en donde la preferencia la tendrá el procedimiento que haya terminado en primer término con una resolución sancionadora, inhibiendo a los otros servicios<sup>12</sup>. Por su parte, el problema de la concurrencia, según lo ha sostenido la Corte Suprema, se puede solucionar mediante las figuras concursales<sup>13</sup>.

En relación con el ámbito territorial, se determina de acuerdo con la delimitación que el propio legislador ha establecido: competencia nacional, regional, provincial o comunal. En general, las entidades que tienen potestad sancionadora se le asignan competencias a nivel nacional (v. gr. CMF), pero también se desconcentran a nivel territorial (v. gr. SEC con sus direcciones regionales y las SEREMIS de Salud).

El ámbito temporal aparece asociado a aquellas facultades que se pueden ejercer dentro de cierto tiempo o plazo. Así sucede, por ejemplo, con el artículo 17 bis de la Ley N° 18.410, que establece que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles “[...] no podrá aplicar sanciones luego de transcurridos tres años desde la fecha en que hubiere terminado de cometerse la infracción o de ocurrir la omisión sancionada”<sup>14</sup>.

Por último, la *jerarquía* o *grado* también constituye un elemento que determina la competencia. En algunos casos es la ley y, en otros, son las normas administrativas las que determinan la autoridad que puede ejercer una potestad dentro de la estructura jerárquica de un servicio. La regla general es que la autoridad superior puede revisar los pronunciamientos de la autoridad inferior, de oficio (avocación) o a petición de interesado (recursos administrativos). Sin embargo, esto tiene limitaciones. En primer término, no siempre procede el recurso jerárquico, pues se rompe la jerarquía en los casos de órganos dependientes a los cuales se atribuye competencias exclusivas (artículo 34 de la Ley N° 18.575). Por otra parte, lo que resuelva la autoridad inferior puede limitar la competencia de la autoridad superior, puesto que su

<sup>9</sup> Al efecto, en la sentencia SCS Rol N° 12.457-2021 (2022) se sostuvo que en Derecho Administrativo Sancionador es aplicable el principio *non bis in idem*, si existe identidad de sujeto, hecho, fundamento y la concurrencia de dos procedimientos administrativos, para tal efecto se invoca principio de coordinación.

<sup>10</sup> V. gr. artículo 59 inciso 1° de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente.

<sup>11</sup> Artículo 191 inciso 3° Código del Trabajo.

<sup>12</sup> Este es el criterio aplicado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta en la sentencia Rol N° 86-2012, respecto de las competencias de la Dirección de Territorio Marítimo y la Seremi de Salud por un accidente laboral; y la Corte de Apelaciones de Antofagasta en la sentencia Rol N° 490-2013, en relación CON la sanción impuesta por la Inspección Provincial del Trabajo de Antofagasta y la Seremi de Salud.

<sup>13</sup> SCS Rol N° 88.935-2016 y CORDERO 2020, 51.

<sup>14</sup> Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido que el plazo de 3 años para que la SEC pueda aplicar sanciones es uno de prescripción y no de caducidad, de modo que formulados los cargos en el procedimiento sancionador dicho plazo se interrumpe, en SCS Rol N° 159-2022 (2022).

pronunciamento no puede agravar la situación del reclamante, siendo improcedente la reforma para peor (*reformatio in peius*)<sup>15</sup>.

### 3. Elementos objetivos

Los elementos objetivos atienden al acto en sí mismo, en este caso a la legalidad de la sanción. En concreto, nos encontramos con las siguientes causales: ausencia e ilegalidad en los motivos, ilegalidad relativa al objeto y desviación de poder.

La posibilidad de aplicar estas causales debe vincularse con otro factor que es determinante en el control de legalidad, como es la *discrecionalidad* de la que dispone la autoridad administrativa para emitir sus pronunciamientos. La discrecionalidad es una decisión deliberada por parte del legislador como un instrumento entregado a la Administración para plasmar –dentro de los márgenes que la propia ley establece– una determinada política pública. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que no es posible encontrar potestades totalmente discrecionales<sup>16</sup>, puesto que siempre es posible constatar la concurrencia de elementos reglados que son insoslayables (existencia de la potestad, competencia, control de los hechos determinantes, fin)<sup>17</sup>.

Por su parte, si bien tradicionalmente se ha sostenido que la potestad sancionadora es reglada, lo cierto es que se le atribuyen diversos niveles de discrecionalidad a los órganos administrativos, tanto en el inicio del procedimiento como al momento de aplicar una sanción e, inclusive, en la etapa de ejecución<sup>18</sup>.

En otros términos, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia judicial, si bien la potestad para sancionar el incumplimiento de la normativa de que se trate tiene el carácter de reglada, presenta igualmente varios espacios de discrecionalidad, los cuales son indispensables para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado desde que constituye una herramienta eficaz para conseguir que el administrado cumpla el ordenamiento jurídico público<sup>19</sup>.

A continuación, se analizan las causales que constituyen un vicio en los elementos objetivos del acto administrativo sancionador:

#### a) Ausencia o ilegalidad de los motivos

Tradicionalmente los motivos o fundamentos son mencionados como elementos del acto administrativo haciendo un símil con la causa, propia del

<sup>15</sup> Vid. SCS Rol N° 88.982-2021 (2022); SCS Rol N° 38.418-2021 (2021); SCS Rol N° 6.666-2021 (2021); SCS Rol N° 14.606-2021 (2021), entre otras.

<sup>16</sup> Vid. SCS Roles N°s 18.835-2018, 2019, c. 12; 8.487-2018 (2018, c. 13°); 23.220-2018 (2019, c. 12°); 23.219-2018 (2019, c. 12); 23.221-2018 (2019, c. 12°) y 23.222-2018 (2019, c. 12°).

<sup>17</sup> Sobre el control de la discrecionalidad en Chile véase (ALARCÓN 2009); (SAAVEDRA, 2011) y HUEPE (2018).

<sup>18</sup> GÓMEZ 2020, 205; GÓMEZ 2021, 64.

<sup>19</sup> SCS Rol N° 4308-2021, c. 7° (reemplazo).

ámbito civil. Ahora bien, considerando que la Administración del Estado siempre ha de tener un motivo objetivo, que es el previsto por la ley, no es posible que este pueda variar al infinito y, menos aún, que pueda derivar en una actuación arbitraria.

Estos motivos o fundamentos pueden ser de hecho o de derecho, ya sea que se encuentren en los supuestos fácticos contenidos en la norma jurídica, o sea, la norma o normas jurídicas que justifican su ejercicio. En este caso, nuevamente nos encontramos con un tema de legalidad, pues estos motivos han de encontrar en las normas que integran el bloque de legalidad su fundamento, incluyendo los supuestos de hecho que conllevan su ejercicio. Así, para sancionar a un particular, se requiere que la ley otorgue dicha potestad (motivo de derecho) y que éste haya realizado una conducta que para la ley sea constitutiva de infracción (motivos de hecho).

Sobre el particular, la Corte Suprema ha señalado que “[...] el juez revisa y verifica su existencia, para luego, en un segundo paso y establecido lo anterior, determinar que la calificación jurídica de los hechos realizada por la autoridad, de ser ella necesaria, está amparada y guarda directa vinculación con la disposición que autoriza o regula el proceder administrativo. La apreciación de los hechos, para adoptar la decisión, esto es si son de la entidad necesaria para llevarle a tomar la determinación respectiva, queda dentro de la esfera propia de la autoridad administrativa, y sólo ante una desproporción grave, manifiesta y evidente puede actuar el órgano jurisdiccional; aunque el error en la misma apreciación o calificación jurídica de los hechos puede y debe ser controlada por el juez”<sup>20</sup>.

Sin embargo, este procedimiento no siempre es tan simple como se presenta, pues existe un amplio abanico de factores que inciden en el mismo:

i. En primer término, podemos encontrarnos con la aplicación de sanciones no previstas por la ley<sup>21</sup>.

ii. No sólo se debe determinar la existencia de los hechos, sino que se debe hacer una calificación jurídica de los mismos, especialmente cuando existen elementos normativos o un estándar de comportamiento (v. gr. actuación indebida, infracción de norma, negligencia, etc.). En este caso, la eventual nulidad del acto derivaría de la ausencia de motivos de hechos<sup>22</sup> o de su ilegalidad producto de una errónea calificación jurídica<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> SCS Rol N° 4.308-2021, c. 5° (reemplazo).

<sup>21</sup> SCS Rol N° 28.390-2016, cc. 7° y 8°.

<sup>22</sup> SCS Rol N° 18.835-2018 (2018, c. 12°).

<sup>23</sup> Vid. SCS Rol N° 40.790-2017 (2018, c. 9°). En este mismo sentido véase el caso Gas Atacama, en donde se determinó la ilegalidad del acto sancionatorio debido a que la autoridad (SEC) efectuó una errada calificación jurídica de los hechos, al considerar que información errónea (equivocada o inexacta) y falsa eran términos equivalentes o sinónimos (SCS Rol N° 14.991-2019, 2020, cc. 13° y ss).

iii. Normalmente el legislador utiliza *conceptos jurídicos indeterminados*, cuya apreciación queda entregada en una primera etapa a la autoridad administrativa (orden público, peligro para la salubridad pública, interés público, etc.)<sup>24</sup>.

iv. El ejercicio de la potestad sancionadora puede ser discrecional<sup>25</sup>, de forma tal que el control en su ejercicio y su contenido también deriva en un control de los motivos que justifican dicho obrar. En este caso, el margen de apreciación que el legislador le entrega al órgano administrativo se transforma en un residuo como consecuencia del control de los elementos reglados de la potestad (existencia de habilitación legal, competencia, fin, determinación de los hechos que sirven de base para su ejercicio), y que permiten, mediante los principios generales del derecho, ejercer un control sobre la misma colocando un límite a una eventual arbitrariedad (v. gr. proporcionalidad, igualdad, no discriminación, buena fe, confianza legítima, etc.)<sup>26</sup>, como muchas veces se aprecia en relación con el margen que se entrega al órgano administrativo para determinar una sanción.

#### b) *Ilegalidad del objeto*

El objeto del acto administrativo se traduce en la manifestación concreta de la potestad, sea una declaración de voluntad, juicio o constancia. En muchos casos, el objeto será ilegal como consecuencia de un vicio en los motivos, pero también puede ser posible que la ilegalidad sólo recaiga en el objeto como consecuencia de una determinación que no guarda relación o coherencia con los motivos. Nuevamente, el tema del vicio en el objeto no es sino un tema de legalidad en general. No es posible que en el ejercicio de sus potestades públicas los órganos de la Administración adopten determinaciones ilegales.

En el caso de la ilegalidad del objeto es donde se plantean aspectos de mucho interés:

i. En primer término, se encuentra la violación de ley en cuanto al fondo, esto es, en los casos en que el acto sancionador contradice lo prescrito por la ley, por ejemplo, cuando aplica una sanción no prevista en ella<sup>27</sup>;

ii. Infracción al principio de reserva legal, en los casos que se sanciona sobre la base de un hecho que no constituye infracción administrativa<sup>28</sup>;

<sup>24</sup> V. gr. el artículo 36 N° 2 letras b) y c) de la Ley N° 21.00 utiliza el concepto "operación irregular", el cual, bajo su antigua regulación (DL N° 3.538), fue ampliamente cuestionado por su vaguedad por el Tribunal Constitucional. Al efecto, véase las STC Rol N°s 3236-2016, 2018; 3542-2017, 2018; 3575-2017, 2018; 3684-2017, 2018; en todas c. 11°.

<sup>25</sup> GÓMEZ 2020, 203.

<sup>26</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA 1983.

<sup>27</sup> Véase la SCS Rol N° 45.290-2017 (2018, c. 3°). También, se puede ver el dictamen N° 25.583, de 2018, que se refiere al caso de la aplicación de una sanción de multa, siendo que era procedente la cancelación de la inscripción del registro de matrícula de las naves.

<sup>28</sup> Así, en la SCS Rol N° 12.216-2018, c. 4°, la Corte Suprema sostuvo que el tipo infraccional exigía los estudios de bioequivalencia para la comercialización del producto, de forma que no bastaba con ser titular del registro para que el IPS les impusiera dicha obligación.

iii. Infracción al principio de irretroactividad de las sanciones<sup>29</sup>, a partir de la aplicación de la norma constitucional y legal que regulan la materia (artículos 19 N° 3 de la Constitución y 52 de la Ley N° 19.880). En tal sentido, la Contraloría ha señalado que conforme a este principio sólo se puede aplicar al afectado la sanción establecida al tiempo de la comisión de la conducta que la motiva<sup>30</sup>, por cuanto “[...] *en materia de sanciones administrativas rige plenamente el principio de irretroactividad de la ley, consagrado en los artículos 19, N° 3, inciso séptimo de la Constitución Política del Estado y 18 del Código Penal, en orden a que nadie puede ser castigado con otra sanción que la que señale una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del hecho, a menos que la nueva ley favorezca al afectado*”<sup>31</sup>. La única posibilidad es que la sanción asignada al momento de cometerse la infracción sea menor con la nueva legislación, en cuyo caso corresponderá aplicar precisamente la sanción más benigna o favorable al infractor, aun cuando haya sido establecida con posterioridad<sup>32</sup>.

iv. En el caso de las decisiones discrecionales, cobran importancia los principios generales del Derecho, como sucede con los principios de igualdad y no discriminación arbitraria, proporcionalidad y buena fe<sup>33</sup>.

#### c) *La desviación de poder*

El caso de la desviación de poder constituye un ejemplo clásico de la elaboración jurisprudencial del Consejo de Estado francés, desarrollada en el siglo XIX, y que tiene por finalidad que se respete el contenido de la ley no sólo en su letra sino también en su sentido. En este caso, se busca velar que el acto administrativo no sólo se dicte para satisfacer un fin de interés general, sino el fin público específico previsto por la ley. La desviación de poder implica que se ejercen potestades administrativas para un fin distinto a los previstos en las normas jurídicas que los contienen<sup>34</sup>.

La desviación de poder es una de las técnicas más valiosas para evitar las interpretaciones torcidas de la ley, los resquicios legales o las argucias,

<sup>29</sup> La aplicación de normas administrativas sancionadoras en el tiempo nos lleva a distinguir entre las normas posteriores favorables y desfavorables. Ambas normas presentan aspectos comunes, pero también poseen características que las diferencian. Así, por ejemplo, los fundamentos que le dan soporte a ambas figuras son sustancialmente diversos y heterogéneos, ambas figuras poseen una ratio diferente. Sobre este tema véase LÓPEZ MENUDO 2010, 727 y REBOLLO 2021, 713-714.

<sup>30</sup> Dictamen N° 38.075, 2002.

<sup>31</sup> Dictamen N° 43.149 bis, 2000; 6.926, 2001; 16.456, 2004; 38.072, 2004.

<sup>32</sup> Al efecto, la doctrina ha señalado que se aplican retroactivamente las normas que limitan la punibilidad de un hecho dado que no cumplen una función de prevención general y especial, resultando la sanción innecesaria y por ello inadmisibles (LASCUARAIN, 2000, 37 y ss.); CANO 2014, 142). En materia penal véase a BASCUÑÁN 1999, 10 y ss. En tanto, hay autores que fundamentan dicha regla en consideraciones *humanitatis causa* (López 2010, 727); en la justicia material (REBOLLO 2021, 729) y la igualdad o la piedad (BACA 2016, 28).

Asimismo, véase dictámenes N°s 45.905, 1976; 88.303, 1976; 20.991, 1984; 25.961, 2000; 3.858, 2001; 6.926, 2001; 38.075, 2002.

<sup>33</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2020, 518-521.

<sup>34</sup> CHINCHILLA 2004, 119.

que buscan alterar el sentido de la ley con el objeto de extender el ejercicio de una potestad pública para casos no previstos, considerando el fin público específico que le asigna el legislador. No debemos olvidar que bajo la coraza de interpretaciones extensivas en el ámbito del Derecho público se olvida muchas veces que se coloca en peligro la libertad de la persona, frente al ejercicio de un poder público que debe ser ejercido en los supuestos y finalidades que la ley establece.

Según lo ha expuesto la doctrina, la Administración puede incurrir en desviación de poder no sólo con su actuación, sino que también con su inactividad u omisión, sea material o formal, pues dejar de ejercer una potestad, cuando el ejercicio es debido, puede ser una vía para evitar que se satisfaga el interés público para el cual se ha atribuido la potestad sancionadora, cómo podría ser el ejercicio desigual de la potestad sancionadora<sup>35</sup>.

Asimismo, incurre en desviación de poder la autoridad administrativa que aplica sanciones para recaudar recursos y no para sancionar<sup>36</sup>, la que pretende imponer una sanción de manera tardía<sup>37</sup>, o aquella que, teniendo la potestad para condonar una sanción, ejerce dicho poder sin atender a criterios objetivos y de manera desproporcionada<sup>38</sup>.

En este sentido, se debe la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha hecho aplicación de esta causal especialmente en el ejercicio de potestades discrecionales, como ha sucedido respecto de las facultades que tienen los jefes de servicios para trasladar a los funcionarios, medidas que en muchas ocasiones ocultan sanciones larvadas o encubiertas que evitan seguir el procedimiento legal previsto para el efecto<sup>39</sup>.

En definitiva, la desviación de poder se produce por la búsqueda intencionada de fines que, en modo alguno, son los fijados por el ordenamiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

A pesar del interés que ha despertado la figura y la aplicación que ha hecho de ella nuestra Corte Suprema y la Contraloría General de la Repúbli-

<sup>35</sup> Al efecto, cabe precisar que el ejercicio facultativo de iniciar o no iniciar el procedimiento sancionador no significa que su ejercicio deba ser arbitrario, GONZÁLEZ, 2007, 2761). El reconocimiento de un principio de oportunidad en el inicio del procedimiento administrativo sancionador tiene como límite la desviación de poder (HUERGO 1995, 236). También véase a DESDENTADO 2010, 336 y ss.

<sup>36</sup> HUERGO 2007, 232.

<sup>37</sup> PARODI sostiene que existe un vicio de desviación de poder en aquellos casos en los que exista una inexcusable y excesiva demora de la autoridad en emitir el acto administrativo sancionatorio terminal, puesto que la sanción no logra "[...] cumplir con la finalidad preventivo-represora que las sanciones administrativas tienen, y deben tener, de acuerdo a la ley" (PARODI, 2010, 259).

<sup>38</sup> Por su parte, la Contraloría ha señalado que el ejercicio de una atribución de carácter discrecional no significa que quien la posee pueda actuar arbitrariamente o de un modo que implique una desviación de poder, en dictamen N° 81.827, de 2014. Al efecto, también véase a LOZANO, 1990, 186.

<sup>39</sup> SCS Rol N° 1.148-2012 (2012); SCS Rol N° 1.344-2011 (2011); SCS Rol N° 9.210-2010 (2011); Rol N° 5.582-2010 (2010).

ca, lo cierto es que desde mediados del siglo pasado ha perdido importancia debido a la dificultad que plantea la prueba de la causal<sup>40</sup> y al surgimiento de otras técnicas de control (hechos determinantes, conceptos jurídicos indeterminados, los principios generales del derecho), circunstancia que la han colocado en un lugar subsidiario<sup>41</sup>.

#### 4. Elementos formales

Por último, nos encontramos con los requisitos o elementos formales que debe cumplir el acto sancionador. En este caso tradicionalmente se distingue entre los *requisitos de procedimiento* y los *requisitos que se exigen en la emisión del acto*.

En cuanto al procedimiento, debemos recordar que el ejercicio de los poderes punitivos por parte de los órganos de la Administración del Estado no escapa a la regla básica que rige a toda actuación del poder público: deben ser ejercidos en la forma prescrita por la ley, tal como lo establece nuestra Constitución (artículo 7º, inciso 1º). A su vez, las bases que rigen estos procedimientos son materia de reserva legal (artículo 62 N° 18). Así, toda manifestación formal de los poderes que el ordenamiento jurídico atribuye a los órganos administrativos supone de un procedimiento previo que, a través de un conjunto de actuaciones intermedias o de trámites, deben dar lugar a un acto de término que contiene no sólo la manifestación de la voluntad de la Administración, sino también del castigo que se ha de aplicar a un particular que ha incurrido en un hecho ilícito (infracción administrativa).

Además, el procedimiento constituye el mecanismo a través del cual se hacen efectivas un conjunto de garantías respecto de las personas que son objeto de alguna imputación y eventual sanción por parte de la autoridad administrativa. Así, en esta materia existen importantes avances en la jurisprudencia y en la legislación. Por una parte, el Tribunal Constitucional ha entendido que las garantías de un racional y justo procedimiento (artículo 19 N° 3 de la Constitución) se aplican no sólo en el ámbito judicial, sino que también es una condición que se debe exigir en el marco del procedimiento administrativo<sup>42</sup>. En un sentido similar, la Corte Suprema ha sostenido la aplicación del debido proceso como manifestación del principio de contradictoriedad<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Según señala DESDENTADO, el control de la desviación de poder es un control difícil y complejo debido a la concepción subjetiva de la desviación de poder, puesto que para su constatación exige la indagación en las intenciones ocultas que a que han movido a la Administración adoptar una determinada decisión. Se requiere, por una parte, que los tribunales realizan un juicio de las intenciones de la Administración para saber si existe o no voluntad desviada y, por la otra, que el administrado realice alegaciones mínimamente sólidas acerca de la existencia de dicha voluntad torticera (DESDENTADO, 2010, 338).

<sup>41</sup> SANTAMARÍA 2014, 197-215.

<sup>42</sup> Véase STC Rol N° 437, 2005, c. 17º y STC N° 437, c. 5º, con referencia a los precedentes contenidos en las STC N°s 176 (1993) y 478 (2006); STC Rol N° 616 (2007, c. 18); STC Rol N° 808 (2008, c. 10); STC Rol N° 1393 (2010, c. 7); STC Rol N° 2111 (2012, cc. 16 y 17), entre otras. Además, se puede consultar CORDERO, Eduardo, 2013).

<sup>43</sup> SCS Rol 62.128-2016, 2017, c. 14º.

Además, la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880 ha permitido contar no sólo con un procedimiento administrativo general, sino que también con un conjunto de principios que inciden directamente en los procedimientos administrativos especiales, dentro de los cuales se encuentran los procedimientos sancionadores<sup>44</sup>.

Por su parte, el principio del racional y justo procedimiento implica, a su vez, un conjunto de garantías reconocidas por nuestra jurisprudencia constitucional:

*i. Toda sanción administrativa exige un procedimiento administrativo previo.* En tal sentido, no es admisible desde el punto de vista constitucional que las sanciones administrativas se puedan aplicar “de plano”<sup>45</sup>. Además, la existencia de un control judicial posterior no justifica la ausencia de un procedimiento administrativo racional y justo<sup>46</sup>. Según el Tribunal Constitucional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: a) la publicidad de los actos jurisdiccionales, b) el derecho a la acción, c) el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, d) el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, e) la producción libre de pruebas conforme a la ley, f) el examen y objeción de la evidencia rendida, g) la bilateralidad de la audiencia, y h) la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores<sup>47</sup>.

*ii. Las bases del procedimiento administrativo deben estar reguladas por ley, lo cual no impide la colaboración mediante normas administrativas.* Nuestra Constitución dispone que la forma de los actos estatales y las bases de los procedimientos administrativos constituyen materias de ley (artículos

<sup>44</sup> En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que, para cumplir con el debido proceso administrativo, es posible aplicar la ley de bases de los procedimientos administrativos. De esta manera, en la tramitación administrativa de un asunto deben aplicarse las reglas legales que configuren un justo y racional procedimiento, lo cual no requiere ser regulado en la misma norma, pues existe una ley de bases de procedimientos administrativos que ya lo determina (STC Rol N° 771, 2007, c. 16; STC Rol N° 1413, 2010, c. 27; STC Rol N° 2066, 2012, c. 25; STC Rol N° 2301, 2013, c. 27; STC Rol N° 2727, 2015, c. 24; STC Rol N° 2865, 2015, c. 27; STC Rol N° 2866, 2015, c. 27, entre otras). Un análisis más detallado del rol de la Ley N° 19.880 en los procedimientos sancionadores se puede ver en QUEZADA, 2017.

<sup>45</sup> En este sentido, en STC Rol N° 747, 2007, c. 11°. En el mismo sentido, la STC Rol N° 1.413, 2010, c. 26° y STC N° 2784, 2016, c. 9°.

<sup>46</sup> STC Rol N° 376, 2003, c. 37°. En el mismo sentido, la STC Rol N° 389, 2003, c. 36°. Sobre esta materia se puede consultar el trabajo de AGUERREA, 2005, 76-77).

<sup>47</sup> Sobre el particular véase STC Rol N° 478 (2006, c. 14); STC Rol N° 576 (2007, cc. 41 a 43); STC Rol N° 699 (2007, c. 9); STC Rol N° 1307 (2011, cc. 20 a 22); STC Rol N° 1448 (2010, c. 40); STC Rol N° 1557 (2011, c. 25); STC Rol N° 1718 (2011, c. 7); STC Rol N° 1812 (2011, c. 46); STC Rol N° 1838 (2011, c. 11); STC Rol N° 1876 (2011, c. 20); STC Rol N° 1968 (2012, c. 42); STC Rol N° 2111 (2012, c. 22); STC Rol N° 2133 (2013, c. 17); STC Rol N° 2354 (2014, c. 23); STC Rol N° 2381 (2013, c. 12); STC Rol N° 2657 (2014, c. 11); STC Rol N° 2697 (2015, c. 17); STC Rol N° 2687 (2015, c. 14); STC Rol N° 2799 (2015, c. 14); STC Rol N° 2853 (2015, c. 16); STC Rol N° 2757 (2016, c. 41); STC Rol N° 2743 (2016, c. 24); STC Rol N° 2791 (2016, c. 24); STC Rol N° 2983 (2016, c. 4); STC Rol N° 3107 (2017, c. 7).

6° inciso 1° y 63 N° 18). Si bien el Tribunal Constitucional ha establecido el contenido básico del debido proceso legal, su desarrollo corresponde al legislador, quien debe establecer su sentido y alcance<sup>48</sup>. A su vez, los reglamentos y toda otra norma administrativa (circulares e instrucciones), que permiten la buena ejecución de los preceptos legales, deben someterse estrictamente a ellos, no pudiendo establecer regulaciones que sean contrarias a sus preceptos o márgenes (STC Rol N° 388, 2003, c. 26°).

A su vez, en este caso, la jurisprudencia ha reconocido que la falta de regulación legal especial debe ser integrada a través de la legislación administrativa general, que en este caso está contenida en la Ley N° 19.880, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas constitucionales que rigen la materia.

*iii. El derecho a la defensa jurídica.* Nuestra Carta fundamental asegura a toda persona el derecho a la defensa jurídica (artículo 19 N° 3 inciso 2°). Al efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido clara en sostener la aplicación de esta garantía en el marco del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración<sup>49</sup>. De esta forma, no resultan admisibles aquellos procedimientos que no permiten a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad<sup>50</sup>.

Junto con ello, en cuanto al acto administrativo terminal, la sanción debe cumplir con diversos requisitos formales, siendo uno de los más relevantes la motivación. En efecto, el acto sancionatorio debe estar motivado o fundado, es decir, debe expresar los motivos. La doctrina denomina a este requisito formal como "motivación", para distinguirlo de los "motivos" como requisito objetivo.

La falta de fundamentación o motivación del acto administrativo es uno de los vicios formales más habituales. La motivación, especialmente en materia sancionatoria, no debe limitarse a la mera emisión de la declaración de la voluntad del órgano administrativo o a la utilización de menciones genéricas, sino que aquella, entre otras características, debe ser "suficiente" para cumplir con una doble funcionalidad: a) frente al infractor, para que conozca los motivos de la imposición de la sanción (finalidad cognoscitiva) y para que pueda preparar y ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva (finalidad defensiva)<sup>51</sup> y b) respecto de los tribunales, para facilitar el control judicial de la medida<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> STC Roles N°s 1.557, 2011, c. 25°; 2.799, 2015, c. 15°; 3.107, 2017, c. 8°.

<sup>49</sup> Véase STC Rol N° 376 (2003), cc. 30° y 37°.

<sup>50</sup> Véase las STC Rol N° 1411 (2010, c. 7); STC Rol N° 1429 (2010, c. 7); STC Rol N° 1437 (2010, c. 7); STC Rol N° 1438 (2010, c. 7); STC Rol N° 1449 (2010, c. 7); STC Rol N° 1473 (2010, c. 7); STC Rol N° 1535 (2010, c. 18); STC Rol N° 1994 (2012, c. 24); STC Rol N° 2053 (2012, c. 22); STC Rol N° 2166 (2013, c. 22); STC Rol N° 2546 (2014, c. 7); STC Rol N° 2628 (2014, c. 6); STC Rol N° 2748 (2015, c. 14); STC Rol N° 2757 (2016, c. 40); STC Rol N° 3107 (2017, c. 9).

<sup>51</sup> SCS Rol N° 97.737-2016, 2017, c. 11°.

<sup>52</sup> REBOLLO et al. 2010, 768 y 769.

En términos generales, la motivación del acto sancionatorio debiera, a lo menos, incluir una relación de los hechos constitutivos de la infracción y la norma que tipifica dicho ilícito (subsunción de los hechos concretos en el supuesto abstracto contemplado en la norma); la forma en que se han establecido los sujetos responsables, la valoración de las pruebas practicadas, especialmente aquellas que fundamenten la defensa y alegaciones del infractor; la resolución de todas las cuestiones planteadas en el expediente y una referencia a los criterios considerados para la determinación de la sanción.

Junto con ello, será particularmente relevante motivar la forma en que se ha determinado la sanción específica a imponer, lo cual tendrá un papel esencial como límite al ejercicio de potestad discrecional existente en esa instancia procedimental<sup>53</sup>. En efecto, para disipar toda posible arbitrariedad, será necesario que la autoridad explicita los criterios que consideró atendidas las particularidades del caso y justifique la valoración que efectuó de cada uno de ellos<sup>54</sup>. Además, en este aspecto la motivación se conecta con el principio de proporcionalidad que debe mediar entre la infracción imputada y la sanción finalmente impuesta<sup>55</sup>.

De esta manera, la motivación exige que el órgano indique los criterios, las razones concluyentes de la sanción y de su concreta extensión, señalando los fundamentos de manera coherente y suficiente, evitando las remisiones genéricas o a ciertos antecedentes del expediente (*in aliunde*)<sup>56-57</sup> y procurando guardar el equilibrio entre una deficiente y una excesiva motivación<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> Esta exigencia se conecta con el margen de decisión que las normas atribuyen a la Administración para singularizar y concretar la sanción y con los principios de prohibición de la arbitrariedad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad y tutela judicial efectiva, REBOLLO *et al.*, 2010, 773). Por lo tanto, la motivación es un elemento esencial de toda decisión discrecional que actúa como mecanismo de control del correcto ejercicio de dicha potestad, considerando un requisito imprescindible de los actos administrativos destinado a controlar una eventual arbitrariedad (GONZÁLEZ 2007, 357).

<sup>54</sup> Cuando se trata de actos administrativos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales no es suficiente una mera referencia a la norma que otorga la potestad, sino que es necesario señalar los criterios que fundamentan la resolución. Sobre el particular, en Alemania la Ley Federal de procedimiento administrativo –*Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*– señala en el § 39, en lo que interesa, que la motivación de las decisiones discrecionales debe indicar los criterios en que se fundó la autoridad al actuar.

<sup>55</sup> GONZÁLEZ 2007, 258.

<sup>56</sup> En Chile, nuestra Corte Suprema sostuvo que la remisión efectuada por la SMA, en una de sus resoluciones sancionadoras, a lo resuelto previamente por el Tribunal Ambiental que conoció de una reclamación sobre el mismo asunto, satisface los requisitos de fundamentación de las sanciones administrativas, ello dado que la resolución, en SCS Rol N° 17.736-2016, c. 21°.

<sup>57</sup> GÓMEZ y SANZ 2017, 868; REBOLLO *et al.* 2021, 781 y ss.

<sup>58</sup> Para la jurisprudencia comparada la “suficiencia” de la motivación dependerá de las circunstancias que concurran a la decisión. Con todo, para Nieto una de las problemáticas que presenta la motivación está dada por el hecho de que las formas y requisitos de motivación son imprecisas, llegando a permitir cualquier valoración subjetiva, de manera que, por más cuidado que pueda adoptar la Administración, nunca estará segura de haber razonado de conformidad al criterio del controlador (NIETO 2018, 523-524).

En este sentido, en nuestro ordenamiento se puede advertir que el nivel de motivación del acto sancionador está condicionado por la intensidad del control judicial, así entre más técnico sea el grado de control más rigurosa será la motivación (p. ej. la motivación efectuada por la SMA en el caso Pas-cua Lama<sup>59</sup>), mientras que, frente a un control menos intenso o más deferente, la motivación tiende a ser menos rigurosa (v. gr. la motivación de la SEC en materia eléctrica<sup>60</sup>).

Sobre el particular, se debe tener presente el criterio sostenido por la Corte Suprema la cual señala que toda sanción requiere de *motivación suficiente* en el acto administrativo respectivo, de modo que no bastan explicaciones lacónicas, aunque el monto de la multa se encuentre en los rangos autorizados por la ley. Según el máximo tribunal, decidir de ese modo, transforma la resolución en arbitraria<sup>61</sup>.

Con todo, un parámetro que podría ser utilizado para justificar la motivación pudiera estar dado por la entidad de la sanción a imponer, de modo que, si se trata de sanciones en sus grados mínimos o de escasa afectación a los derechos del infractor, la motivación pudiera ser más bien moderada, mientras que, tratándose de sanciones más graves o de elevada cuantía, la motivación debiera ser más aquilatada<sup>62</sup>.

Junto con ello, requiere una especial motivación el acto que se separe del precedente administrativo. Si bien el precedente carece de valor normativo y, por tanto, no obliga ni constituye un imperativo para la autoridad, sí posee un valor vinculante<sup>63</sup>, por lo que el órgano deberá justificar expresamente los cambios de criterios<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> En donde se puede apreciar una extensa motivación de la resolución exenta que resolvió el procedimiento sancionatorio seguido en contra de la Compañía Minera Nevada SPA alcanza una extensión de 2.095 páginas.

<sup>60</sup> Donde es usual encontrar en las resoluciones sancionadoras una valoración genérica de los criterios establecidos en el artículo 16 de la Ley N° 18.410 para la determinación de las sanciones, sin un análisis concreto de la concurrencia de cada uno de ellos en la situación específica. Así se puede ver en los cc. 10° de las resoluciones exentas N°s 19.948 (LuzLinares), 19.951 (LuzParral), 19.956 (LuzParral) y 19.962 (Chilquinta), todas de 2017, las cuales consideran de idéntica forma los aludidos criterios, sin hacer referencia a las circunstancias particulares de la infracción y del infractor. Asimismo, la Corte Suprema ha señalado que la omisión por parte de la SEC de la calificación de la naturaleza de las infracciones (en leve, grave o gravísima) deja su decisión carente de fundamentos suficientes, omisión que constituye un motivo de ilegalidad de la resolución sancionatoria, en SCS Rol N° 97.737-2016, c. 9°. Un análisis sobre este fenómeno se puede ver en TAPIA y CORDERO 2015, 7-65.

<sup>61</sup> SCS Rol N° 30.424-2021, 2022.

<sup>62</sup> Rebollo et al. 2010, 774 y ss.

<sup>63</sup> En efecto, el precedente no es fuente del ordenamiento jurídico-administrativo, pero posee un valor vinculante para la Administración, la que ve condicionada su actuación presente por su actuación del pasado. La práctica administrativa reiterada tiene especial trascendencia en el ejercicio de potestades discrecionales, pues opera como un límite que viene impuesto por los principios de igualdad en la aplicación de la ley, interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, DESDENTADO 2009, 181 y ss.

<sup>64</sup> La desviación del precedente en el ejercicio de una potestad discrecional no convierte a la decisión de la autoridad en arbitraria, pero opera como un indicativo de que puede serlo, por

La ausencia, omisión o falta de fundamentación o una deficiente motivación no solo pueden constituir un vicio de forma del acto administrativo<sup>65</sup>, sino que cuando éste comprenda el ejercicio de una potestad discrecional, pueden ser considerada como un indicio de arbitrariedad por carecer de motivos<sup>66</sup> o, en su caso, de desviación de poder<sup>67</sup>.

Luego de analizar los aspectos generales del control del acto administrativo sancionatorio, cabe revisar los aspectos más relevantes del control judicial de las sanciones administrativas, fundamentalmente la intensidad que éste puede alcanzar.

### III. ¿Quién y cómo se controla? Análisis particular del control jurisdiccional

#### 1. Aspectos generales sobre el control de las sanciones administrativas

La tutela judicial efectiva constituye un principio reconocido por nuestra Carta fundamental a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A su vez, en el caso del control en las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado se traduce en un control pleno de la juridicidad, conforme lo disponen los artículos 19 N° 3, 38 y 76 de la Constitución<sup>68</sup>. En otros términos, siempre le asiste al administrado la posibilidad de acudir a la vía judicial, por cuanto es una manifestación de las normas del debido proceso; así, el particular tiene la posibilidad de solicitar a los tribunales de justicia revisar el actuar de los órganos de la Administración. Dicha posibilidad es una forma de control de la discrecionalidad administrativa y un resguardo de las personas ante la Administración<sup>69</sup>.

En tal sentido, las sanciones administrativas se expresan a través de actos formales que se encuentran sometidos al principio de legalidad y, por tanto, sujetos al control jurisdiccional de las eventuales irregularidades cometidas en su dictación.

En este punto, llegamos a cierta paradoja. Bien es sabido que uno de los defectos que tiene nuestro sistema de justicia administrativa es la ausen-

---

lo que resulta necesario una adecuada motivación para eliminar la apariencia arbitraria del acto, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2011, 82. Asimismo, véase a DIEZ 2008, 298 y ss.

<sup>65</sup> Tal como señala Luis Cordero (2014), la importancia de la motivación es significativa, toda vez que su omisión o la insuficiencia de la misma, constituyen un vicio de invalidez del acto dictado.

<sup>66</sup> DESDENTADO, 2009, 87.

<sup>67</sup> La desviación de poder implica que se ejercen potestades administrativas para un fin distinto a los previstos en las normas jurídicas que los contienen (CHINCHILLA, 2004, 119). Sobre la falta de motivación como indicador del exceso de poder se puede ver a GONZÁLEZ (*op. cit.*, 491 y ss.). Para esta autora la motivación es un requisito formal cualificado que nos traslada, a través de los motivos y el fin, la transparencia de la actuación administrativa y ayuda a despejar de ella toda posible presencia de vicios como la desviación de poder o, en su caso, de la arbitrariedad.

<sup>68</sup> Sobre los aspectos generales del control jurisdiccional de la Administración se puede consultar FERRADA 2005; FERRADA y BORDALÍ 2008; y PIERRY 2017, 355-357. Una descripción de los procesos administrativos también se puede ver en FERRADA 2011.

<sup>69</sup> SCS Rol N° 6.232-2019.

cia de una jurisdicción contenciosa-administrativa general que, a través de acciones y procesos específicos, permitan un control especializado, idóneo y adecuado a los actos administrativos. Sin embargo, al momento de buscar los mecanismos jurisdiccionales para impugnar los actos sancionadores, aparece un amplio abanico de posibilidades<sup>70</sup>.

Bajo tal contexto, una de las particularidades que ha adoptado la justicia administrativa en Chile ha sido entregar el conocimiento de los asuntos administrativos, incluida la revisión de las sanciones, a la jurisdicción ordinaria (artículos 38 y 76 de la Constitución), sin perjuicio de establecer en algunos casos tribunales especiales (v. gr. ambiental, materias tributarias o aduaneras, contratación pública) o regular procedimientos especiales ante diversas instancias de la jurisdicción ordinaria (jueces especiales –v. gr. penal o laboral–, jueces civiles, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema).

Esta estructura influye en la forma y alcance de la revisión judicial, dado que bien se ha constatado que los tribunales guardan mayor deferencia con la Administración en los casos de una jurisdicción general, pero no ocurre lo mismo en el caso de una jurisdicción especializada<sup>71</sup>. Estos aspectos serán analizados a continuación.

## 2. La problemática de la intensidad del control judicial de las sanciones

Una de las cuestiones de mayor trascendencia ha sido determinar el tipo de control judicial que deben efectuar los tribunales de justicia al momento de revisar los actos administrativos que imponen una sanción, en concreto, si corresponde a un control de nulidad-devolutorio o un control de nulidad-sustitutorio, conforme al cual el juez puede llegar inclusive a suplir la decisión administrativa.

Aquello se encuentra estrechamente vinculado con los márgenes de discrecionalidad que la ley le otorga a la Administración al momento de adoptar una medida sancionadora y, por tanto, dentro de la discusión más general sobre el grado de intensidad de dicho control judicial. En efecto, la esencia de la discrecionalidad radica en que la Administración tiene una pluralidad de soluciones entre las cuales puede elegir una de ellas, sin incurrir en ilegalidad ni arbitrariedad, dado que conforme a la norma habilitante todas ellas son, en principio, igualmente aceptables. Por ello, la doctrina sostiene que el control de la discrecionalidad opera como un control de la observancia de los límites que la ley y el Derecho establecen en cada caso para enmarcar su elección<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> JARA 2018, 59-91.

<sup>71</sup> CORDERO y TAPIA 2015, 31.

<sup>72</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2006, 488 y ss. Conforme a ello, estos autores sostienen que el juez solo podrá anular la decisión, pero no sustituirla, salvo que, conforme a los antecedentes que consten en el expediente administrativo, la discrecionalidad haya quedado reducida a cero, existiendo por consiguiente solo una elección posible.

En el caso del control judicial de las sanciones administrativas, es preciso preguntarse cuáles son los límites que la judicatura debe observar al momento de efectuar la revisión judicial de dichos actos, especialmente cuando debe recaer sobre aspectos discrecionales o de carácter técnico, los que muchas veces escapan a las posibilidades de revisión de un tribunal<sup>73</sup>, por cuanto se requiere de un conocimiento especializado y que determine, conforme a un estándar técnico, si se ha incurrido o no en una infracción administrativa.

a) *El control judicial de los aspectos discrecionales de la potestad sancionadora*

La existencia de discrecionalidad administrativa en el ejercicio de potestades sancionadoras se ha circunscrito a la oportunidad en el ejercicio de la potestad y a la determinación de la sanción concreta a imponer en cada caso.

En cuanto a la oportunidad, se ha sostenido que aquella no necesariamente es una determinación reglada, por cuanto la autoridad puede no iniciar el procedimiento sancionador considerando diversos factores: la imposibilidad material, la falta de recursos económicos y humanos o la necesidad de dotar de eficacia una determinada regulación y mantener el buen funcionamiento de un sector en concreto<sup>74</sup>. Asimismo, hay ocasiones en que el ejercicio de la potestad sería desaconsejable, especialmente cuando se trata de infracciones de ínfima gravedad<sup>75</sup>. Esta noción busca determinar “cuándo” es realmente necesario castigar o persuadir<sup>76</sup>. Por su parte, la doctrina que sostiene el carácter reglado u obligatorio de la potestad lo ha argumentado en base a la unidad de *ius puniendi*, al principio de legalidad, de seguridad jurídica y en el interés general que se busca resguardar con su imposición<sup>77</sup>. No obstante, hay quienes, encontrándose en una tesis intermedia, proponen una síntesis de las dos posturas anteriores<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> Así, por ejemplo, en materia ambiental, qué elementos de juicio permiten establecer si una empresa puede haber realizado defectuosamente el control de efectividad de sus instalaciones, relacionando los registros de referencia en los parámetros de conductividad eléctrica y concentración de sulfuros, en dos períodos consecutivos (véase Resolución Exenta N° 1.204, de 2019, de la Superintendencia de Medio Ambiente), o como también ocurre en materia eléctrica: si una concesionaria excedió los valores máximos permitidos por la normativa vigente respecto de los índices de continuidad de suministro en sus alimentadores (véase Resolución Exenta N° 11.755, de 2015, de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles).

<sup>74</sup> En Chile, véase a VAN WEEZEL 2017, 1015-1016; SOTO 2016, 189-226; OSORIO 2017, 624 y ss.; GÓMEZ 2020, 196-197; HUNTER 2020, 96).

<sup>75</sup> NIETO 2005, 133; HUERGO 1995, 219.

<sup>76</sup> GUILLOFF y SOTO 2015, 105.

<sup>77</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2011, 198. En tanto, DESDENTADO precisa que el carácter reglado del ejercicio de la potestad y de la iniciación del expediente sancionador, no significa que la Administración tenga que perseguir todas las infracciones, puesto que se encuentra mermado por las limitaciones que impone la realidad y por la insuficiencia de los mecanismos de control de la inactividad administrativa 2010, 342 y ss.

<sup>78</sup> REBOLLO 2015, 413.

En cuanto a la determinación de la sanción, también aparecen posiciones contrapuestas. Así, para algunos se trataría de un supuesto de discrecionalidad débil o instrumental, conforme a la cual la Administración posee un margen de apreciación de carácter eminentemente jurídico para aplicar un criterio o un concepto jurídico, aunque éste sea indeterminado<sup>79</sup>. Para otros, la singularización de una sanción es una potestad esencialmente discrecional que comporta no solo una labor de concreción de elementos normativos, sino que también comprende la apreciación de las circunstancias de hecho y del sujeto que todavía no hayan sido valoradas en otras fases<sup>80</sup>. Así como también, hay quienes critican la constitucionalidad de las normas que permiten que la autoridad pueda graduar sanciones<sup>81</sup>.

En nuestra opinión, el planteamiento de una regulación totalmente reglada del ejercicio de la potestad sancionadora no es sostenible, no solo por la dificultad práctica que ello significaría para la actividad administrativa, sino que también por los riesgos que el legalismo podría generar en el sistema represivo, principalmente, en lo que dice relación con la rigidez y falta de adaptabilidad a situaciones concretas. En definitiva, mediante ámbitos de discrecionalidad se traslada el poder de decisión desde el Legislador a la Administración para que se adopten medidas dentro de los fines que comprende la programación legislativa. Es decir, se trata de establecer un proceso racional destinado a dar cumplimiento y eficacia a un cierto ámbito regulatorio.

En consecuencia, el establecimiento de márgenes de discrecionalidad en el ámbito administrativo sancionador constituye una atribución deliberada y consiente del legislador, que ha sido conferida a la Administración para el adecuado y correcto ejercicio de dicha potestad. De allí que el legislador va configurándola, mediante el uso de diversas técnicas, en ciertas instancias o momentos dentro de un procedimiento sancionatorio, como al inicio o en la etapa final del mismo, todo ello sujeto a control judicial posterior.

Ahora bien, la existencia de discrecionalidad en el ejercicio de potestades sancionadoras no inhibe el control judicial pleno. No obstante la dispersión de procedimientos administrativos sancionadores y la inexistencia de una jurisdicción contencioso administrativa, nuestro régimen de justicia administrativa no impide a los tribunales analizar la concurrencia de las circunstancias concretas de los hechos que configuran la infracción, su calificación jurídica, la determinación de la sanción, su cuantía, la concurrencia de causales de absolución, eximentes o extintivas de la responsabilidad, la apreciación de las circunstancias atenuantes o agravantes de responsabilidad, entre otros. En otros términos, el tribunal puede efectuar un control pleno del acto sancionatorio, pero no puede sustituir la decisión administrativa, como se analizará.

---

<sup>79</sup> DESDENTADO 2010, 344 y ss.

<sup>80</sup> IZQUIERDO 2001, 252.

<sup>81</sup> CASINO 2015.

b) *El control judicial de los aspectos técnicos de la potestad sancionadora*

En cuanto al control de los aspectos técnicos, la doctrina comparada se ha manifestado en contra de un control judicial pleno que abarque incluso las apreciaciones o juicios de carácter técnico que realizan los órganos administrativos<sup>82</sup>.

En general, el control pleno se sostiene a partir de los principios de control de la legalidad y tutela judicial efectiva reconocidos constitucionalmente, como sucede en nuestra Constitución con los artículos 6º, 7º, 19 N° 3, 38 y 76. Por su parte, la tesis que rechaza el control judicial de la discrecionalidad técnica reconoce diversos argumentos, como la imposibilidad práctica que se pueda llevar adelante un control efectivo por parte de los tribunales; que no resulta posible comprender la técnica dentro del control judicial; y la forma en que el legislador atribuye la discrecionalidad técnica otorgando un amplio margen de decisión o las características propias que tiene el proceso contencioso-administrativo.

Uno de los casos más citados al respecto es *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.*, de 1984, por el cual la Suprema Corte de los Estados Unidos estableció que, ante el silencio u oscuridad de un texto legal los Tribunales deben mostrar deferencia ante la interpretación que de los mismos hacen las agencias administrativas, siempre y cuando tal interpretación sea razonable.

Como se ha visto, este criterio resulta interesante cuando el legislador utiliza diversos conceptos jurídicos que exigen para su determinación de conocimientos técnicos, que muchas veces nos lleva a espacios de incertidumbre o de opiniones imposibles de unificar. Por tal razón, la Administración debe hacer sus valoraciones dentro de marco conceptual que le ha fijado el legislador, y en el caso de aparecer fundada y razonable, no debiese ser posible sustituir las valoraciones técnicas que emiten los órganos administrativos por las de los órganos jurisdiccionales<sup>83</sup>.

Por tanto, si la decisión de la Administración se muestra fundada, razonable y suficiente conforme a los antecedentes que la integran, la judicatura debe ofrecer un trato deferente hacia la autoridad<sup>84</sup>. De lo contrario, se corre el riesgo de transformar la instancia judicial en otra fase de evaluación, en la cual se procedan a revisar nuevamente los detalles científicos y metodológicos de los documentos, estudios y/o informes incorporados al procedimiento por diversos especialistas y órganos técnicos, lo que ciertamente, y conforme la construcción actual de nuestra institucionalidad, queda absolutamente fuera de la competencia de los tribunales. Así, el control judicial de las decisiones administrativas de carácter técnico, en donde el legislador ha entregado

<sup>82</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA 1992, 63; MUÑOZ MACHADO 1989, 108-111; NIETO 1964, 147-162; PAREJO 1993, 47-51, frente a otros que plantean una posición radicalmente distinta, como FERNÁNDEZ 1991; MARTÍN MATEO 1986; DESDENTADO 1997, 141-152.

<sup>83</sup> SÁNCHEZ 1994, 129.

<sup>84</sup> VERMEULE 2016.

a la Administración un margen de apreciación discrecional, importa que el juez considere si la autoridad ha fundamentado adecuadamente el asunto conforme a los antecedentes que obran en el expediente y que en dicha valoración se han observado fielmente las reglas sustantivas y procedimentales para llegar a su decisión, pero no compete al tribunal de justicia volver a valorar lo ya valorado por el órgano administrativo<sup>85</sup>.

### 3. El control judicial general de las sanciones administrativas en Chile

En términos generales, los tribunales de justicia se han manifestado a favor de un control pleno de carácter anulatorio-sustitutorio, de manera que, constatada una ilegalidad, es posible emitir una nueva resolución conforme a Derecho. De esta manera, los sentenciadores pueden no solo establecer la ilegalidad del acto sancionatorio, declarando su nulidad, sino que también pueden indicar cuál era la decisión adecuada al caso, si procediere<sup>86</sup>.

Conforme a este tipo de control, no existen limitaciones a las facultades jurisdiccionales de los tribunales para revisar las sanciones administrativas y sustituir la medida adoptada por la Administración<sup>87</sup>, sea en cuanto a su procedencia, monto<sup>88</sup> o tipo de sanción<sup>89</sup>.

La doctrina nacional ha considerado discutible esta potestad judicial tan amplia para rebajar la sanción aplicada por la Administración, puesto que elimina la discrecionalidad que le ha otorgado el propio legislador en esta materia, siendo especialmente preocupante que, en atención al principio de proporcionalidad, se reduzca el importe de la medida, puesto que su uso escondería "[...] el ejercicio de un poder discrecional absoluto, ahora en manos del juez"<sup>90</sup>.

Sin embargo, en el último tiempo, la jurisprudencia ha precisado su criterio al sostener que el control de las sanciones administrativas es una re-

<sup>85</sup> IGARTUA 1998, 115.

<sup>86</sup> SCS Rol N° 6.979-2017, 2017, c. 14°.

<sup>87</sup> SCS Roles N°s 18.936-2014; 1.534-2015 y 38.004-2015; 1.757-2013, c. 11°; 8.316-2012, c. 6°; y sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 230-2018, c. 9°.

<sup>88</sup> SCS Rol N° 1.534-2015, se sostuvo que el tribunal puede ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso a fin de calibrar la multa que haya de aplicarse (c. 4°). Por su parte, en la SCS Rol N° 31.556-2014, se redujo la sanción de 200 UTM a 100 UTM. En tanto, en la SCS Rol N° 783-2013, la Corte rebajó la multa de 1.000 a 500 UTA luego de determinar que no había medido intencionalidad del infractor y que además la empresa recurrente no había sido sancionada anteriormente por infracciones de similar naturaleza. En la SCS Rol N° 8.799-2012, se disminuyó el importe de la multa de 560 UTA a 300 UTM, en atención a que no hubo intencionalidad en la comisión de la infracción (c. 10°). En la SCS Rol N° 109-2011, se acogió la petición de rebaja de la sanción, disminuyendo su importe de 50 a 5 UTA. En tanto, en la SCS Rol N° 10.535-2011, se sostuvo que la empresa reclamante efectivamente incurrió en las infracciones que se le imputaban, pese a ello, se redujo la multa originalmente impuesta de 400 UTA a 250 UTA.

<sup>89</sup> V. gr. SCS Rol N° 6.579-2013, en la que se cambió una multa por una amonestación, considerados 2°, 3° y 4°.

<sup>90</sup> FERRADA 2014, 259.

visión de derecho estricto<sup>91</sup>, de manera que, si la sanción ha sido impuesta correctamente, la decisión adoptada por la Administración será mantenida por los tribunales de justicia<sup>92</sup>. Ello a propósito de diversos pronunciamientos judiciales (principalmente de cortes de apelaciones) que no obstante sostener la legalidad de la sanción impuesta, rebajaban su *quantum* sin indicar la norma o principio en que se fundamenta dicha decisión.

En otros términos, lo que la Corte Suprema ha buscado establecer es que tratándose de la revisión judicial de las sanciones administrativas prima un control de legalidad, conforme al cual el juez se debe limitar a la revisión de la juridicidad de la decisión, tanto adjetiva como sustantiva<sup>93</sup>, sea por la concurrencia de un vicio de legalidad o constitucionalidad, sin efectuar consideraciones de mérito respecto de los extremos de la sanción aplicada por la autoridad administrativa<sup>94</sup>, lo cual no impide, ciertamente, que se pueda modificar el *quantum* de la multa impuesta por la autoridad administrativa en aquellos casos que se advierta el quebrantamiento del principio de proporcionalidad, toda vez que aquello permite asentar la ilegalidad del acto administrativo<sup>95</sup>.

Junto con ello, también es posible encontrar fallos que señalan que el control judicial no implica la sustitución del acto anulado<sup>96</sup>, debido a que la autoridad judicial no se encuentra facultada para rebajar el monto de la multa e imponer uno distinto al asentado por la autoridad administrativa en virtud de facultades discrecionales de ponderación<sup>97</sup>. Inclusive, se ha sostenido que las agravantes y atenuantes no pueden ser utilizadas por el juez en el reclamo de legalidad de una sanción administrativa para recalificar una infracción impuesta por la Administración<sup>98</sup>.

Este fenómeno puede ser explicado a partir de la distinción efectuada por Nieto entre el titular de la potestad y el de su ejercicio. Según este autor, el titular de la potestad administrativa sancionadora es la Administración, pero su ejercicio puede verse interferido por la actuación de un juez<sup>99</sup>. De esta manera, bien puede el juez anular la sanción y devolver el expediente al órgano respectivo, o bien, puede subrogarse en el ejercicio de la potestad, sustituyendo la sanción administrativa por otra judicial (incluyendo la absolucón). En otros términos, la Administración sería la titular

<sup>91</sup> SCS Rol N° 34.073-2019, c. 3°.

<sup>92</sup> SCS Rol N° 2.242-2018.

<sup>93</sup> SCS Rol N° 34.073-2019, c. 3°.

<sup>94</sup> SCS Rol N° 45.054-2017, c. 11°.

<sup>95</sup> La sanción impuesta debe ser proporcional, “[...] toda vez que, si no cumple esta exigencia, se estaría frente al ejercicio abusivo y arbitrario de una facultad discrecional entregada por la ley a la autoridad administrativa”, SCS Rol N° 12.641-2018, c. 11°.

<sup>96</sup> En este sentido, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco en la causa Rol N° 419-2015 (en contra de este fallo no se dedujeron recursos).

<sup>97</sup> SCS Rol N° 12.641-2018, c. 10°.

<sup>98</sup> SCS Rol N° 21.343-2019, c. 6°.

<sup>99</sup> NIETO 2012, 121.

originaria de la potestad, la cual ejerce directamente, salvo que su ejercicio sea desplazado a un juez.

En nuestra opinión, el problema tiene su origen en la inexistencia de una regla que precise, con carácter general, las medidas que podrá adoptar el juez una vez constatada la ilegalidad del acto, a diferencia de lo ocurre, por ejemplo, con el reclamo de ilegalidad municipal, en donde la ley establece expresamente que la Corte de Apelaciones dispone de un amplio abanico de medidas posibles<sup>100</sup>, o de lo que acontece en materia de mercado financiero, en donde la Corte Suprema, conociendo del reclamo de ilegalidad contra las sanciones impuestas por la Comisión, podrá dejarla sin efecto, confirmarla o modificarla si así surgiere de los antecedentes puestos en su conocimiento<sup>101</sup>.

Por tanto, si bien los tribunales pueden efectuar un control de legalidad y constitucionalidad amplio del acto sancionatorio, frente a la ausencia de una norma expresa, una vez declarado el vicio de que aquél adolece, no pueden sustituirlo.

En efecto, el examen de la legalidad de la sanción impuesta por la Administración no impide una revisión rigurosa de los elementos subjetivos, objetivos y formales que configuran el acto administrativo, como que la sanción emane de la autoridad competente; que haya sido emitida con estricta sujeción al procedimiento establecido por la ley; con respeto de los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria; o que el acto administrativo esté dotado de motivación suficiente<sup>102</sup>. De ello, se desprende que cabe una revisión amplia que extiende tanto a los vicios de legalidad como de constitucionalidad<sup>103</sup>.

En tal contexto, una vez advertida la ocurrencia de alguno de estos vicios, el juez deberá declarar la ilegalidad del acto y devolverlo al órgano administrativo respectivo, sin sustituir la decisión, puesto que, la determinación concreta de la sanción es una potestad que el legislador ha conferido a la autoridad administrativa. En otros términos, la revisión judicial del acto no puede significar un cambio en la titularidad ni en el ejercicio de la potestad sancionadora, las cuales se encuentran radicadas en la Administración.

Este es el criterio actual de la Corte Suprema al sostener que la única forma en que se puede modificar el *quantum* de la multa impuesta por la autoridad administrativa, al amparo del ejercicio de acciones especiales que entregan competencia para determinar su legalidad, es en virtud del quebrantamiento del principio de proporcionalidad<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> Letra h) del artículo 151 de la Ley N° 18.695.

<sup>101</sup> Artículo 71 inciso final de la Ley N° 21.000.

<sup>102</sup> SCS Rol N° 20.795-2018, c. 10°.

<sup>103</sup> REBOLLO *et al.* 2010, 927.

<sup>104</sup> V. gr. SCS Roles N°s 68.722-2016 (2017); 39.365-2017 (2018); 12.641-2018 (2019); 21.090-2020 (2020); 59.785-2020 (2020); 71.917-2020 (2020); 90.749-2020 (2021); entre otras.

Ahora bien, como una forma de evitar las dilaciones indebidas y supuestos de prescripción, el juez puede indicar, en su sentencia, los elementos que la Administración deberá necesariamente tener en especial consideración al momento de dictar la nueva resolución sancionadora, orientaciones que el acto sancionador no podrá soslayar<sup>105</sup>. De manera excepcional, estimamos que el juez podría sustituir la decisión administrativa en aquellos casos en los cuales la discrecionalidad se encuentra reducida, siendo posible, a partir de los antecedentes que constan en el expediente administrativo, emitir una resolución conforme a Derecho, sin vulnerar el ámbito de competencias propio del órgano público. En definitiva, existirá un control positivo de la actuación administrativa en aquellos casos en los cuales la discrecionalidad se “reduce a cero”<sup>106</sup>.

Por último, en la medida que los tribunales establezcan criterios uniformes para la revisión judicial, bien podría el juez, a partir de ellos, fijar mecanismos de control, como en aquellos casos en que se advierta una indebida motivación de los criterios de determinación de la sanción bien podría el juez rebajar la medida a su grado mínimo<sup>107</sup> –decisión que también puede ser entendida como una sanción a la Administración por la inobservancia de sus deberes legales–, o que en aquellos supuestos en los cuales se recalifique una infracción por una más leve, el juez pueda fijar el importe de la multa en su grado máximo dentro de la nueva categoría del ilícito<sup>108</sup>. En otras palabras, el establecimiento de criterios de revisión judicial proporciona certeza y encuentra su fundamento en el principio de seguridad jurídica. Asimismo, la sustitución también se podría dar en los supuestos de cambios de precedente administrativo sin justificación razonada, en particular, en aquellos casos en los cuales la aplicación de sanciones ha sido constante<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> Esto se ha denominado “sentencia-marco” (NIETO 2012, 120).

<sup>106</sup> En este sentido, Parejo reconoce que esa sustitución es posible en el ejercicio de potestades discrecionales, cuando excepcionalmente la situación fáctica del caso pueda (por sus características) determinar una reducción total de la discrecionalidad (1993, 124). En tanto, Sánchez Morón, señala que, por razones de economía procesal, el Juez puede declarar en la sentencia el derecho del interesado a una solución determinada y condene a ésta a emitir el acto respectivo cuando en un caso concreto se comprobara, sin lugar a dudas, que sólo existe una solución viable para el derecho, en los supuestos que la doctrina alemana denomina de reducción de la discrecionalidad *auf null* (1994, 161 y ss.). En Chile este criterio fue recogido por la Corte de Apelaciones de Temuco en la sentencia Rol N° 419-2015 (2015), cc. 13° y 14°.

<sup>107</sup> En la doctrina comparada véase a Rebollo et al. 2010, 492. Asimismo, véase SCS Rol N° 33.860-2019, 2020.

<sup>108</sup> SCS Rol N° 14.991, 2020.

<sup>109</sup> Véase SCS Rol N° 83.664-2020. En el primero de estos casos se decretó la ilegalidad de la sanción por infracción al principio de proporcionalidad, ello en atención a la falta de observancia de sus propias decisiones previas ante eventos similares (se analiza un total de 11 precedentes conforme a los cuales se estableció que el infractor fue castigado con una sanción que duplica, e incluso triplica, el castigo que la autoridad estimó idóneo frente a suspensiones del suministro eléctrico que fueron más extensas), lo que vulnera la exigencia de coherencia de sus actuaciones y el principio de igualdad ante la ley. En este caso, luego de declarar la ilegalidad de la sanción, la Corte sustituyó la decisión administrativa e impuso una nueva sanción, en base a los precedentes previos y conforme a una revaloración de los criterios legales de determinación. Por su parte, en la SCS Rol N° 38165-2021 el recurso a lo precedentes le permitió al máximo tribunal

#### 4. El control judicial especializado: el caso de los Tribunales ambientales

En una situación diferente nos encontramos cuando el control es practicado por un tribunal especializado, como acontece con los tribunales ambientales, en donde el control se muestra mucho más intenso, lo cual demanda un grado de motivación mucho más riguroso de parte de la autoridad administrativa.

En efecto, los Tribunales ambientales practican un control mucho más intenso o fuerte de tipo anulatorio-devolutorio, confirmando la tesis que sostiene que frente a un tribunal ordinario es probable que exista un mayor incentivo a la deferencia administrativa a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de un tribunal especializado<sup>110</sup>.

Al respecto, cabe tener presente que en el ámbito ambiental no se discute la discrecionalidad que tiene la Superintendencia de Medio Ambiente para imponer sanciones y determinar su *quantum* específico. En este sentido, los tribunales ambientales han señalado que, tratándose de una potestad discrecional, en materia de sanciones es a la Administración a la que corresponde ponderar las circunstancias concurrentes para satisfacer la debida proporcionalidad entre los hechos constitutivos de la infracción y la responsabilidad exigida. Así, la Administración goza de un grado de libertad de apreciación y de decisión conferido por la ley, al atribuir la potestad de determinar discrecionalmente la sanción y su monto o cuantía, tratándose de una sanción pecuniaria<sup>111</sup>.

Enseguida, los mismos tribunales sostienen que no corresponde que la sanción específica a aplicar al infractor sea sustituida judicialmente, por cuanto, tratándose del contencioso administrativo ambiental, la ley ha dispuesto categóricamente que los tribunales ambientales no podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados (inciso 2º del artículo 30 de la Ley N° 20.600)<sup>112</sup>.

Por tanto, se trata de un control de tipo anulatorio-devolutorio, lo cual es sin perjuicio de que la sentencia pueda dejar establecidos ciertos hechos o dar cuenta de que el nuevo acto administrativo deberá considerar determinados aspectos, esto es, una suerte de sentencia-marco, que indica los requisitos a los que habrá de ajustarse la actuación administrativa debida<sup>113</sup>.

En tal sentido, en la causa R-6-2014 el Tercer Tribunal Ambiental acogió la reclamación deducida, indicando que no se había considerado el criterio de "intencionalidad" en la determinación de una de las sanciones aplicadas. Por ello, procedió a anular parcialmente la resolución sancionadora, señalando que la sanción impuesta a la infracción allí señalada tendrá que ser modificada por la SMA, la cual deberá considerar la circunstancia aludida al

---

establecer que la multa impuesta por la autoridad administrativa se encontraba dentro del "rango promedio", descartando la ilegalidad de la sanción.

<sup>110</sup> CORDERO y TAPIA 2015, 7-65.

<sup>111</sup> S3TA R-6-2014, 2014, c. 96º.

<sup>112</sup> S1TA Rol N° 15-2019, 2019, c. 181.

<sup>113</sup> HUERGO 2000, 283 y ss.; DOMÉNECH 2018, 151; CANO 2019, 2018.

momento de determinar nuevamente la sanción específica (control anulatio-devolutorio).

En este mismo sentido, en la causa R-154-2017 el Segundo Tribunal Ambiental, acogió parcialmente la reclamación presentada anulando una de las infracciones imputadas, ordenando que en la nueva resolución que dicte, la SMA deberá efectuar una nueva determinación y ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, considerando solo la infracción que permanece (2018, c. 59°).

Estimamos que este tipo de control es consistente con la exigencia impuesta con por el artículo 30 de la Ley N° 20.600, encontrándose en armonía con la distribución de potestades de sanción (Administración) y revisión (tribunales).

No obstante, existen pronunciamientos en los cuales la Corte Suprema ha modificado la decisión de la autoridad administrativa y del propio tribunal ambiental recalificando los hechos e imponiendo directamente una sanción administrativa sin devolución al órgano administrativo especializado. Aun cuando se trata de un único caso a la fecha, cabe poner especial atención a este criterio, el cual implica una afectación manifiesta a la distribución de competencias de la institucionalidad ambiental vigente<sup>114</sup>.

Por último, cabe manifestar que la especialidad ha repercutido en una mayor exigencia del tribunal en cuanto al estándar de motivación, lo que ha provocado que la autoridad administrativa destine significativos esfuerzos en la dictación de un acto sancionador exhaustivo<sup>115</sup>. En este sentido, no cabe confundir la motivación suficiente con una motivación extensiva, por cuanto la motivación debe responder a un criterio "cualitativo" más que a uno "cuantitativo". En este último sentido, un buen ejemplo es el proporcionado por Igartúa, quien señala que en Italia la Administración se vengaba de los jueces con "motivaciones kilométricas" como respuesta a las sentencias que anulaban sus actos por motivación insuficiente<sup>116</sup>.

#### IV. Conclusiones

El sistema general de control judicial de los actos administrativos es plenamente aplicable tratándose de sanciones administrativas, siendo necesario revisar los elementos subjetivos, objetivos y formales del acto, pudiendo advertir vicios de legalidad o de constitucionalidad del acto. Este sistema debe ser necesariamente complementado con las técnicas tradicionales de control judicial de la discrecionalidad, por cuanto, contrariamente a lo sostenido por la jurisprudencia y doctrina, el ejercicio de potestades administrativas sancio-

<sup>114</sup> Véase SCS Rol N° 14.568-2021, caso Punta Puertecillo.

<sup>115</sup> V. gr. SCS N° 79.353-2020.

<sup>116</sup> IGARTÚA, 1998, 154.

nadoras no es estrictamente reglado, admitiendo márgenes de discrecionalidad en su ejercicio.

El principal problema del control judicial dice relación con el grado de intensidad de la revisión y la posibilidad de que el juez pueda sustituir la decisión de la Administración. Al respecto, la jurisprudencia actual da cuenta de un control de legalidad del acto, lo que no impide una revisión rigurosa de los elementos subjetivos, objetivos y formales que configuran el acto administrativo, como lo es que la sanción emane de la autoridad competente; que haya sido emitida con estricta sujeción al procedimiento establecido por la ley; con respeto de los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria; o que el acto administrativo esté dotado de motivación suficiente.

Ahora, dada la distribución de competencias sanción-revisión, estimamos que el juez solo puede declarar la nulidad del acto sancionador y devolverlo al órgano respectivo para que emita una nueva resolución conforme a derecho. De manera excepcional, el juez podrá sustituir el acto en aquellos casos en los cuales la ley expresamente lo autorice o en aquellos supuestos en los que la discrecionalidad pueda ser reducida a cero.

Distinta es la situación de los tribunales especializados, como los Tribunales ambientales, que practican un control mucho más intenso o fuerte de tipo anulatorio-devolutorio, control que es consistente con la exigencia impuesta por el artículo 30 de la Ley N° 20.600 y que se encuentra en armonía con la distribución de potestades de sanción (Administración) y revisión (tribunales). Con todo, al igual como ocurre con la judicatura ordinaria, el juez contencioso especial carece de competencia para sustituir a la Administración en la aplicación de la medida sancionadora.

## Bibliografía Citada

- AGUERREA MALLEA, Pedro (2005). *Límites procesales a las potestades sancionadoras de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En AA.VV. [Coord.], Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo. Santiago, Universidad Santo Tomás, 76-77.
- ALARCÓN JAÑA, Pablo (2009). La discrecionalidad administrativa ante la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia", en *La Primacía de la Persona, estudios en homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*, LegalPublishing - Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 771-782.
- BACA ONETO, Víctor (2016). Retroactividad favorable en derecho administrativo sancionador, en: *Themis-Revista de Derecho*, N° 69, 27-43.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (1997). La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de la atribución). Madrid, Marcial Pons.
- Baño León, José María (2012). La retroacción de actuaciones: ¿Denegación de justicia o garantía injustificable?, en: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y ALONSO GARCÍA, Ricardo [Coord.] *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial: Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Tomo I. Madrid, Civitas, 579-578.
- BAÑO LEÓN, José María (2015). *La discrecionalidad administrativa en las sanciones del Derecho de la Competencia*, en GUILLÉN CARAMÉS, Javier (Dir.), Estudios sobre la potestad

- sancionadora en el Derecho de la Competencia. Madrid, Thomson Reuters-Civitas Cizur Menor, 467-486.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (1999). La aplicación de la ley penal derogada, en: *Revista del Colegio de Abogados*, N° 17, 10-68.
- CASINO RUBIO, Miguel (2017). *El control del quantum de las sanciones administrativas y los casos de anulación seguida de la retroacción de actuaciones*, en: PAREJO ALFONSO, Luciano y J. VIDA FERNÁNDEZ [Coord.], Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. Tomo I. Valencia, Tirant lo Blanch, 1079-1098.
- CASINO RUBIO, Miguel (2015). La potestad sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida, en: *Documentación Administrativa*, N° 2, <https://doi.org/10.24965/da.v0i2.10262>
- CANO CAMPOS, Tomás (2014). *Las sanciones de tráfico*. 2ª edición, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (2004). *La desviación de poder*. 2ª edición, Madrid, Civitas.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2013). Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena, en: *Revista de Derecho (Coquimbo)*, N° 20, Vol.1, 79-103.
- CORDERO VEGA, Luis (29 de diciembre de 2014). Lo que se juega en la motivación del acto administrativo. *El Mercurio Legal*. <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2014/12/29/Lo-que-se-juega-en-la-motivacion-del-acto-administrativo.aspx>.
- DESIDENTADO DAROCA, Eva (1997). *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Madrid, Civitas.
- DESIDENTADO DAROCA, Eva (2009). La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones, en: *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 84, 85-134.
- DESIDENTADO DAROCA, Eva (2010). *Discrecionalidad administrativa en la imposición de sanciones*, en LOZANO CUTANDA, Blanca (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*. Madrid, Iustel, 348-349.
- DIEZ SASTRE, Silvia (2008). *El precedente administrativo. Fundamento y eficacia vinculante*. Madrid | Barcelona | Buenos Aires, Marcial Pons.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2018). Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa, en: *Revista Andaluza de Administración Pública*, N° 100, 131-164.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (1991). *Arbitrariedad y discrecionalidad*. En AA.VV. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III. Madrid, Civitas, 2255-2311.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2014). *La articulación de las potestades administrativas y jurisdiccionales en la aplicación de sanciones administrativas en el Derecho chileno: poderes distintos, pero complementarios*, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime y ALARCÓN, Pablo [Coords.], *Sanciones Administrativas*. Santiago, Thomson Reuters - La Ley, 239-261.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y BORDALÍ, Andrés (2008). *Estudios de Justicia Administrativa*. Santiago, Lexis Nexis.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1992). *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid, Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2006). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I* (13ª edición). Madrid, Thomson-Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2011). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I* (15ª edición). Madrid, Thomson-Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2020). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I* (19ª edición). Madrid, Thomson-Civitas.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda (2017). El non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 49, 101-138.
- GÓMEZ, Rosa Fernanda (2020). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración, en: *Ius et Praxis*, N° 26, Vol. 2, 193-218.

- GÓMEZ, Rosa Fernanda (2021). *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límite y mecanismos de control*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo (2017). *Derecho Administrativo sancionador. Parte General*. 4º edición, Pamplona, Editorial Aranzadi
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2007). *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tomo II. 4ª edición, Madrid, Civitas.
- GUILLOFF TITIUN, Matías y SOTO DELGADO, Pablo (2015). *Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva*, en FERRADA, Juan Carlos; BERMÚDEZ, Jorge y PINILLA, Francisco [Coords.], *La nueva justicia ambiental*. Santiago, Thomson Reuters-La Ley, 101-124.
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2018). *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad*. Santiago, Thomson Reuters.
- HUERGO LORA, Alejandro (2007). *Las sanciones administrativas*. Madrid, lustel.
- HUERGO LORA, Alejandro (2000). *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*. Pamplona, Aranzadi.
- HUERGO LORA, Alejandro (1995). La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos, en: *Revista de Administración Pública*, N° 137, 189-238.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2020). Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental, en: *Revista de Derecho* (Valparaíso), N° 54, Vol. 1, 95-125.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (1998). *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2001), *La determinación de la sanción administrativa*, en: *Revista de Derecho Administrativo* (ejemplar dedicado a: *Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*), N° 1, 207-258.
- JARA SCHNETTLER, Jaime (2018). La revisión jurisdiccional de las sanciones administrativas y la garantía del recurso de plena jurisdicción, en: *Revista de Derecho*, N° 89, 59-91.
- LASCUARAIN SÁNCHEZ, Juan. (2000). *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid, Civitas.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco (2010). *Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras*. En Lozano, Blanca [Dir.], *Diccionario de sanciones administrativas*. Madrid, lustel, 721.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (1990). *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias* (Madrid | Barcelona | Buenos Aires, Marcial Pons).
- MARTÍN MATEO, Ramón (1986). *Prólogo al libro de J. A. Tardío Pato. Control jurisdiccional de concursos de mérito, oposiciones y exámenes académicos*. Madrid, Civitas.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1989). *La reserva de jurisdicción*. Madrid, La Ley.
- NIETO, Alejandro (1964). Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria, en: *Revista de Administración Pública*, N° 44, 147-162.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (2005). *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª edición, Madrid, Tecnos.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ª edición, Madrid, Tecnos.
- OSORIO VARGAS, Cristóbal (2017). *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte General*. 2ª edición, Santiago, Thomson Reuters.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1993). *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid, Tecnos.
- PARODI TABAK, Alejandro (2010). Ineficacia de multa por demora excesiva de la Administración en resolver el procedimiento sancionatorio. En FERNANDOIS Arturo y DELAVEAU, Rodrigo [Ed.], *Sentencias Destacadas 2009*. Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo, 237-261.
- PIERRY ARRAU, Pedro (2017). *Derecho administrativo. Obra Reunida*. Valparaíso, Ediciones UV.
- QUEZADA RODRÍGUEZ, Flavio. (2017). *Procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 19.880*. Santiago, Librotecnia.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2021). *Aplicación del tiempo de las normas sancionadoras comentó el artículo dos 48 del texto único ordenado de la ley del procedimiento administrativo*

- general*, en ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy [Dir.], Estudios sobre Derecho Administrativo, Vol. I, A 20 Años de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Derecho y Sociedad, 713-714.
- REBOLLO PUIG, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía; BUENO ARMIJO, Antonio e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2010). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, Lex Nova.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2015). *Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora*, en GUILLÉN, Javier y CUERDO, Miguel [Coords.], Estudios sobre la potestad sancionadora en el Derecho de la Competencia. Madrid, Thomson Reuters-Civitas Cizur Menor, 407-466.
- SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén (2011). *Discrecionalidad administrativa: doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid, Tecnos.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan (2014). Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos, en: *Revista de administración pública*, N° 195, 197-215.
- SOTO DELGADO, Pablo (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental, en *Ius et Praxis*, N° 22, Vol. 2, 189-226.
- SUAY RINCÓN, José (1989). *Sanciones Administrativas*. Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España.
- TAPIA, Javier y CORDERO, Luis (2015). La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional, en *Estudios Públicos*, N° 139, 7-65.
- VAN WEEZEL, Alex. (2017). Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo, en *Política Criminal*, Vol. 12, N° 24, Art. 9, 1015-1016. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_12/n\\_24/Vol12N24A9.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A9.pdf) (última visita el 09 de noviembre de 2017).
- VERMEULE, Adrian (2016). *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*. Cambridge, Harvard University Press.

## Normativa Citada

- Constitución Política de la República [CPR], Decreto Supremo N° 100 de 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Decreto Ley N° 3.538 de 1980. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. 9 de diciembre de 1980.
- Decreto N° 1.122 de 1981 [con fuerza de ley]. Fija texto del Código de Aguas. 13 de agosto de 1981.
- Ley N° 18.410 de 1985. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 26 de abril de 1985.
- Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 13 de diciembre de 2000.
- Ley N° 19.880 de 2003. Establece bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. 22 de mayo de 2003.
- Ley N° 20.417 de 2010. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. 12 de enero de 2010.
- Ley N° 20.600 de 2012. Crea los Tribunales Ambientales. 18 de junio de 2012.

## Jurisprudencia citada

### Administrativa

- Contraloría General de la República. Dictamen N° 25.583, de 11 de noviembre de 2018.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 38.075, de 30 de septiembre de 2002.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 43.149, de 10 de noviembre de 2000.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 6.926, de 23 de febrero de 2001.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 16.456, de 2 de abril de 2004.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 38.072, de 28 de julio de 2004.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 45.905, de 23 de diciembre de 1976.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 88.303, de 23 de diciembre de 1976.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 20.991, de 3 de agosto de 1984.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 25.961, de 17 de julio de 2000.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 3.858, de 1 de febrero de 2001.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 38.075, de 30 de septiembre de 2002.  
 Contraloría General de la República. Dictamen N° 81.827, de 23 de octubre de 2014.

## Constitucional

Control de Constitucionalidad presentado por la Cámara del Senado, respecto del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral (2003): Tribunal Constitucional, 17 de junio de 2003 (Rol N° 376, 2003). [Control de Constitucionalidad].

Control de Constitucionalidad presentado por la Cámara de Diputados, respecto del proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el código penal en materia de lavado y blanqueo de activos (2003): Tribunal Constitucional, 28 de octubre de 2003 (Rol N° 389, 2003). [Control de Constitucionalidad].

Control de Constitucionalidad presentado por la Cámara de Diputados, respecto del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones (1993): Tribunal Constitucional, 21 de noviembre de 1933 (Rol N° 176, 1933). [Control de Constitucionalidad].

Congregación Salesiana con Superintendencia de Educación (2020): Corte Suprema, 21 de enero 2020 (Rol N° 6.232-2019) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].

Contienda de competencia presentado por Fiscal Regional del Ministerio Público del Biobío, suscitada entre el Ministerio Público y el Juzgado de Garantía de Concepción (2014): Tribunal Constitucional, 9 de julio del 2014 (Rol N° 2657, 2014). [Contienda de competencia].

Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Julio César Ponce Lerou, respecto del artículo 29, inciso primero, del D.L. N° 3.538, de 1980, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros en la causa rol N° 7250-2016 que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2018): Tribunal Constitucional, 24 de mayo de 2018 (Rol N° 3236-2016). [Requerimiento de inaplicabilidad].

Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Alberto Le Blanc Matthaei, respecto del artículo 29, inciso primero, del D.L. N° 3.538, de 1980, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros en la causa rol N° 2804-2017 que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2018): Tribunal Constitucional, 7 de mayo de 2018 (Rol N° 3542-2017). [Requerimiento de inaplicabilidad].

Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Larraín Vial S.A. Corredores de Bolsa respecto del artículo 29, inciso primero, del D.L. N° 3.538, de 1980, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros en la causa rol N° 13.070-2015 que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2018): Tribunal Constitucional, 7 de mayo de 2018 (Rol N° 3575-2017). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].

Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Leonidas Vial Echeverría, respecto del artículo 29, inciso primero, del D.L. N° 3.538, de 1980, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros en la causa rol N° 13.070-2015 que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2018): Tribunal Constitucional, 7 de mayo de 2018 (Rol N° 3.685-2017). Pleno [Requerimiento de inaplicabilidad].

Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por los Senadores Evelyn Matthei Fonet y Otros, respecto del ciertas disposiciones del proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones (2005): Tribunal Constitucional, 21 de abril de 2005 (Rol N° 437, 2005). Pleno. [Requerimiento de inconstitucionalidad].

- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por el Senador Guido Girardi Lavín, respecto del artículo 416 inciso tercero, del Código Procesal Penal en relación al proceso sobre desafuero, en la causa rol N° 2257-2006 que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2006): Tribunal Constitucional, 8 de agosto de 2006 (Rol N° 478, 2006). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Sergio Abraham Salinas Pérez, respecto de los artículos 6°, letra B) N° 6, y 115 del Código Tributario, así como en contra del artículo 19, letra b), del Decreto con Fuerza de Ley N° 7 de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, en la causa rol N° 10.4392006 que se sigue ante Tribunal Tributario (2018): Tribunal Constitucional, 6 de septiembre de 2006 (Rol N° 616, 2007). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Emilio Balmaceda Jarufe, respecto del artículo 1° de la Ley N° 19.989, en la causa rol N° 296-2007, que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso (2008): Tribunal Constitucional, 12 de agosto de 2008 (Rol N° 808, 2008). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Juan Pablo Castro Torres, respecto del artículo 1° de la Ley N° 19.989, en la causa rol N° 6804-2009, que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2010): Tribunal Constitucional, 28 de octubre de 2010 (Rol N° 1393, 2010). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Sociedad Comercial e Industrial Minex Limitada, actualmente Minex S.A., respecto del N° 6 de la letra B) del artículo 6° y del artículo 115 del Código Tributario, así como de la letra b) del artículo 19 de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, contenida en el D.F.L. N° 7, del Ministerio de Hacienda, de 1980, en la causa rol N° 1045-2011, que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2012): Tribunal Constitucional, 31 de octubre de 2012 (Rol N° 2111, 2012). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Cámara de Diputados, respecto del proyecto de ley contenido en el Boletín N° 3953-04, que introduce modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación (2007): Tribunal Constitucional, 19 de junio de 2007 (Rol N° 771, 2007). [Requerimiento de inconstitucionalidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Jaime Eduardo Rosso Bacovic, respecto de los artículos 7°, inciso tercero, 8° N° 5, y 22 N° 3, de la Ley N° 18.175, en la causa rol N° 2910-2009, que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2010): Tribunal Constitucional, 16 de noviembre de 2010 (Rol N° 1413, 2010). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Elizabeth Olguín Suárez, respecto del artículo 1° de la Ley N° 19.989, en la causa rol N° 8642-2011, que se sigue ante la Corte Suprema (2012): Tribunal Constitucional, 5 de junio de 2012 (Rol N° 2066, 2012). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Arturo Enrique Orellana Ulloa, respecto del 1° de la Ley N° 19.989, en la causa rol N° C 3212-2012, que se sigue ante el Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta (2013): Tribunal Constitucional, 12 de septiembre de 2013 (Rol N° 2301, 2013). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Jimena Ibáñez, respecto del 1° de la Ley N° 19.989, en la causa rol N° C 1757-2014, que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta (2015): Tribunal Constitucional, 20 de agosto de 2015 (Rol N° 2727, 2015). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Kenneth Romero Quiroz, respecto del 1° de la Ley N° 19.989, en la causa rol N° 840-2015, que se sigue ante la Corte de Apelaciones de la Serena (2015): Tribunal Constitucional, 30 de diciembre del 2015 (Rol N° 2866, 2015). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por María Isabel Reyes Kokisch, respecto de varias disposiciones del Código Orgánico de Tribunales, en la causa rol N° 19202006, que se sigue ante que se sigue ante el Ministro en Visita don Juan Escobar Zepeda

- (2007): Tribunal Constitucional, 31 de agosto de 2007 (Rol N° 747, 2007). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por ESVAL S.A., respecto del artículo 3 letra i) y l) del Decreto con Fuerza de Ley 292, de 1952, en la causa rol N° 31842014, que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso (2016): Tribunal Constitucional, 12 de mayo de 2016 (Rol N° 2784, 2016). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Francisco Petour Goycolea, respecto de los de los artículos 12 y 14 de la Ley N° 17.322, sobre Normas para la Cobranza Judicial de Cotizaciones, Aportes y Multas de las Instituciones de Seguridad Social, en la causa que se sigue ante el 8° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (2007): Tribunal Constitucional, 24 de abril de 2007 (Rol N° 576, 2007). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Fiscal Adjunto del Ministerio Público de San Fernando, respecto del artículo 425 inciso cuarto del Código Procesal Penal, en la causa sobre querrela de capitulo que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Rancagua (2007): Tribunal Constitucional, 14 de septiembre de 2007 (Rol N° 699, 2007). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria Coquimbo respecto del inciso final del artículo 31 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en la causa rol N° 3.733-2009, que se sigue ante la Corte Suprema (2010): Tribunal Constitucional, 7 de septiembre de 2010 (Rol N° 1448, 2010). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Fuenzalida Cerpa, respecto del artículo 163, letra e), inciso primero, del Código Tributario, en la causa rol N° 55-2010, que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Valdivia (2011): Tribunal Constitucional, 14 de junio de 2011 (Rol N° 1718, 2011). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por SAPRE CRUZ BLANCA S.A., respecto del apartado 7° del Auto Acordado de la Corte Suprema, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, en las causas roles N°s 3000-2010, 2565-2010 y 2270-2010, que se sigue ante la Corte Suprema (2011): Tribunal Constitucional, 18 de agosto de 2011 (Rol N° 1812, 2011). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Santander Servicios de Recaudación y Pago Limitada, respecto del inciso duodécimo del artículo 3° del D.L. N° 3.607, de 1981 –que establece nuevas normas sobre funcionamiento de vigilantes privados–, en la causa rol N° 1225-2007, que se siguen ante la Corte de Apelaciones Santiago (2011): Tribunal Constitucional, 7 de julio de 2011 (Rol N° 1838, 2011). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Universidad Alberto Hurtado, respecto del inciso primero del artículo 8° de la Ley N° 17.322 -, en la causa Rit A-1931-2009, que se siguen ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago (2011): Tribunal Constitucional, 9 de agosto de 2011 (Rol N° 1876, 2011). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Sociedad Starco S.A., respecto del del N° 1, letra a), del artículo único de la Ley N° 20.238, que agregó una oración final al inciso primero del artículo 4° de la Ley N° 19.886, en la causa rol N° 416-2011, que se siguen ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2012): Tribunal Constitucional, 15 de mayo del 2012 (Rol N° 1968, 2012). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Banco de Chile, respecto de la oración final del inciso primero del artículo 4° del texto vigente de la Ley N° 19.886, de “Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios”, de la causa que se siguen ante 14° Juzgado Civil de Santiago (2013): Tribunal Constitucional, 4 de julio de 2013 (Rol N° 2133, 2013). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Carlos Contreras Quispe, respecto del inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, en la causa rit N° 473-2010, que se siguen ante el Juzgado de Garantía de Pozo Almonte (2014): Tribunal Constitucional, 9 de enero del 2014 (Rol N° 2354, 2014). [Requerimiento de inaplicabilidad].

- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Empresas Ariztía S.A., respecto del artículo 29 del Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre Defensa de la Libre Competencia, en la causa rol N° 236-11, que se siguen ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2013): Tribunal Constitucional, 20 de agosto del 2013 (Rol N° 2381, 2013). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Gustav Niedereder, respecto de los artículos 120 letra a), 261 letra a) y 389 todos del Código Procesal Penal, en la causa Rol N° 22392-2014, que se sigue ante la Corte Suprema (2015): Tribunal Constitucional, 24 de septiembre del 2015 (Rol N° 2697, 2015). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Asesorías e Inversiones Mass Limitada y respecto del artículo 432, del Código de Procedimiento Civil, en la causa rol N° C-17.176-2013 que se sigue ante el Decimosexto Juzgado Civil de Santiago (2014): Tribunal Constitucional, 17 de noviembre de 2015 (Rol N° 2687-2015). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Asesorías e Inversiones Mass Limitada, respecto del artículo 432, del Código de Procedimiento Civil, en la causa rol N° C-17.176-2013 que se sigue ante el Decimosexto Juzgado Civil de Santiago (2015): Tribunal Constitucional, 17 de noviembre de 2015 (Rol N° 2687-2014). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Educativa Patris Limitada y Compañía C.P.A, respecto del artículo 24, del Código Penal, en la causa rol N° 7573-2014 que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2015): Tribunal Constitucional, 24 de diciembre de 2015 (Rol N° 2799-2015). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Silvia Olivos Leyton, respecto del artículo 8 inciso 1°, de la Ley N° 17.322 sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social, en la causa rit N° A-7309-2007, que se sigue ante el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago (2015): Tribunal Constitucional, 24 de diciembre de 2015 (Rol N° 2853-2015). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Sociedad CURAUMA S.A, respecto de los artículos 45, inciso 1° y 2°, y 57 inciso 2°, del Código del Comercio, en la causa rol N° 25.147-2014, que se sigue ante la Corte Suprema (2016): Tribunal Constitucional, 12 de enero de 2016 (Rol N° 2757-2014). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Nel Greeven Bobadilla, respecto del artículo 102 letras A) a N), de la Ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia, en la causa RUC 14-2-0428888-8, que se sigue ante el Juzgado de Familia de Pudahuel (2016): Tribunal Constitucional, 3 de marzo de 2016 (Rol N° 2743-2014). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Nel Greeven Bobadilla, respecto del artículo 102 letras A) a M), de la Ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia, en la causa RUC 14-2-05214099-3, que se sigue ante el Juzgado de Familia de Pudahuel (2016): Tribunal Constitucional, 3 de marzo de 2016 (Rol N° 2743-2015). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Aldo Javier Rojas Hernández, respecto de los artículos 195, 195 bis y 196 ter, de la Ley N° 18.290, en la causa rol N° 117-2016, que se sigue ante el Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio (2016): Tribunal Constitucional, 13 de diciembre de 2016 (Rol N° 2983-2016). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Eventos y Estudios First Team Ltda, respecto del artículo 41, del Código de Procedimiento Civil, en la causa rol N° 553-2016., que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso (2017): Tribunal Constitucional, 25 de mayo de 2017 (Rol N° 3107-2016). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Sociedad Educativa Patris Limitada y Compañía, respecto del artículo 24, del Código Penal, en la causa rol N° 7573-2014.,

- que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2015): Tribunal Constitucional, 24 de diciembre de 2015 (Rol N° 2799-2015). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Antonio Alfonso Ramos Vera, respecto del artículo 1, de la Ley N° 19.989, en la causa rol N° 7297-2009., que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2010): Tribunal Constitucional, 7 de septiembre de 2010 (Rol N° 1411-2009). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Dauno Totoro Taulis, respecto del artículo 1, de la Ley N° 19.989, en la causa rol N° 7986-2009., que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2010): Tribunal Constitucional, 2 de noviembre de 2010 (Rol N° 1429-2009). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Dauno Totoro Taulis, respecto del artículo 1, de la Ley N° 19.989, en la causa rol N° 7986-2009., que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2010): Tribunal Constitucional, 2 de noviembre de 2010 (Rol N° 1429-2009). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Úrsula Cortés Zamora, respecto del artículo 1, de la Ley N° 19.989, en la causa rol N° 7833-2009., que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2010): Tribunal Constitucional, 7 de septiembre de 2010 (Rol N° 1438-2009). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Juan Carlos Espinosa Rojas, respecto del artículo 1, de la Ley N° 19.989, en la causa rol N° 8063-2009., que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2010): Tribunal Constitucional, 9 de diciembre de 2010 (Rol N° 1449-2010). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Enrique Salazar Umaña, respecto del artículo 1, de la Ley N° 19.989, en la causa rol N° 8225-2009., que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2010): Tribunal Constitucional, 28 de octubre de 2010 (Rol N° 1473-2009). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por María Rocío Zamorano Pérez, respecto del artículo 277 inciso 2°, del Código Penal, en la causa rit N° 8867-2008., que se sigue ante el Juzgado de Garantía de Santiago (2010): Tribunal Constitucional, 28 de enero de 2010 (Rol N° 1535-2009). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por MINERA LÍMITE S.A, respecto del artículo 70 inciso 1° del Código de Minería y del artículo 2 inciso 2° de la Ley N° 19.573, acerca de múltiples causas que se siguen ante la Corte Suprema (2012): Tribunal Constitucional, 26 de abril de 2012 (Rol N° 1994-2011). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Agrícola Los Boldos, respecto del artículo del artículo 432, del Código de Procedimiento Civil, en la causa rol N° C-13569-2010, que se sigue ante el Segundo Juzgado Civil de Rancagua (2014): Tribunal Constitucional, 30 de diciembre de 2014 (Rol N° 2546-2013). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Leonardo Omar Rodríguez Sepúlveda, respecto del artículo del artículo 277, del Código Procesal Penal, en la causa rol N° 28-2014, que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Concepción (2014): Tribunal Constitucional, 30 de diciembre de 2014 (Rol N° 2628-2014). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Sociedad Christie Limitada, respecto de los artículos 416 y 416 bis, del Código de Procedimiento Civil, en la causa rol N° C-246-2012, que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Copiapo (2014): Tribunal Constitucional, 29 de octubre de 2015 (Rol N° 2748-2014). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Sociedad OMINOR INGENIERIA Y PROYECTOS S.A, respecto del artículo 70 del Código de Minería y del artículo 2 inciso 2° de la Ley N° 19.573, en las causas roles N° 4384-11 Y 4974-11, que se siguen ante la Corte Suprema (2012): Tribunal Constitucional, 14 de junio de 2012 (Rol N° 2053-2011). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad presentado por MINERA LÍMITE S.A, respecto del artículo 70 del Código de Minería y del artículo 2 inciso 2° de la Ley N° 19.573, acerca de múltiples causas que se siguen ante la Corte de Apelaciones de Copiapó (2013):

Tribunal Constitucional, 24 de enero de 2013 (Rol N° 2166-2012). [Requerimiento de inaplicabilidad].

## Judicial

- Aguas de Antofagasta S.A. con Superintendencia de Servicios Sanitarios (2017): Corte Suprema, 3 de agosto 2017 (Rol N° 88.935-2016) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Aguas del Altiplano S.A. con Superintendencia de Servicios Fisco (2013): Corte Suprema, 13 de junio 2013 (Rol N° 1.757-2013) Tercera Sala. [Recurso de Casación la Forma y el Fondo].
- Albalá Chamudes Fernando-Vera Soto Fernando con Instituto de Salud Pública de Chile (2014): Corte Suprema 12 de agosto 2014 (Rol N° 18.936-2014) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Arneric Álvarez Delia con Ministerio de Planificación y Cooperación (2012): Corte Suprema, 12 de abril 2012 (Rol N° 1.148-2012). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Ávila Romero Jessica con Ilustre Municipalidad de Renca (2010): Corte Suprema, 23 de septiembre 2010 (Rol N° 5.582-2010). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Cerfogli Flores Santiago con Consejo de Defensa Del Estado (2022): Corte Suprema, 18 de abril 2022 (Rol N° 12.457-2021) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- CGE Distribución s.a con Superintendencia de Electricidad y Combustible (2018): Corte Suprema, 12 de marzo 2018 (Rol N° 2.242-2018) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Chilectra S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustible (2017): Corte Suprema, 27 de marzo 2017 (Rol N° 97.737-2016) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Chilectra S.A con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2013): Corte Suprema, 25 de julio 2013 (Rol N° 8.799-2012) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Chilectra S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2011): Corte Suprema, 11 de abril 2011 (Rol N° 109-2011) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Chilquinta Energía S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2018): Corte Suprema, 20 de junio 2018 (Rol N° 45.054-2017) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Citelum Chile Servicios de Iluminación Urbana S.A. (2019): Corte Suprema, 17 junio 2019 (Rol N° 18.835-2018) Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Claro Comunicaciones S A. con Consejo Nacional de Televisión (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de agosto 2018 (Rol N° 230-2018) Sexta Sala. [Recurso de Apelación]. Corporación Educacional Celestin Freinet con Superintendencia de Educación (2021): Corte Suprema, 10 de septiembre 2021 (Rol N° 38.418-202) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Compañía Contractual Minera Candelaria con Superintendencia Del Medio Ambiente (2022): Corte Suprema, 20 de junio 2022 (Rol N° 4.308-2021) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2017): Corte Suprema, 16 de mayo 2017 (Rol N° 6.979-2017) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Consejo Nacional de Televisión (2018): Corte Suprema, 13 de noviembre 2018 (SCS Rol N° 45.290-2017) Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Consejo Nacional de Televisión (ENTEL Telefonía Local S.A.) (2020): Corte Suprema Sentencia, 30 de noviembre 2020 (Rol N° 71.917-2020) Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Congregación Salesiana con Superintendencia de Educación (2020): Corte Suprema, 21 de enero 2020 (Rol N° 6.232-2019) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Comercial Torino S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2011): Corte Suprema, 28 de noviembre 2011 (Rol N° 10.535-2011) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Cooperativa Eléctrica Curicó Limitada con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2022): Corte Suprema, 21 de enero 2022 (Rol N° 159-2022) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Corporación Laureles con Superintendencia de Educación (2020): Corte Suprema, 03 de abril 2020 (Rol N° 33.860-2019) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].

- Correa Valenzuela María Rebeca contra Superintendencia de Educación (2015): Corte de Apelaciones de Temuco, 12 de junio 2015 (Rol N° 419-2015) Segunda Sala. [Recurso de Reclamación].
- David Villanueva Pérez Servicios de Prospección Geológica y Computacionales E.I.R.L. con Fisco de Chile (2021): Corte Suprema, 8 de febrero 2021 (Rol N° 90.749-2020) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Distribuidora Importadora Dimarsa Limitada con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2020): Corte Suprema, 10 de febrero 2020 (Rol N° 34.073-2019) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Empresa Eléctrica Edelayen S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2017): Corte Suprema, 8 de febrero 2017 (Rol N° 68.722-2016) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente (2016): Corte Suprema, 13 de diciembre 2016 (Rol N° 17.736-2016) Tercera Sala. [Recurso de Casación en la Forma y Fondo].
- ENDESA con Superintendente del Medio Ambiente Sentencia (2015): Tercer Tribunal Ambiental, 27 de marzo de 2015 (R-6-2014). [Recurso de Reclamación].
- Enel Distribucion Chile S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2022): Corte Suprema, 18 de febrero 2022 (Rol N° 30.424-2021) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Enap Refinerías S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2013): Corte Suprema, 8 de abril 2013 (Rol N° 783-2013) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Fisco de Chile (2019): Corte Suprema, 8 de octubre 2019 (Rol N° 23.221-2018) Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- FMC con Superintendencia del Medio Ambiente (2021): Corte Suprema, 26 de abril de 2021 (Rol N° 79.353-2020) Tercera Sala. [Reclamo de ilegalidad].
- Francisco Fuenzalida Jarpa con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2015): Corte Suprema, 26 de marzo 2015 (Rol N° 31.556-2014) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Fundación Educacional Cristo Rey con Superintendencia de Educación (2021): Corte Suprema, 22 de junio 2021 (Rol N° 6.666-2021) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Gas Atacama Chile S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2020): Corte Suprema, 15 de enero 2020 (Rol N° 14.991-2019) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Global System Chile SpA (2019): Corte Suprema, 8 de octubre 2019 (Rol N° 23.220-2018) Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Ingeniería Maestranza y Montajes Héctor Vega Zúñiga Ltda. con Subsecretaría de Salud Pública (2020): Corte Suprema, 28 de diciembre 2020 (Rol N° 59.785-2020) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Instituto de Educación Rural con Superintendencia de Educación (2015): Corte Suprema, 25 de mayo 2015 (Rol N° 1.823-2015) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Inspección Comunal del Trabajo con Faenadora San Vicente Ltda. (2009): Corte Suprema, 24 de marzo 2009 (Rol N° 196-2009) Cuarta Sala [Recurso de Casación en el Fondo].
- Ilustre Municipalidad de Antofagasta, Dirección de Obras Municipales con Aguas de Antofagasta S.A. (2012): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de junio 2012 (Rol N° 86-2012) Segunda Sala. [Recurso de Apelación].
- Ilustre Municipalidad de Iquique con Superintendencia de Medio Ambiente (2019): Primer Tribunal Ambiental, 1 de julio del 2019 (R-15-2019). [Recurso de Reclamación].
- Ilustre Municipalidad de Santiago con Superintendencia de Educación Región (2022): Corte Suprema, 4 de abril 2022 (Rol N° 88.982-2021) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Ilustre Municipalidad de Santiago con Superintendencia de Educación (2021): Corte Suprema, 10 de marzo 2021 (Rol N° 14.606-2021) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Ilustre Municipalidad de Maipú con Superintendencia de Servicios Sanitarios (2013): Corte Suprema, 22 de enero 2013 (Rol N° 8316-2012) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Ilustre Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda con Izquierdo (2019): Corte Suprema, 4 de noviembre 2019 (Rol N° 21.343-2019) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].

- Ilustre Municipalidad de Temuco (Gestión Ecológica de Residuos S.A. (2018): Corte Suprema, 24 de septiembre 2018 (Rol N° 8.487-2018) Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Materiales de Embalaje S.A. con Seremi de Salud (2015): Corte Suprema, 25 de junio 2015 (Rol N° 1.534-2015) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Nelson Luis Burboa Bustos con Cuerpo de Bomberos de Iquique (2015): Corte Suprema, 17 de febrero 2015 (Rol N° 1.825-2015) Primera Sala [Recurso de Apelación].
- Olcay con Ministerio de Obras Públicas Dirección General de Aguas (2018): Corte Suprema, 5 de noviembre 2018 (Rol N° 20.795-2018) Tercera Sala. [Recurso de Casación en la Forma y el Fondo].
- Paisajismo Cordillera S.A. con Fisco de Chile (2013): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 12 de agosto 2013 (Rol N° 490-2013). Primera Sala. [Recurso de Apelación].
- Pizarro Bossay Pablo con Servicios de Impuestos Internos (2016): Corte Suprema, 17 de agosto 2016 (SCS Rol 28.390-2016) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Ramírez Quimper Silvia con Director Hospital Dr. Juan Noe Crevani de Arica (2011): Corte Suprema, 24 de enero 2011 (Rol N° 9.210-2010) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Rouane con Superintendencia de Educación (2018): Corte Suprema, 13 de febrero 2018 (Rol N° 40.790-2017) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- SIOM SpA con Secretaria Regional Ministerial de Salud (2019): Corte Suprema, 14 de mayo 2019 (Rol N° 12.641-2018) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Sociedad Agrícola Austral Berries Limitada con Secretaria Regional Ministerial de Salud (2020): Corte Suprema, 15 de octubre 2020 (Rol N° 21.090-2020) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Sotomayor con Agrícola Maule Norte Limitada (2020): Corte Suprema, 11 de mayo 2020 (Rol N° 18.835-2019) Cuarta Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (2017): Corte Suprema, 9 de mayo 2017 (Rol N° 62.128-2016) Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Tecnofarma S.A. con Instituto de Salud Pública de Chile (2016): Corte Suprema, 19 de octubre 2016 (Rol N° 38.004-2015) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Transec S.A con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2013): Corte Suprema, 1 de octubre 2013 (Rol N° 6.579-2013) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Weinstein Manieu Alejandro con Instituto de Salud Pública de Chile (2013): Corte Suprema, 25 noviembre 2013 (Rol N° 5.493-2013) Tercera Sala. [Recurso de Casación en el Fondo].
- Yáñez Polizzi Sergio con Instituto Nacional De Deportes (2011): Corte Suprema, 6 de mayo 2011 (Rol N° 1.344-2011) Tercera Sala. [Recurso de Apelación].



# Responsabilidad precontractual en la contratación administrativa a partir del principio de la confianza legítima. El caso peruano

An administrative approach on the pre-contractual liability of the Administration in the Peruvian law

Erick Cuba Meneses<sup>1</sup>

El desarrollo de la responsabilidad precontractual en el Perú es pobre, si es que se busca un régimen o una norma expresa en el ordenamiento. Por esta razón, la doctrina ha dedicado esfuerzos hermenéuticos para construir un sistema que permita prevenir, castigar y reparar el daño al incumplimiento de deberes precontractuales. En el derecho común, este tipo de responsabilidad pivota sobre el principio de buena fe reconocido en el régimen del acto jurídico, así como en la teoría general del contrato del Código Civil. Sin embargo, no sucede lo mismo en la regulación de los contratos estatales. La Ley N° 30225, Ley de Contratos del Estado peruana, guarda silencio respecto de las formas de responsabilidad que pudieran surgir en la preparación, celebración, ejecución y termi-

The development of pre-contractual liability in Peru is poor, if we are looking for a regime or an express rule in the legal system. For this reason, the doctrine has devoted hermeneutic efforts to build a system that allows preventing, punishing and repairing the damage caused by the breach of pre-contractual duties. In private law, this type of liability pivots on the principle of good faith recognized in the regime of the legal act, as well as in the general theory of contracts of the Civil Code. However, this does not happen in the regulation of state contracts. Law No. 30225, Peruvian State Contracts Law, is silent on the forms of liability that may arise in the preparation, conclusion, execution and termination of a contract. In this sense, the author

RESUMEN / ABSTRACT

<sup>1</sup> Profesor Investigador del área de Derecho Administrativo y Regulatorio de la Universidad Científica del Sur (Lima, Perú). Doctorando en Derecho Administrativo (Universidad Paris Panthéon Assas, Francia). Master Level Degree -DSU en Derecho Administrativo (Universidad Paris Panthéon Assas, Francia). Magister en Derecho de la Empresa (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú). Abogado (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú). Correo electrónico: ecubam@cientifica.edu.pe y ecubam@gmail.com. Dirección postal: Calle Cantuarias 385, Miraflores, Universidad Científica del Sur, Lima, Perú.

Artículo recibido el 14 de marzo de 2023 y aceptado el 21 de junio de 2023.

nación de un contrato. En ese sentido, el autor procura asentar las bases para construir interpretativamente un sistema de responsabilidad precontractual en el contexto de los contratos del Estado a partir del principio de la confianza legítima.

**Palabras clave:** responsabilidad precontractual, derecho administrativo, contratos estatales, confianza legítima, buena fe.

seeks to lay the foundations for the interpretative construction of a system of pre-contractual liability in the context of State contracts based on the principle of legitimate trust.

**Keywords:** pre-contractual liability, administrative law, state contracts, legitimate expectations, good faith.

## Introducción

En el Perú, el instituto de la responsabilidad de la Administración ha sido como el fantasma del padre que susurra al oído del príncipe su orden de cobrar venganza de sus asesinos. No solo la realidad social sino también una falta de interés de cualquier área de la burocracia peruana se ha resistido a hacer profunda, plena y verdadera la ambición de una Administración responsable.

El objetivo de este trabajo es explorar este instituto en el ámbito de la actividad contractual de la Administración, específicamente, durante la etapa precontractual. En ese sentido, se abordará primero el tema de los principios que inspiran la responsabilidad precontractual: confianza legítima y buena fe para, con ello se pasar a revisar como las instituciones del derecho civil y se trasladan a los supuestos de responsabilidad precontractual en específico.

### I. El Principio de protección de confianza legítima y doctrina de la apariencia

El principio de protección de confianza legítima es uno regulado en el cuerpo legal único y general de la actividad administrativa, pero se proyecta a todo el ordenamiento jurídico, rigiendo la actividad de todas las entidades públicas. El objeto de protección de este principio está conformado por las expectativas sobre derechos derivados de la creación, interpretación, aplicación y ejecución del derecho por parte de quienes ejercen poder público<sup>2</sup>. Toda modificación del ordenamiento jurídico en cualquiera de los aspectos ya enunciados debe hacerse dentro de los parámetros de la razonabilidad y proporcionalidad y atendiendo a una articulación entre el interés público y el interés particular de los afectados<sup>3</sup>. En buena cuenta, el principio otorga valor y relevancia jurídica a las expectativas de los administrados (siempre que sean legítimas)<sup>4</sup>. Así, el nombre extenso del principio *in comento* sería: principio de protección de la confianza depositada en las expectativas legítimas.

<sup>2</sup> CORTÉS CAMPOS 2008.

<sup>3</sup> COVIELLO 2004, 112.

<sup>4</sup> MORÓN 2020, 130.

Este principio se traduce en la protección del derecho subjetivo del administrado de defender su situación jurídica percibida como estable o su derecho expectatio ya configurado por el ordenamiento de cambios o modificaciones en la aplicación y ejecución de las normas<sup>5</sup>, siguiendo a tal fin los procedimientos regulados a nivel constitucional y legal<sup>6</sup>. Asimismo, implica un derecho a que una determinada forma de interpretación, aplicación y ejecución de la norma se mantenga en el tiempo sin alteraciones irrazonables<sup>7</sup>. En consecuencia, los poderes públicos están obligados a actuar de manera armónica, clara y coherente<sup>8</sup>.

Señala, por su lado, Barrera que el principio de protección de la confianza legítima cumple dos funciones en el sistema jurídico<sup>9</sup>. Por un lado, está la función de predictibilidad de las decisiones y la conducta de los entes administrativos (por consiguiente, legitima a los particulares a depositar su confianza en esa sensación de predictibilidad y en la apariencia de continuidad de las conductas y decisiones). Por otro lado, funge como incentivo para la disminución de presentación de solicitudes administrativas que comprobablemente no tendrán éxito, tomando en cuenta los criterios usualmente aplicados por una determinada entidad para responder una determinada solicitud.

Es pertinente la cita de la autora Viana Cleves sobre la Sentencia C-131 de 2004 de la Corte Constitucional Colombiana, en la que dicho colegiado establece que

No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Administración Pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. [...] como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático.

El principio de protección de la confianza legítima se hace más patente cuanto más alto se escala en la pirámide normativa y cuando más directos son los efectos de los cambios en el ordenamiento. Por eso, se dice que este principio es la concreción administrativa de un principio implícito en nuestro ordenamiento: la seguridad jurídica<sup>10</sup>, que funciona a un nivel genérico. De esta forma, el principio de confianza legítima cuenta con arraigo constitucional en el principio de seguridad jurídica<sup>11</sup>. Esta premisa articula las alteracio-

<sup>5</sup> MARÍN RIAÑO 1989.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ ARANA 2013, 67-68.

<sup>7</sup> MORÓN 2020, 132.

<sup>8</sup> VIANA 2007, 161.

<sup>9</sup> BARRERA 2019, 10.

<sup>10</sup> Caso Colegio de Notarios de Junín contra Congreso de la República del Perú, 2003.

<sup>11</sup> TIRADO 2012, 187.

nes en cada momento del ordenamiento con los derechos de los administrados, armonizando los criterios de aplicación de la ley en el tiempo con esas situaciones jurídicas de ventaja que cumplen con los presupuestos para ser protegidas por el principio de la confianza legítima.

No obstante lo anterior, debemos tener en cuenta que nuestro ordenamiento no consagra la teoría de los derechos adquiridos, sino la de los hechos cumplidos en la aplicación de la Ley en el tiempo, de acuerdo al artículo 109 de la Constitución Política del Perú, lo cual supone una articulación un tanto más complicada al momento de determinar el alcance de protección temporal del principio de confianza legítima, puesto que corresponde analizar cuándo un hecho jurídico cuya regulación es modificada genera el derecho del particular para bien la no modificación del hecho en su estructura y contenido, bien para la aplicación ultraactiva de la norma que le dio existencia jurídica.

Al respecto, somos de la opinión de que se debe distinguir entre los hechos comprendidos dentro de los "efectos agotados", los "efectos pendientes (derivados sin haberse cumplido)" y los "efectos futuros derivados del hecho cumplido"<sup>12</sup>. Los primeros son aquellos efectos que se produjeron en su totalidad, cuyo inicio y fin se dieron en el pasado, bajo la regencia de una norma derogada; los segundos son expectativas por configurarse; y los terceros, meras esperanzas sin indicios de configuración.

En esa línea, la confianza legítima debe extender su protección hacia los derechos derivados de los efectos agotados. Mientras que, en lo tocante a las expectativas, estas se dirigirán hacia los efectos pendientes y a los efectos futuros derivados del hecho cumplido. En el caso de los efectos pendientes, estos serán protegidos siempre que el titular de dichas expectativas haya realizado erogaciones patrimoniales<sup>13</sup> o haya invertido recursos en la espera de la llegada de los derechos derivados del hecho cumplido tomando en cuenta las "esperanzas fundadas de mantenimiento" en "circunstancias económicas habituales y estables"<sup>14</sup>, según sostiene el profesor Coviello recurriendo al criterio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Pero no sucederá lo mismo con los efectos futuros que, en su extrema contingencia, no pueden ser objeto de una legítima expectativa del administrado ni de protección por parte del principio de confianza legítima.

A propósito, cabe preguntarse cuándo una expectativa cumple con la calidad de legítima. La respuesta es que lo será cuando reúna los criterios de Siguiendo a al profesor señala los criterios de indispensable concurrencia los de "aparición de legalidad o ausencia de vicios manifiestos, con independencia del carácter absoluto o relativo de la invalidez, que genera el de-

---

<sup>12</sup> ESPINOZA 2003, 139.

<sup>13</sup> MENÉNDEZ 2009.

<sup>14</sup> COVIELLO 2014, 119.

recho a la estabilidad del acto administrativo"<sup>15</sup>. Como hemos dicho en una anterior ocasión "[s]e trataría, entonces, del depósito de las esperanzas en una apariencia de tal forma atrayente, razonable y objetivamente, que anula cualquier forma de actuar diligente, haciendo que el estándar de diligencia se deba evaluar en relación a la apariencia"<sup>16</sup>.

Por su parte, la autora Viana Cleves<sup>17</sup> indica que lo que caracteriza a una expectativa tutelable por el principio comentado es la legitimidad y la razonabilidad. De un lado, la legitimidad supone que la expectativa es conforme con la legalidad y la buena fe, se trata de "expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongados en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Administración Pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas"<sup>18</sup>. De otro, la razonabilidad supone que la Administración esté en la posibilidad "de justificar y fundamentar jurídicamente la decisión tomada o la actuación llevada a cabo", lo cual se manifestará en la motivación de los actos y actuaciones administrativas<sup>19</sup>. A partir de ello, la autora propone una definición de expectativa legítima:

[...] aquella esperanza que, de buena fe, surge a favor de un particular con ocasión de ciertos signos externos y objetivos, emitidos por la Administración Pública, que condicen al individuo a la realización de determinadas conductas dirigidas hacia la producción de efectos jurídicos y que, por tanto, son objeto de protección por parte del Estado. Esas expectativas deben fundarse en actos de la Administración Pública, conformes con la legalidad y cuya seriedad y reiteración hayan generado en el particular la convicción de que seguirían presentándose hacia el futuro<sup>20</sup>.

En tercer lugar, la autora Seville señala que "[l]as expectativas deben ser objetivas, ciertas y generar "esperanzas fundadas", para ello deben basarse en "seguridades concretas"<sup>21</sup>, puesto que "[l]a persona no debe realizar ninguna actuación de tal relieve que pueda excluirse su confianza en la permanencia de tal expectativa, y además, que la situación no haya podido ser previsible para esa persona"<sup>22</sup>.

Otra propuesta para determinar la legitimidad de las expectativas creadas por los administrados se enfoca en la conducta de la Administración y cuán idónea es para despertar expectativas en los administrados.

<sup>15</sup> CASSAGNE 2016, 68.

<sup>16</sup> CUBA 2021, 23.

<sup>17</sup> CLEVES 2007, 313.

<sup>18</sup> VIANA CLEVES 2007, 213.

<sup>19</sup> VIANA 2007, 217.

<sup>20</sup> VIANA 2007, 221.

<sup>21</sup> SEVILLE 2012, 465.

<sup>22</sup> SEVILLE 2012, 465.

Finalmente, la doctrina ha desarrollado algunos criterios para la aplicación del principio de confianza legítima. Así, Seville<sup>23</sup> postula que deben concurrir los siguientes presupuestos:

(i) En primer lugar, ha de verificarse la existencia de “una acción clara y concreta de las autoridades que justifique las legítimas expectativas de los administrados, pudiendo, en consecuencia, tratarse tanto de una medida legítima como ilegítima que otorgue beneficios, promesas prácticas administrativas, información errónea suministrada, cambios normativos sorpresivos, etc.”.

(ii) En segundo lugar, ha de procederse a “[u]na valoración de las expectativas del sujeto” que permite “determinar si la confianza es protegible, por ejemplo [,] el caso en que la medida adoptada tuviera un impacto no previsible en la situación del administrado produciéndole un real efecto punitivo”<sup>24</sup>.

(iii) En tercer lugar, debe revisarse la legitimidad de las expectativas, si estas son o no tutelables por la confianza legítima o si se fundan en conductas de la Administración que legítimamente crean expectativas tutelables en el individuo.

(iv) En cuarto y último lugar, debe hacerse una ponderación de los intereses en juego. Si el interés prevaleciente es el interés particular y no el público, el principio no puede tutelar ninguna expectativa<sup>25</sup>.

Consideramos que debe descartarse cualquier resultado que traduzca un inconstitucional deber del administrado de soportar un daño (cierto, probado y valuable)<sup>26</sup>. Por ello, aclaramos que en este trabajo somos de la idea de que este principio pudiera proteger supuestos en que el administrado actuó de manera levemente negligente, pero siempre que al otro lado de la orilla se encuentre una actuación administrativa que induzca groseramente una apariencia en la que depositar el error.

Asimismo, se tiene otra propuesta como es la del autor Cortés<sup>27</sup>, quien propone la concurrencia de tres elementos:

(i) Elemento objetivo: un cambio en la regulación que altera la estabilidad de situaciones jurídicas y frustra expectativas.

(ii) Elemento subjetivo: la confianza del sujeto en la estabilidad de las situaciones jurídicas y en la certeza de las expectativas.

(iii) Elemento finalista: la protección de las situaciones jurídicas consolidadas.

<sup>23</sup> SEVILLE 2007, 465.

<sup>24</sup> SEVILLE 2012, 465.

<sup>25</sup> SEVILLE 2012, 465.

<sup>26</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN 2009 / HUTCHINSON 1999.

<sup>27</sup> CORTÉS 2008, 5.

Para culminar con este punto, nos referiremos a la doctrina de la apariencia. La doctrina de la apariencia es la concreción práctica del principio de confianza legítima y estatuye que siempre que se haya generado una apariencia a partir de una serie de conductas y/o decisiones respecto de un determinado resultado o del sentido que tomará la "voluntad" de la entidad administrativa y esta actúa intempestiva y arbitrariamente en contra de la apariencia creada frente al administrado, debe reparar el daño surgido. Lo que se protege es la predictibilidad de las conductas administrativas.

Tenga presente el lector que en esta doctrina no se requiere la concurrencia de dos conductas o declaraciones: una actuación o declaración previa y otra posterior contradictoria la primera, sino la mera creación de una apariencia que genera expectativas en el administrado. Por lo que, en esa doctrina, se tendrá una mayor cantidad de elementos a evaluar, como el marco jurídico aplicable y otros hechos que rodean la conducta de la Administración.

Claro está que, si el motivo por el cual se contradice la apariencia es una actuación expresamente permitida u obligada por la ley, no se podrá tutelar dicha situación a través de la doctrina de la apariencia. Un tanto menos sucederá si la actuación es una discrecional amparada legalmente en una cláusula abierta, en cuyo caso se entrará a evaluar la motivación de dicha actuación.

## II. Principio de buena fe de la Administración

La distinción entre confianza legítima y buena fe está amparada en el ordenamiento jurídico. El artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General según su Texto Único Ordenado (en adelante, "TUO de la LPAG") regula en dos dispositivos diferentes ambos principios. La buena fe está regulada en el inciso 1.8 y la confianza legítima, en el inciso 1.15 del mencionado artículo. En los siguientes términos, la ley común consagra la buena fe:

1.8. Principio de buena fe procedimental. - La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley.

Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.

Como se aprecia, la buena fe se enfoca en la conducta de las partes en todo procedimiento administrativo y no solo en la conducta de la Administración. Es un estándar de conducta normativa con el que deben cumplir todos los involucrados en el procedimiento.

Asimismo, la buena fe administrativa es la que contiene la doctrina de los actos propios, la cual desdeña "la sorpresa, la volubilidad en el actuar y

la emboscada<sup>28</sup> de la Administración o de los administrados. La diferencia, pues, entre los actos propios y la apariencia es que en la primera basta la verificación objetiva de dos manifestaciones (primero A, luego no A), en la segunda se requiere de una evaluación objetiva (que evalúa la correspondencia entre la conducta lesiva de la Administración, el marco legal aplicable y los hechos que rodean el caso concreto).

Otra distinción muy importante la plantea en autor Rey Vázquez<sup>29</sup> y es que en la doctrina de los actos propios se requiere de un solo centro de imputación de las conductas contradictorias, mientras que en la doctrina de la apariencia ello no se exige. Según el referido autor, la doctrina de los actos propios requiere que la contradicción se verifique respecto de una misma situación jurídica, mientras que la doctrina de la apariencia protege a quienes en encuentran en una situación de sujeción respecto del poder público.

Estos planteamientos presuponen el alejamiento de la distinción confianza legítima / buena fe del Derecho Privado en que ambas se resumirían en la buena fe.

Sin embargo, existen otras ideas al respecto de los límites entre uno y otro principio. Así, Parejo Alfonso niega la existencia de una distinción sustancial, pero la afirma en cuanto al ámbito de aplicación, puesto que la buena fe tiene un ámbito de aplicación más restringido que la protección de la confianza legítima<sup>30</sup>. Aún más lejos, el autor González Pérez niega categóricamente la diferenciación, lo mismo que González Navarro<sup>31</sup>.

En sede peruana, el profesor Morón Urbina<sup>32</sup> ha señalado alguna vez que

[...] por la aplicación del principio [de buena fe], se impiden las conductas confusas, equívocas o maliciosas o que habiéndose producido se pretenda alegar o amparar en ello para provocar daño a la otra parte, se plantea que la voluntad declarada por una parte es relevante para la generación de actuaciones de la otra parte de modo que no puede ir contra sus propios actos anteriores, se atenúa la trascendencia de defectos formales en los procedimientos o de mera legalidad carente de sentido, se permite el nacimiento de un derecho en favor del administrado cuando la administración otorgó una razonable expectativa de obtenerlo, se impide el ejercicio prematuro de una derecho o de una atribución, se proscribe el retraso desleal, se impide la fijación de plazos exigüos para cumplir obligaciones de los administrados, se limitan el ejercicio de potestades exorbitantes de la administración como abusar de la nulidad de oficio por motivos irrelevantes, se puede exigir la realización de prestaciones no previstas que vengan impuestas por la

<sup>28</sup> LÓPEZ 2013.

<sup>29</sup> REY 2013, 265.

<sup>30</sup> SEVILLA 2012, 473

<sup>31</sup> SEVILLA 2012, 473.

<sup>32</sup> MORÓN 2016, 14.

buena fe, se exige el deber de restituir los enriquecimientos económicos que se producen en favor de la administración, se impide que en la vía contenciosa se planteen argumentos distintos a los expuestos en la fase de agotamiento de la vía administrativa –para el administrado– o –en el caso de la administración– diferentes a los contenidos en la declaración de lesividad, entre otros.

Más allá de las discusiones doctrinales, el ordenamiento peruano distingue entre ambos principios por lo que corresponde a la doctrina y la jurisprudencia establecer la distinción de ambos. Pero sí es cierto que el principio de buena fe es una pugna del derecho por racionalizar y moralizar la actividad administrativa.

### III. Responsabilidad precontractual

Pasemos a un excursus un poco menos publicista para apalancarnos de nuevo a nuestro terreno.

#### 1. Definición

Si se enfoca el contrato desde un punto de vista procedimental, podemos encontrar distintas etapas: etapa precontractual o tratativas, etapa de celebración, etapa de ejecución y la etapa de terminación contractual. La responsabilidad contractual precontractual se produce durante aquella primera etapa: la etapa precontractual, etapa que se rige por la libertad contractual, las posiciones jurídicas derivadas de la buena fe y, en el caso de las contrataciones públicas, también de la confianza legítima.

Es común, aunque no del todo pacífico, sostener que la responsabilidad precontractual es de naturaleza extracontractual en la medida en que surge en un momento en que no hay contrato definitivo que incumplir<sup>33</sup>. Debido a ello, “es calificada por algún sector de la doctrina como un “supuesto dudoso”, ubicándose en la línea fronteriza entre los territorios de la responsabilidad contractual y la aquiliana. Se la denomina también “*in contrahendo*”, en base a estudios realizados por Ihering”, según refiere el autor Torres Kirmser<sup>34</sup>. En otra sede se ha propuesto que esta forma de responsabilidad generaría un autónomo régimen de responsabilidad distinto al de sus hermanas mayores y que pivota alrededor del *neminem laedere* y la buena fe negocial<sup>35</sup>.

La así también llamada culpa *in contrahendo* hace nacer la obligación de reparar a otro por quebrar los acuerdos adoptados durante la etapa precontractual, por revelar o prodigar la información privada o íntima o clasificada brindada por la contraparte en las negociaciones, por un quebrantamiento o terminación abrupta de las negociaciones, por la intempestiva negativa

<sup>33</sup> BENÍTEZ 2019.

<sup>34</sup> TORRES 2008, 52.

<sup>35</sup> MEDINA 2006, 57 y ss.

o desistimiento de celebrar un contrato. Aquel que se desiste o que quiebra los acuerdos precontractuales y produzca un daño al otro negociante deberá repararlo<sup>36</sup>. Así, son tres los deberes que pueden incumplirse durante la etapa precontractual: deber de confidencialidad, deber de no abandonar las negociaciones y el deber de no levantar falsas esperanzas mediante las negociaciones<sup>37</sup>. De manera más profunda, Compagnucci, quien cita a Mengoni, señala que

Si bien no hay reglas precisas en su delimitación, importantes autores han señalado que se pueden considerar las siguientes: a) un comportamiento acorde con la buena fe objetiva "*in contrahendo*"; b) mantener el secreto sobre todo aquel elemento que sea confidencial; c) cumplir con la información necesaria; d) mantener y conservar los elementos materiales que resultan el substrato del futuro acuerdo; y e) no hacer abandono de los tratos en forma abrupta y acusada<sup>38</sup>.

Por su parte, en sede peruana, el profesor Fernández Cruz, ha señalado lo siguiente en lo tocante a la responsabilidad precontractual

Producida la tutela del íter negocial, este sistema no solo abarcaría el nacimiento y ejecución del negocio sino también la etapa previa de negociación o tratativas dentro de la cual, por ejemplo, se pueden comprender los siguientes escenarios generadores de responsabilidad: a) el dolo incidental, b) la culpa *in contrahendo*, c) la ruptura injustificada de las tratativas y d) la violación de deberes precontractuales de protección

Esta forma de responsabilidad no está regulada expresamente en el Código Civil. Sin embargo, siguiendo al profesor Leysser León<sup>39</sup>, sí es posible articular algunas reglas o algunas interpretaciones a partir del artículo 1362 del Código Civil, conforme al cual "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes". Además, de las justificadas críticas en contra de una –para varias– incompleta y defectuosamente armada importación de un dispositivo que se refleja impropia en los ordenamientos francés, italiano y alemán, el autor comenta que a partir del artículo 1362 se puede articular la regla "las negociaciones para un contrato deben regirse por la buena fe" o "las partes deben negociar un contrato de buena fe", sea lo que sea que ello signifique.

El siguiente problema a resolver es el de determinar qué régimen aplicar por analogía a esta forma de responsabilidad ya que no tiene uno propio: ¿se aplica el régimen de inejecución de obligaciones o el de responsabilidad extracontractual? La tendencia usual es aplicar por analogía el régimen extracontractual de responsabilidad, sin embargo, no es del todo pacífico al igual que su encuadramiento sistemático.

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ 2019, 37.

<sup>37</sup> ALLAN 2004, 897.

<sup>38</sup> TORRES 2008, 53.

<sup>39</sup> LEÓN 2004, 143.

En sede nacional, el profesor Rómulo Morales propone que la responsabilidad precontractual reciba el tratamiento de la inexecución de obligaciones, puesto que aquella “es un caso paradigmático de la categoría de obligaciones sin prestación” (2019). Para el citado profesor, el régimen extracontractual no es aplicable por analogía en la medida en que “no es una consecuencia de violación de deberes específicos del deber de buena fe”. Además, está casi inmediata fundamentación de la responsabilidad precontractual en la buena fe “se concreta en conductas que generan confianza en la contraparte que está actuando conforme a los deberes precontractuales”, cosa que no sucede con la responsabilidad extracontractual, donde “no existen deberes previamente establecidos”<sup>40</sup>. El profesor peruano señala, asimismo, que el valor que se protege con la responsabilidad precontractual es “la confianza que la contraparte negociadora actúe conforme a los deberes específicos precontractuales como los deberes de información, de claridad, de secreto, de protección y tantos otros que surgen no solo de la ley sino también de la práctica contractual”, deberes todos que “emanan del deber de la buena fe”<sup>41</sup>.

En seguida, el autor sostiene que, siendo la responsabilidad precontractual aquella que se genera como consecuencia del incumplimiento del deber general de buena fe y tomando en cuenta que el legislador peruano ha consagrado la buena fe como rectora de la etapa de las tratativas, es innecesario articular un régimen a partir de un razonamiento analógico de la responsabilidad extracontractual. Se ha planteado lo contrario ya que el artículo 1362 del Código Civil es una norma incompleta: no prevé una consecuencia para la infracción del deber de buena fe durante las tratativas.

Cuando una norma jurídica regula el desenvolvimiento de una relación social al imperativo de la buena fe, aquello es un indicio seguro que esta relación social se ha transformado, en el plano jurídico, en una relación obligatoria, cuyo contenido se trata precisamente de especificar de la misma manera una valoración de buena fe. En realidad, el principio de la buena fe (en sentido objetivo) se ha desarrollado históricamente y se ha conservado como una directriz peculiar de las relaciones obligatorias, y por eso solo es concebible en el ámbito de aquellas relaciones. Por el contrario, la buena fe en sentido objetivo se resuelve en el concepto (objetivo) de incumplimiento, tanto que, sobre esta situación, en el lenguaje romano la expresión...<sup>42</sup>.

Entonces, aunque la responsabilidad extracontractual no esté sustentada en un contrato, tiene naturaleza obligacional. Aunque no por ello le es aplicable el régimen de la responsabilidad por inexecución de obligaciones, puesto que la visión del profesor citado es de *lege ferenda*.

<sup>40</sup> MORALES 2019, 173.

<sup>41</sup> MORALES 2019, 174.

<sup>42</sup> MORALES 2019, 174.

De otro lado, la responsabilidad precontractual tutela el interés negativo de las partes: “los gastos o erogaciones que para la parte afectada implicó el haber estado inmerso en unas tratativas frustradas, y que, claramente, se trata de un daño emergente”<sup>43</sup>. Es más, la doctrina francesa acepta la posibilidad de indemnizar la pérdida de la chance que cause un perjuicio cierto y determinable a la parte cuya confianza y actuación de buena fe fueran traicionadas por la contraparte negociadora que interrumpe las tratativas injustificadamente o quiebra los acuerdos e incumple los deberes a los que ambas están sometidas<sup>44</sup>.

#### IV. Responsabilidad precontractual de la Administración Pública en el ámbito de la contratación pública

Abordar el tema de la responsabilidad precontractual en el régimen de contrataciones públicas requiere claridad en cuanto a que esta etapa precontractual es, en sí misma, un procedimiento administrativo. En atención a este carácter, es posible admitir que son aplicables los principios que rigen todos los procedimientos administrativos, entre ellos, la protección de la confianza legítima y la buena fe. Para entender cómo se configuraría ello, se debe partir por analizar los supuestos que podrían configurar responsabilidad precontractual.

En ese sentido, es necesario partir de la distinción efectuada por el profesor Baca Oneto<sup>45</sup>, quien analiza la cuestión de la nulidad del contrato estatal según esta se declare antes o después de la suscripción del contrato, dado que en el derecho peruano la regulación permite hacer esa distinción. En el primer caso, el vicio de nulidad se produce o se detecta entre el otorgamiento de la buena pro y la suscripción del contrato, es decir, es un vicio en la formación de la voluntad que se ha de plasmar en el contrato y que se manifiesta en los actos administrativos emitidos en el camino al acto de celebración. Este escenario será canalizado a través de un procedimiento recursivo iniciado mediante la interposición del recurso administrativo de apelación, el cual será conocido, sea por el titular de la entidad o por el Tribunal de Contrataciones del Estado, según sea el monto de la contratación.

De otro lado, si el contrato ha sido celebrado, corresponderá que cualquier controversia relacionada a su invalidez sea canalizada a través del arbitraje, como vía natural dispuesta por el legislador, incluso cuando la nulidad haya sido declarada de oficio por la entidad contratante<sup>46</sup> (escenario más probable). Resulta de suma importancia tener en cuenta que la posibilidad de acudir a arbitraje y someter a la competencia de un tribunal arbitral está consagrada en el inciso 45.1 del artículo 45 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF

<sup>43</sup> ZAMBRANO 2017, 51.

<sup>44</sup> ZAMBRANO 2017, 51.

<sup>45</sup> BACA 2009, 77-80.

<sup>46</sup> BACA 2009, 81.

(en adelante, "TUO de la LCE"). Este reconocimiento destierra cualquier cuestionamiento sobre el carácter arbitrable de la nulidad del contrato estatal<sup>47</sup>.

Ahora bien, la cuestión es determinar los supuestos de nulidad de los contratos. Al respecto, la doctrina nacional ha propuesto<sup>48</sup> que, en el caso peruano, las causales de nulidad aplicables a los supuestos de responsabilidad precontractual deben ser encontradas en el TUO de la LCE, cuyo artículo 44, inciso 44.2, establece como causales para la declaración de nulidad una vez celebrado el contrato a las siguientes:

(i). Que el contrato hubiera sido celebrado por quien se encuentra impedido conforme a ley para contratar con el estado. En este caso, sin perjuicio de las responsabilidades de los funcionarios y particulares involucrados, el contratista pierde el derecho a cualquier retribución por parte del Estado.

(ii). Que el contrato se hubiera celebrado en contravención del principio de presunción de veracidad. Este vicio puede verificarse durante el procedimiento de selección o en el perfeccionamiento del contrato.

(iii). Que el contrato se celebre aun estando en trámite un recurso de apelación en contra del acto de otorgamiento de la buena pro.

(iv). Que se haya tramitado un proceso de contratación siguiendo un procedimiento que no corresponde o no se aplique alguno de los procedimientos contemplados en la ley, siendo que el objeto de la contratación se encuentra dentro de su alcance.

(v). Que el contrato fuera adjudicado o celebrado debido a un hecho de corrupción y así lo declare una sentencia consentida y ejecutoriada o el contratista así lo reconozca ante las autoridades nacionales o extranjeras competentes.

Además, según el referido dispositivo, la nulidad del contrato implica el deslinde de responsabilidades a que hubiere lugar (lo que se refiere principalmente a la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios implicados). Por otro lado, se deja abierta la posibilidad de acudir, subsidiariamente, a las "causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional", lo que permitiría interpretar que se aplican por analogía las causales de nulidad contempladas en el Código Civil peruano. No habría problemas con ello en tanto que se cuenta con habilitación legal para proceder de esta forma.

En este punto, se aprecia que la lista de causales del régimen de contrataciones estatales no contempla expresamente la posibilidad de acudir a la aplicación de principios generales del Derecho Administrativo. Si el ejercicio interpretativo se queda en ese punto, la posibilidad de aplicar el principio de confianza legítima a supuestos de nulidad de contratos estatales no prosperaría. Sin embargo, siempre será posible acudir a una causal similar a "la con-

---

<sup>47</sup> BACA 2009, 80.

<sup>48</sup> BACA 2009, 81.

travención de normas que interesan al orden público”, como aquella contemplada en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil peruano, gracias a la habilitación legal con que cuentan los árbitros para ello.

A este respecto, podría surgir la duda de por qué no aplicar las causales de nulidad contempladas en el TUO de la LPAG por extensión. La respuesta, según el profesor Baca Oneto<sup>49</sup>, es negativa, desde que las causales de nulidad contempladas en dicho cuerpo legal sólo podrían hacerse valer a través de los mecanismos reconocidos en el régimen de la actividad administrativa y dentro de sus plazos.

Entonces, hasta ahora, se tiene que existe una salida legal para permitir la aplicación de otras causales de nulidad a los contratos del Estado y que no estén reconocidas en el régimen general de las contrataciones estatales. Esto llevaría implícita la posibilidad de argumentar la nulidad de un contrato estatal a partir de la vulneración de los principios generales del Derecho o de la actividad administrativa.

Así, pues, es posible que, en consecuencia, de lo anterior, se atribuyan responsabilidades por la declaración de nulidad de un contrato estatal por haberse contravenido el principio de confianza legítima o porque la declaración de nulidad del contrato –por cualquier otra causal– implica una vulneración a este principio. Ejemplos de ello lo constituyen el caso de los contratos celebrados ente *Heaven Petroleum Operators S.A.* y Petroperú en 2022. Luego de un concurso que culminó en la adjudicación y posterior firma de trece contratos de suministro, Petroperú decidió declarar la nulidad de todos ellos puesto que, en el acto de presentación de ofertas por parte de los concursantes, no se contó con la presencia de notario público<sup>50</sup>.

¿Existe una expectativa legítima que proteger? Sí, por cuanto el ganador del concurso ya contaba con contratos adjudicados y firmados: se tiene la expectativa del cumplimiento del contrato, lo cual es a todas luces legítimo de esperar ¿Existiría vulneración al principio de confianza legítima? Sí, por cuanto habiendo llegado más allá de la firma de los contratos, la parte estatal se percató de que no había convocado a un notario para la presentación virtual de las ofertas, que se daría por correo electrónico, cuando había actuado en todo el procedimiento como si ello no fuera esencial para la validez de su decisión final ¿Existe un acto previo que contradiga otro posterior por parte de la entidad? No, pero ello no implica que no se cuente con acceso a una tutela y protección efectiva de las expectativas legítimas vulneradas,

<sup>49</sup> BACA 2009, 84.

<sup>50</sup> Es preciso indicar que este caso estuvo precedido por un escándalo político que no halló un camino más adecuado para acabar con los contratos ya celebrados que acudir un defecto en el procedimiento. Cabe resaltar que la ausencia de notario público en un acto de presentación de ofertas virtual, como en este caso, podría ser considerado un vicio de nulidad en ciertos escenarios, pero no parece haber indicio de que, en este caso, la parte estatal convocante al concurso lo tuviera muy presente. Ello por cuanto, siendo responsable por convocar y garantizar la presencia de un notario público, Petroperú nunca convocó a ningún notario.

puesto que el principio de confianza legítima entra en acción. Así, pues, este sería un caso en que podría evaluarse la atribución de responsabilidad a partir de una vulneración a la confianza legítima.

Es importante tener en consideración un detalle importante. Asumiendo que la ausencia de notario público en el acto de presentación virtual de las ofertas en el caso comentado sí es un vicio de nulidad de los contratos celebrados posteriormente, el acto lesivo debería buscarse en el acto que traduce la ilegalidad al contrato, no en el que la declara. Como lo afirma Letelier: “[e]s la ilegalidad, declarada institucionalmente en un momento posterior, la que defrauda al ciudadano y lo daña toda vez que este tenía buenas razones para pensar que la autoridad actuaba conforme a derecho”<sup>51</sup>.

En términos generales, la declaración de nulidad de un contrato estatal puede o bien obedecer a una vulneración al principio de confianza legítima o bien puede provocar una vulneración de este principio. Ejemplo principal de ello: la declaración de nulidad de un contrato estatal a causa de un vicio atribuible a una omisión de la entidad.

Así, pues, en opinión de este autor, para el régimen de las contrataciones estatales, el eje de un régimen de responsabilidad precontractual debe estar conformado por los principios de confianza legítima y de buena fe, aunque en nuestro medio se ha destacado el valor de este segundo. “De esta manera, el principio de buena fe está llamado a tener una mayor preponderancia en los contratos administrativos que en las relaciones contractuales comunes sujetas al derecho privado, por la necesidad de racionalizar el predominio autoritario de la administración en la vida contractual”<sup>52</sup>.

### 1. El derecho comparado

En este punto es menester revisar otros ordenamientos, el francés y el colombiano, en busca de supuestos de responsabilidad precontractual y su configuración en cuanto a sus elementos configuradores.

En primer lugar, Francia es uno de los estados en que se ha desarrollado la responsabilidad precontractual del Estado en su actividad contractual. De hecho, su régimen de contrataciones públicas “se rige fuertemente y de manera casi prioritaria con base en las reglas y principios del derecho civil”<sup>53</sup>. Por ello, lo enunciado en la sección anterior es plenamente aplicable en sede francesa, incluyendo los alcances del daño resarcible.

Por otro lado, la responsabilidad precontractual en Colombia –un Estado que ha seguido de cerca los pasos franceses en materia de Derecho Administrativo– transita un camino diferente. Ese camino es el “de la anulabilidad del acto de adjudicación del contrato –como uno típico separable de

<sup>51</sup> LETELIER 2014, 628.

<sup>52</sup> MORÓN 2016, 16.

<sup>53</sup> ZAMBRANO 2017, 51.

éste—, y en los términos y requisitos establecidos jurisprudencialmente para ello”<sup>54</sup>.

Uno de los supuestos que el Consejo de estado de Colombia ha reconocido como indemnizables por responsabilidad precontractual es el incumplimiento del deber de la Administración de llevar a fin el procedimiento dirigido al perfeccionamiento del contrato adjudicado<sup>55</sup>. El referido órgano extranjero ha precisado que tres son las consecuencias el acto de adjudicación: (i) el derecho del postor adjudicatario para contratar con el estado, (ii) el deber de la entidad de celebrar el contrato con el ganador y (iii) el surgimiento del derecho del adjudicatario de demandar daños y perjuicios si por causa imputable a la entidad, el contrato no se celebra<sup>56</sup>. Este es un supuesto diferente que aquel de adjudicación erróneamente realizada. Según la bibliografía consultada:

Significa lo anterior, y de conformidad con el Consejo de Estado (Sección Tercera, 26332, 2014), que quien pretenda obtener una reparación del daño que le produjo el no haber sido seleccionado como contratista por parte de la administración, debe acreditar suficiente y satisfactoriamente dos cosas: uno, que el acto de adjudicación del contrato, que es el demandable en los términos del artículo 141 inciso 2 de la Ley 1437 de 2011, adolece de alguna causal de nulidad de las establecidas en el artículo 137 *Ibidem*; y dos, bien importante, debe probar que su propuesta era la mejor, por encima de todas las demás presentadas.

Ha dicho el Consejo de Estado:

[P]ara acceder al reconocimiento de perjuicios derivados de la nulidad del acto de adjudicación, por escogencia indebida de la mejor oferta, no basta cuestionar y demostrar la ilegalidad del acto administrativo, ni exponer los vicios de que adoleció el proceso de selección —aunque es presupuesto indispensable—; también es necesario que el demandante acredite que su propuesta cumplía las exigencias del proceso de selección y que además ocupaba el primer lugar en la evaluación<sup>57</sup>.

Para la prosperidad de la pretensión de anulabilidad, el demandante requiere demostrar tanto la ilegalidad del acto de adjudicación como que su propuesta es la mejor de todas de acuerdo a los parámetros utilizados para evaluar las suyas y las ajenas. Es preciso señalar que, a diferencia del caso francés, el demandante puede pretender la reparación del daño a su interés positivo, siempre dentro de los términos jurisprudenciales, esto es, el postor lesionado tendrá derecho al pago de la utilidad esperada con la ejecución del contrato que fue indebidamente adjudicado a otro oferente, pero calculada, dicha utilidad frustrada, sobre el valor o porcentaje que el propio oferente

<sup>54</sup> ZAMBRANO 2017, 51.

<sup>55</sup> Sentencia del Consejo de Estado, 1997.

<sup>56</sup> MACOSYN S.A. *contra* ISA, 1990.

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 26332, 2014 / en el mismo sentido, ZAMBRANO 2017, 51-52.

te incluyó en su propuesta, y que está establecido en el respectivo AIU que propuso para el contrato<sup>58</sup>.

Otro supuesto reconocido por el Consejo de Estado colombiano es el de la lesión al derecho de todo postor de participar en un proceso de selección objetiva del contratista una vez iniciado este. El daño al postor se produce por la actuación de la Administración que priva de transparencia y eficacia al proceso de selección en perjuicio del postor, en cuyo caso el órgano jurisdiccional reconoce que la indemnización comprende “los gastos en los que incurrió el proponente para participar del proceso de selección determinado, en el caso en comento, una licitación pública”, al menos para el caso de las licitaciones públicas<sup>59</sup>.

En España también se encuentran importantes avances. Siguiendo al autor Melgosa Torrado, uno de los supuestos encontrados es el del retraso en la tramitación de expedientes de concesión, caso en el que el Tribunal Central de Recursos Contractuales de aquel Estado tiene dicho que no son aplicables las reglas de indemnización contractuales, sino que para esos supuestos debe seguirse las reglas de la responsabilidad patrimonial<sup>60</sup>. En consecuencia, el postor debía acudir primero a la vía administrativa para reclamar su derecho a ser indemnizado.

Es interesante que, por otro lado, el Tribunal Supremo de ese país tiene dicho que, cuando se produce en la etapa precontractual un daño como consecuencia del ejercicio de prerrogativas discrecionales, el límite de lo lícito se halla –para variar– en el límite de lo “razonable y razonado de la potestad, dentro del campo de posibilidades abierto a la libre apreciación de la Administración, para no estimar concurrente el requisito de la antijuridicidad”<sup>61</sup>.

Ese límite se sobrepasaría, por ejemplo, en el caso de que las bases del concurso se anulasen durante el proceso de selección, “por haber incurrido los pliegos en una infracción determinante de nulidad. En este caso es razonable que la Administración sufrague el daño emergente causado al licitador por haber sufrido el coste de preparar una oferta”<sup>62</sup>.

Adicionalmente, en España sucede que no siempre la anulación de la adjudicación es generadora de daños, por cuanto en ocasiones el vicio de legalidad que afecta a la adjudicación nada tiene en el procedimiento de valoración de las ofertas, sino que es previo. Es el ejemplo del caso en que una licitación se comete un vicio de legalidad en los pliegos. Aquí, pese a anular la adjudicación, el error de la Administración es previo, de manera que lo procedente es volver a licitar y no adjudicar a otro licitador que presentó oferta.

<sup>58</sup> ZAMBRANO SANJUÁN 2017, 52.

<sup>59</sup> SANTAELLA 2018, 296.

<sup>60</sup> MELGOSA 2021, 44.

<sup>61</sup> MELGOSA 2021, 47.

<sup>62</sup> MELGOSA 2021, 54.

Otro supuesto indemnizable identificado en sede española es el provocado por el no suministro de información o el suministro erróneo de esta antes del contrato. Y es este supuesto el que nos permite hacer el vínculo con nuestro derecho.

Sostiene el profesor Morón Urbina que el principio de la buena fe es del que deriva la exigencia a la Administración de elaborar, con pretensión de ser plenos, confiables y actualizados, los documentos con la información indispensable en lo relativo "a los riesgos contractuales, a su asignación y en la elaboración del contrato de modo que refleje un óptimo contractual"<sup>63</sup>. Según el autor, parte de esa información relevante y necesaria es la de la distribución de los riesgos contractuales "en particular los que le pretenden asignar, como las características del terreno sobre el que se edificará la obra, la ubicación de las canteras para proveerse de material para la construcción"<sup>64</sup>.

## Conclusiones

(i) La responsabilidad precontractual de la Administración es usualmente fundamentada en los principios de buena fe, de protección de la confianza legítima y de reparación integral. En este trabajo hemos adoptado la posición de no afirmar con contundencia que el sistema reposaría solo sobre el principio de buena fe, puesto que la buena fe en nuestro ordenamiento tiene límites expresamente establecidos en la ley, mientras que la protección de la confianza legítima ofrece una protección más amplia en la medida en que el parámetro de control deja de ser una declaración o un acto de la administración y se torna en el ordenamiento en su conjunto, declaraciones de otros centros de imputación.

(ii) Es así que, el quiebre de la etapa negocial durante un proceso de selección, luego de haberse adjudicado el contrato, cuando se ha cumplido con todos los parámetros legales, por razones irrazonables y/o arbitrarias constituye un supuesto de vulneración de una expectativa legítima y, por tanto, tutelable por el principio de confianza legítima.

(iii) A diferencia del derecho privado, en que se consideran aspectos y factores subjetivos, en el derecho de las contrataciones públicas el debate no puede tomar en consideración la "voluntad de la administración". Por ello, consideramos necesario que se distinga la eventualidad de que la lesión al postor o postores se verifique como consecuencia de una actuación amparada en la ley o prescrita por ella. En estos casos no se podría afirmar que exista una defraudación de una expectativa legítima o que haya una contradicción prohibida por el derecho. Por ejemplo, la declaración de desierto de un proceso de selección no podría generar la obligación de indemnizar cuando se encuentra respaldada en una causal legal, puesto que el postor se asume implícitamente el riesgo de que esa eventualidad (lícita) suceda.

<sup>63</sup> MORÓN 2016, 26.

<sup>64</sup> MORÓN 2016, 26.

## Bibliografía

- ALLAN FARNSWORTH, Edward (2004). Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones. *Themis Revista de Derecho* (49), 81-125. Doi: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8569>.
- BACA ONETO, Victor. (2009). La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. *Revista de Derecho Administrativo*, (7). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14014>.
- BARRERA PÉREZ, Angiela (2019). ¿Nos examinan igual? El criterio en la aplicación del Principio de Predictibilidad o Confianza Legítima en los pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones del OSCE. Lima.
- BENÍTEZ ROJAS, David (2019). *Configuración de la responsabilidad precontractual*. Asuntos Legales. <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/configuracion-de-la-responsabilidad-precontractual-2938079>.
- CAVIEDES DEVIA, Jorge (2010). *La responsabilidad de la Administración Pública en la etapa precontractual: actos y hechos administrativos, fundamentos de reparación y acciones judiciales* [Tesis para optar por el grado de Magister en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Bogotá].
- CORTÉS CAMPOS, Josefina (2008). Cambio regulatorio y seguridad jurídica. Breves notas sobre el principio de confianza legítima. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Anual Papers*. <https://escholarship.org/uc/item/3h66p191>.
- COVIELLO, Pedro (2014). La protección de la confianza y su relación con la responsabilidad estatal. En J. Rodríguez-Arana Muñoz, & et. a. [Coords.], *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, 113-138, México, Universidad Panamericana, Espress.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2016). Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo). Reus. Madrid.
- CovIELLO, Pedro (2004). Contrato administrativo y confianza legítima. *Revista de Administración Pública* (164), 103-127.
- CUBA MENESES, Erick (2021). Responsabilidad del estado por vulneración al principio de confianza legítima en la ejecución de contratos administrativos y su incidencia en el arbitraje. En J. MORENO; R. MOLINA, C.; BARRA, M.; LINARES [Coords.], *Contratos del Estado, Arbitraje y Derecho Administrativo* (419-455). Tirant lo Blanch, Bogotá.
- ESPINOZA ESPINOZA, José (2005). Los principios contenidos en el título preliminar del Código civil peruano de 1984: análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- FÉRNANDEZ CRUZ, Gastón (2019). Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- HUTCHINSON, Tomás (1999). La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato por razones de interés público. En J. Comadira [Coord.], *Contratos Administrativos. Jornadas de Organizaciones por la Universidad Austral Facultad de Derecho* (535-557). Editorial Ciencias de la Administración División Estudios Administrativos. Buenos Aires.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl. (2014). Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos. *Revista Chilena de Derecho*, (41)(2), 609-634.
- LEYSSER, León (2004). La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del código civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual. *Themis Revista de Derecho* (49), 127-152. Doi: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8571>.
- LÓPEZ MESA, Marcelo (2013). *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires: B de f.
- MARÍN RIAÑO, Fernando (1989). La recepción del principio de confianza legítima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *La Ley*, (2248).
- MEDINA ALCOZ, Maria (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Casa Editorial Forum. Lima.
- MELGOSA TORRADO, Marcio (2021). *Responsabilidad de la administración pública en la actividad precontractual. Un análisis del derecho español y colombiano* [Tesis para optar por el título de Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid].
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva (2009). Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. En Quintana & A. Casares [Coord.], *La responsabilidad patri-*

- monial de la Administración Pública. Estudio General y ámbitos sectoriales* (35). Tiran lo Blanch.
- MORALES HEVIAS, Rómulo (2019). Hacia una concepción autónoma de la responsabilidad precontractual y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano. *IUS ET VERITAS* (57), 170-189. Doi: <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201802.010>.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos (2016). La responsabilidad precontractual de la administración, el principio de buena fe y el deber de información a postores. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, 1(1), 11-49.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos (2020). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (Decreto Supremo N 004-2018-JUS)* (Vol. II). Gaceta Jurídica. Lima.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. (2013). El principio general del derecho de confianza legítima. *Ciencias Jurídicas*, (4) (1), 59-70.
- SANTAELLA CUBEROS, María Juliana (2018). El daño y la liquidación de perjuicios en la responsabilidad precontractual y contractual del Estado. *Revista digital de Derecho Administrativo* (19), 291-215. Doi: <https://ssrn.com/abstract=3112743>.
- SEVILLE SALAS, Viviana. (2012). La confianza legítima y la responsabilidad del Estado. En A. Canónico Sarabia. *El control y la Responsabilidad en la Administración Pública*, 463-489. Editorial jurídica venezolana. Caracas.
- TIRADO BARRERA, José (2012). El principio de predictibilidad (o de confianza legítima) en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En *Aportes para un Estado eficiente. V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. (183-197). Palestra Editores. Lima.
- TORRES KIRMSER, Raúl (2008). La responsabilidad civil: una materia en constante evolución. La responsabilidad sin culpa. En V. M. Núñez, *Responsabilidad civil. Daños y perjuicios* (48-66). Intercontinental. Asunción.
- VIANA CLEVES, María José (2007). *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*. Universidad Externado de Colombia.
- ZAMBRANO SANJUÁN, Caz (2017). La Responsabilidad Precontractual y Contractual del Estado en el Derecho Colombiano y Francés: algunos aspectos comparativos. *Revista Navarra Jurídica*, 1(1), 45-66. Doi: <https://journals.uninavarra.edu.co/index.php/navarrajuridica/article/view/a4-v1-n1-2017>.

## Normativa citada

Constitución Política del Perú, 29 de diciembre de 1993.

Jurisprudencia citada

Caso *Colegio de Notarios de Junín*. Caso N° 0016-2002-AI/TC. Pleno del Tribunal Constitucional (30 de abril de 2003).

MACOSYN S.A. c. ISA. Caso N° CE-SEC3-EXP1990-N5782. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado (10 de julio de 1990).

Sentencia del Consejo de Estado. Consejo de Estado, Sección Tercera (10 de marzo de 1997).

# Multas coercitivas: determinación de su naturaleza jurídica y efectos. Análisis a partir del artículo 38 Ley General de Telecomunicaciones

Coercive fines: determination of their legal nature based on article 38 of the general telecommunications law

Carolina Helfmann Martini\*

Este trabajo tiene por propósito el estudio y la determinación de la naturaleza jurídica de las multas coercitivas y el análisis las principales consecuencias jurídicas que se derivan de la misma. Para ello, se examinará si las multas coercitivas resultan más asimilables en su naturaleza a las sanciones administrativas o si, en cambio, se asemejan a los mecanismos de ejecución de los actos administrativos. Luego, en cuanto a las consecuencias jurídicas: se analizará la posibilidad de aplicar de manera conjunta sanciones y multas coercitivas; el momento a partir del cual la multa coercitiva debe ser contabilizada; y, por último, los principales elementos que componen el régimen jurídico de las multas coercitivas concebidas como sanciones administrativas. Este análisis será realizado tomando como hipótesis de estudio lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones.

**Palabras clave:** autotutela, compulsión, sanción, ejecución.

The purpose of this paper is to determine the legal nature of coercive fines and to analyze some of the consequences deriving therefrom. To this end, it will be examined whether coercive fines are more similar to administrative sanctions or to mechanisms for the enforcement of administrative acts. Then, with regard to the legal consequences: the possibility of applying sanctions and coercive fines jointly; the moment from which they should be counted; and finally, the main elements that make up the legal regime of coercive fines conceived as administrative sanctions will be analyzed. This analysis will be carried out taking as a hypothesis of study the provisions of Article 38 of the General Telecommunications Law.

**Keywords:** self-tutelage, compulsion, sanction, execution.

\* Abogada de la Pontificia Universidad Católica y LLM por la Universidad de Cambridge. Doctoranda de la Universidad de los Andes, Chile. Santiago, Chile. Correo electrónico: chelfmann@miuandes.cl. Dirección postal: Álvarez del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago, Chile.

Artículo recibido el 22 de marzo de 2023 y aceptado el 22 de junio de 2023.

## Introducción

La Administración del Estado tiene dentro de sus cometidos resguardar la observancia del ordenamiento jurídico. Ello, por regla general, es alcanzado a través de la voluntariedad de los mismos ciudadanos, quienes dan cumplimiento a las obligaciones y deberes que emanan de normas y órdenes contenidas en actos administrativos.

En este sentido, en la mayoría de los casos, la Administración no requiere adoptar medidas posteriores para que sus decisiones sean acatadas. Sin embargo, hay actos, y especialmente aquellos que tienen un contenido desfavorable para los ciudadanos, respecto de los cuales pueden ser reticentes a su cumplimiento.

Ante tal supuesto, cabe preguntarse si los órganos administrativos pueden dictar actos y adoptar medidas para intentar doblegar tal resistencia o, dicho de otra manera, si deben contar con mecanismos –y cuáles deben ser los mismos– que le permitan dar cumplimiento a las finalidades que le ha encomendado el ordenamiento jurídico.

Esta interrogante resulta esencial, de considerarse que de nada sirve que la Administración tenga potestades para tutelar diversos intereses públicos si no cuenta con las adecuadas herramientas que le permitan el efectivo y oportuno cumplimiento de sus decisiones.

En este sentido, dentro del abanico de instrumentos con los que cuenta la Administración para garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico y de los bienes públicos puestos bajo su tutela se encuentran la autotutela declarativa y la autotutela ejecutiva. La primera dice relación con la posibilidad de dictar actos administrativos que contengan decisiones y ordenen a sus destinatarios hacer o dejar de hacer algo, adoptar diversas medidas administrativas e imponer sanciones administrativas<sup>1</sup>. Por otra parte, la autotutela ejecutiva implica que la Administración puede realizar actos materiales destinados a obtener el cumplimiento de sus decisiones, en tanto así expresamente lo establece la Ley N° 19.880 de 2003.

Pese a la evidente importancia de conceptualizar y comprender ambas facetas –autotutela declarativa y autotutela ejecutiva– como herramientas para el cumplimiento de los fines impuestos a la Administración, en el medio jurídico chileno se aprecia un tratamiento enfocado en la autotutela declarativa y, especialmente en los últimos años, en la facultad sancionadora, pero limitado y de poca profundidad respecto de la ejecución de los actos administrativos.

Así, por ejemplo, la Ley N° 19.880 de 2003 se limita a enunciar esta característica de los actos administrativos y supeditar la procedencia de actos materiales a la existencia de una resolución que le sirva de fundamento, pero

<sup>1</sup> SOTO 2016. El autor presenta las sanciones como medidas de cumplimiento del Derecho. También en un sentido similar MONTT 2010.

no contiene un tratamiento sobre los mecanismos de ejecución ni tampoco reglas sobre procedencia de la ejecución. En otros ordenamientos, en cambio, se optó por enumerar en la norma de procedimiento administrativo los mecanismos de ejecución a los que puede acudir la Administración, como por ejemplo en el caso español.

La doctrina nacional, por su parte, tampoco ha tratado en detalle los mecanismos de ejecución de los actos administrativos, salvo –quizás– por el uso de la fuerza que ha concitado mayor interés<sup>2</sup>. Por lo mismo, el tratamiento se ha mantenido a un nivel introductorio donde la discusión se ha centrado en torno a si el poder de ejecución debe estar en manos de la misma Administración o bien de un tercero, en especial, de un tribunal de justicia, atendido el mandato constitucional, contenido en el artículo 76, que reserva el ejercicio de la jurisdicción a los tribunales de justicia.

Sobre este punto, es posible identificar distintas posturas en la doctrina nacional: algunos optan por negar su procedencia, otros que la aceptan en la medida en que exista una norma que la autorice; y, finalmente, hay quienes consideran que opera casi sin limitaciones atendido el tenor de la Ley N° 19.880 de 2003<sup>3</sup>. Sin embargo, la discusión no se ha extendido a otros aspectos ni particularidades que se derivan de esta autotutela ejecutiva<sup>4</sup>, lo que resulta un problema considerando el rol que tiene la ejecución en la actuación administrativa.

Particularmente las multas coercitivas, entendidas como aquellas que se imponen para forzar un comportamiento, no han sido tratadas por la doctrina, salvo por un comentario de jurisprudencia del profesor Luis Cordero<sup>5</sup>. A propósito de un pronunciamiento de la Corte Suprema, este autor se limita a enunciar que el criterio adoptado por el Máximo Tribunal implica que el cálculo de la multa se encuentra suspendido por el tiempo que dure la tramitación judicial de la impugnación. Concluye sobre las consecuencias insospechadas de tal mecanismo de cómputo en sectores donde la multa diaria es una herramienta de disciplinamiento habitual, como ocurre en el ámbito de los contratos públicos o de las concesiones.

El escaso tratamiento al que se hacía anteriormente mención, posiblemente explica por qué se han presentado dudas en torno a la hipótesis de multa prevista en el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones de 1982, en cuanto a su naturaleza jurídica y las consecuencias que derivan de

<sup>2</sup> OSORIO 2020, 306-317 y MORAGA 2010, 103.

<sup>3</sup> ENTEICHE 2014. El autor revisa y sistematiza las diversas posturas doctrinarias en torno a lo mismo. También lo hace OSORIO 2020, 297 en adelante.

<sup>4</sup> Así por ejemplo al revisar el manual del CORDERO (2013) es posible constatar que el mismo no trata la ejecución y se limita a enunciados generales en torno a la ejecutividad de los actos administrativos. Mayor profundidad en la materia contiene el manual de BERMÚDEZ (2011) el que al menos trata de manera separada la ejecución teniendo en consideración el texto de los artículos 50 y 51 de la Ley N° 19.880 de 2003.

<sup>5</sup> CORDERO VEGA 2019.

la misma. Dicha disposición legal establece que se considerará como “infracción distinta” cada día que el infractor deje transcurrir sin ajustarse a las disposiciones de dicha ley o de sus reglamentos, después de la orden y plazo que hubiere recibido de la autoridad de telecomunicaciones. ¿Es eso un mecanismo de ejecución, o bien, una sanción administrativa?

Mediante este trabajo se propone revisar la naturaleza jurídica de las denominadas multas coercitivas y determinar si forman parte del ius puniendi del Estado, o bien, de la autotutela ejecutiva de la Administración. Para este efecto, se analizará con especial atención el caso de la multa prevista en el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones pues el mismo ha dado lugar a múltiples pronunciamientos judiciales<sup>6</sup>.

## I. La gran pregunta: ¿las multas coercitivas son sanciones administrativas o son un mecanismo de ejecución de los actos administrativos?

### 1. El concepto de multa coercitiva

La doctrina española, cuya referencia resulta adecuada considerando que la norma chilena en materia de procedimiento administrativo se encuentra inspirada en la norma española vigente el año 2003, define a las multas coercitivas como:

(...) la imposición de obligaciones pecuniarias adicionales a la principal establecida por el acto que se ejecuta; obligaciones de pago que pueden reiterarse por períodos sucesivos de tiempo con el objeto de, mediante su acumulación, vencer la resistencia del destinatario del acto a cumplirlo voluntariamente<sup>7</sup>.

Así, la doctrina comparada<sup>8</sup> se ha inclinado por considerar que atendida su finalidad las multas coercitivas son mecanismos de ejecución de los actos administrativos. Para justificar la identificación como un mecanismo de ejecución se recurre a la finalidad diversa que tienen las multas comunes y corrientes versus las multas coercitivas<sup>9</sup>. Ello, desde que estas últimas buscan forzar

<sup>6</sup> El artículo 38 no es una norma original de la Ley N° 18.168 sino que fue incorporada con posterioridad, a través de la Ley N° 18.482 sobre Normas Complementarias de Administración Financiera y de Incidencia Presupuestaria (artículo 47 e). Posteriormente, el modificó el numeral del artículo, a través de la Ley N° 18.681 sobre Normas Complementarias de Administración Financiera y de Incidencia Presupuestaria y Personal (artículo 4 c). Finalmente, se eliminó el inciso primero del artículo 38, a través de la Ley N° 19.277 (artículo único). El inciso derogado establecía una sanción supletoria, en caso de no existir una sanción específica en la norma, y la norma sobre competencia del Juzgado de Policía Local del domicilio del infractor, así como una apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva.

<sup>7</sup> SANTAMARÍA 2016, 192.

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2006, 798, Santamaría 2016, 192, Pizarro 2001, 376-377, entre otros.

<sup>9</sup> Para este efecto se cita jurisprudencia del Tribunal Español y se reproduce la definición de multa coercitiva otorgada por el mismo: “medida de constreñimiento económico, adoptada previo apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un

un comportamiento respecto del cual se ha presentado resistencia por parte del obligado al mismo y para ello se impone sobre el destinatario del acto una obligación nueva y distinta de la obligación originalmente incumplida. Este último elemento, consistente en la creación de una obligación nueva, explicaría, en palabras de García de Enterría y Fernández, la exigencia de cobertura legal específica<sup>10</sup>. En otros términos, para estos autores no basta la enunciación contenida en una norma de bases, sino que debe existir una norma habilitante.

Esto último se relaciona con un cierto matiz a la naturaleza jurídica que ha agregado la doctrina derivado de “añadir un plus al contenido del acto que se quiere ejecutar”<sup>11</sup> a diferencia de otros mecanismos de ejecución. Este punto resulta crucial, pues se trata de un elemento diferenciador entre las multas coercitivas y los mecanismos de ejecución de los actos administrativos.

En el caso chileno, a diferencia, por ejemplo, del español, no existe una consagración positiva y supletoria de la multa coercitiva ni tampoco una definición y postura clara en torno a su naturaleza jurídica. Por ende, para intentar descifrar su sentido y finalidad se comenzará por recurrir al Diccionario Panhispánico del Español Jurídico.

De acuerdo al mismo, las multas coercitivas son un “medio de ejecución forzosa que consiste en una carga económica que se impone al sujeto obligado por un acto administrativo previo que ha incumplido, y que es reiterada, si es preciso, por lapsos de tiempo, con el fin de inducirle a cumplir lo ordenado. No tiene naturaleza sancionadora, por lo que su imposición es independiente de las sanciones que pueden imponerse y compatible con ellas”<sup>12</sup>. La misma definición se hace cargo de manera expresa de la naturaleza jurídica al descartar que se trate de una sanción. En este sentido, se opta por tomar un camino y se descarta abiertamente el otro. Sin embargo, este énfasis en cuanto a su naturaleza jurídica resulta insuficiente, o al menos, no totalmente convincente. Por lo mismo, cabe analizar cada uno de los términos –multa y coercitivo– por separado a fin de intentar descifrar la verdadera naturaleza jurídica de las multas coercitivas.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española la multa es concebida como una “sanción administrativa o penal que consiste en la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero”<sup>13</sup>. Una definición muy

---

comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa”: PIZARRO 2001, 376.

<sup>10</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2006, 798.

<sup>11</sup> PIZARRO 2001, 376. Para este efecto, cita a García de Enterría y Fernández. Sin embargo, no es posible concluir que estos autores efectivamente hayan sostenido lo mismo. Es más, parecen inclinarse por la concepción lisa y llana de ser un acto de ejecución, aunque reconocen la existencia de una obligación nueva lo que justifica en sus palabras “la exigencia de una cobertura legal específica” (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2006, 798).

<sup>12</sup> <https://dpej.rae.es/lema/multa-coercitiva>. Consultado el 29 de diciembre de 2022.

<sup>13</sup> <https://dle.rae.es/multa>. Consultado el 29 de diciembre de 2022.

similar contiene el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico<sup>14</sup>. De estas definiciones se concluye que toda multa es una sanción, con independencia del uso de la expresión coercitiva, aquello denominado multa necesariamente debe ser concebido como una sanción administrativa. Un razonamiento en contrario exigiría entender que existen multas con distinta naturaleza jurídica. Esto no resulta adecuado y, es más, constituye fuente de confusión. En este sentido, parece más adecuado considerar que toda multa es una sanción y que existen sanciones, o multas en el caso en análisis, con distintas finalidades: multas sanción y multas coercitivas.

Por otra parte, al definir coercitivo el Diccionario de la Real Academia Española incluye dos acepciones. La primera consiste en “que sirve para forzar la voluntad o la conducta de alguien” y, la segunda, en “represivo, inhibitorio”<sup>15</sup>. Lo primero es posiblemente aquello con lo cual naturalmente se identifican las multas coercitivas, mientras que lo segundo atiende a algo diverso y que, por lo mismo, resulta disruptivo considerando la postura de la doctrina comparada. En efecto, la utilización de términos como reprimir o inhibir hace pensar en una sanción administrativa en su conceptualización más tradicional y cercana al Derecho Penal al ser la expresión reprimir definida como “contener, refrenar, templar o moderar” y también como “contener, detener, castigar, por lo general desde el poder y con el uso de la violencia, actuaciones políticas o sociales”<sup>16</sup>. Así, el uso de la expresión coercitiva no es determinante en cuanto a la finalidad de la multa. Es más, parece incluso indicar una amplitud de fines que no permiten distinguir a las multas coercitivas de cualquier otro tipo de multa o de sanción administrativa.

De lo dicho previamente, resulta evidente que la multa coercitiva, al menos a partir de las palabras que la componen es, en principio, una sanción que podría tener por finalidad forzar una voluntad o bien reprimir o inhibir. De esta forma, cabe determinar si es realmente posible diferenciar la finalidad de las multas coercitivas en relación con las multas-sanción. ¿Son realmente tan distintos los objetivos perseguidos por una sanción administrativa y por una multa coercitiva? Antes de revisar las finalidades de las sanciones para contrastarlas con la finalidad de las multas coercitivas, revisaremos con mayor detalle el tratamiento positivo de las multas coercitivas.

En el ordenamiento chileno es posible identificar muy pocas hipótesis de multas coercitivas. Un caso es aquel previsto en el numeral 10 del artículo 3 de la Ley N° 18.410, que Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en tanto establece una facultad para este organismo administrativo consistente en imponer una multa de hasta 5 UTM por cada día de atraso

<sup>14</sup> “Pena pecuniaria que supone la obligación de pago de una cantidad de dinero por parte del condenado por la comisión de una infracción penal, impuesta según el sistema de días multa o con un carácter proporcional”. <https://dpej.rae.es/lema/multa>. Consultado el 29 de diciembre de 2022.

<sup>15</sup> <https://dle.rae.es/coercitivo>. Consultado el 29 de diciembre de 2022.

<sup>16</sup> <https://dle.rae.es/reprimir?m=form>. Consultado el 29 de diciembre de 2022.

respecto de lo ordenado por la autoridad<sup>17</sup>. Otro caso es el establecido en el Decreto Ley N° 211, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia que, al hacer referencia a las facultades de la Fiscalía Nacional Económica, establece una hipótesis de multa de hasta dos unidades tributarias anuales por cada día de atraso respecto a las solicitudes de información<sup>18</sup>.

Por último, también se encuentra la norma en que centra este trabajo y que es la que ha concentrado los pronunciamientos jurisprudenciales. Se trata de la hipótesis del artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones, la que ha sido identificada tanto por la doctrina<sup>19</sup> como por jurisprudencia<sup>20</sup> como una multa coercitiva. De acuerdo a la misma “se considerará como infracción distinta, cada día que el infractor deje transcurrir sin ajustarse a las disposiciones de esta ley o de sus reglamentos, después de la orden y plazo que hubiere recibido de la Subsecretaría de Telecomunicaciones”.

También la doctrina nacional ha identificado otros supuestos casos de multas coercitivas<sup>21</sup>. Se trata de dos casos de multas previstos en el Código Tributario. El primero dice relación con el artículo 97 N° 1, de acuerdo al cual el Servicio de Impuestos Internos puede requerir a un contribuyente presentar declaraciones, informes o solicitudes de inscripción o registros y si estos no cumplen en un plazo de 30 días se podrá aplicar una multa de 0,2 UTM por cada mes o fracción de mes de retraso. También el mismo autor agrega un caso adicional, contenido en el numeral 11 del mismo artículo antes mencionado, en virtud del cual la autoridad tributaria en caso de retardo puede sancionar con un 10% de los impuestos adeudados y puede aumentar en un 2% por cada mes o fracción de mes de retardo, no pudiendo exceder el 30% de los impuestos adeudados.

Hay otros casos que podrían generar confusión, pero que no son propiamente una multa coercitiva. Así ocurre, por ejemplo, con otros casos contenidos en la Ley N° 18.410 en que si bien existe un apercibimiento y posible multa por el incumplimiento de lo mismo no se trata de multa cuya determinación sea realizada en base a unidad de tiempo, sino que se hace referencia a los plazos que prevea el mismo cuerpo normativo y, por ende, a una sanción única asociada a un incumplimiento<sup>22</sup>. Algo similar a lo anterior,

<sup>17</sup> “Fijar los plazos máximos para la extensión de servicio en las zonas de concesión, pudiendo aplicar a los concesionarios de servicio público de distribución, una multa de hasta cinco unidades tributarias mensuales por cada día de atraso.”

<sup>18</sup> 39 h) inc. Final.

<sup>19</sup> CORDERO VEGA 2019.

<sup>20</sup> Claro con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2022).

<sup>21</sup> OSORIO 2020, 269-270.

<sup>22</sup> Artículo 3:

20. “Formar las estadísticas técnicas de explotación de las empresas eléctricas, de gas y de combustibles líquidos del país, en la forma que especifique la Comisión Nacional de Energía. Al efecto, la Superintendencia podrá requerir de las empresas señaladas la información necesaria, pudiendo sancionar con multa la no entrega de dicha información dentro de los plazos establecidos”.

se encuentra en la Ley General de Servicios Sanitarios<sup>23</sup> y, asimismo, en la Ley General de Urbanismo y Construcciones<sup>24</sup>.

También son equívocas las hipótesis de multas previstas en la Ley N° 20.880, sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses. Así, por ejemplo, se consagra una multa que tiene por finalidad lograr el cumplimiento de la obligación de presentar la declaración de interés y patrimonio dentro de un determinado período y que habilita a la Comisión de Ética y Transparencia Parlamentaria<sup>25</sup> y a la Contraloría General de la República<sup>26</sup>, según quien sea el destinatario de la obligación, a imponer una multa que podrá ser reiterada por cada mes adicional de retardo desde la notificación de la sanción.

En el caso de las primeras normas dudosas se trata de hipótesis en que se prevén multas asociadas al incumplimiento de una orden de la autoridad, pero que no se encuentran vinculadas a alguna unidad de tiempo y, por ende, no constituyen multas coercitivas propiamente tales por cuanto la san-

---

29. "Requerir, bajo apercibimiento de multa, la reposición del servicio respectivo, interrumpido por un hecho imputable a la empresa."

Artículo 3B: "Mediante resolución fundada, la Superintendencia podrá requerir a las empresas y entidades sujetas a su fiscalización, bajo apercibimiento de multa, que efectúen auditorías para comprobar la veracidad y exactitud de las informaciones que le hayan proporcionado."

<sup>23</sup> Artículo 55: "El no acatamiento por parte de los prestadores de servicios sanitarios, de las obligaciones y plazos establecidos por la ley respecto de las concesiones a que se refiere este cuerpo legal, así como de las órdenes escritas y requerimientos, debidamente notificados, y plazos fijados por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, en ejercicio de las atribuciones que la ley le encomiende, en relación a la misma materia, podrá ser sancionado con multas, las que quedarán a beneficio fiscal y se registrarán por las normas del Título III de la ley N° 18.902."

<sup>24</sup> Artículo 81: "Para prevenir el deterioro progresivo de un sector o barrio la Municipalidad podrá ejercer las siguientes facultades: d) Ordenar demoler las construcciones que amenacen ruina, o aquéllas construidas ilegalmente vulnerando las disposiciones del Plan Regulador, bajo apercibimiento de ejecutar derechamente la demolición por cuenta del rebelde.

En el ejercicio de estas facultades, la Municipalidad podrá apercibir a los propietarios con la aplicación de una multa si no cumplieren con lo ordenado, la que se hará efectiva administrativamente a beneficio municipal."

<sup>25</sup> Artículo 11: "(...) Dicha multa se reiterará por cada mes adicional de retardo desde la notificación de la sanción. Si el incumplimiento se mantuviera por un período superior a los cuatro meses siguientes a la notificación de la sanción, se considerará falta grave a la probidad y dará lugar a la destitución o cese de funciones del infractor, de acuerdo al estatuto respectivo. De todo lo anterior se dejará constancia en la respectiva hoja de vida funcionaria. El cese en funciones del sujeto obligado no extingue la responsabilidad a que haya lugar por infracción a las obligaciones de este Título, la que podrá hacerse efectiva dentro de los cuatro años siguientes al incumplimiento. Lo dispuesto en este artículo no obsta a la eventual responsabilidad penal que correspondiere conforme al artículo 210 del Código Penal."

<sup>26</sup> Artículo 15: De las infracciones a este Título cometidas por diputados y senadores corresponderá conocer, y resolver acerca de la aplicación de las sanciones, a las respectivas Comisiones de Ética y Transparencia Parlamentaria. Si el parlamentario obligado no realiza la declaración dentro del plazo o la efectúa de manera incompleta o inexacta, será apercibido por la respectiva Comisión de Ética y Transparencia Parlamentaria para que la realice o rectifique en el plazo de diez días hábiles y, en caso de incumplimiento, le aplicará una multa a beneficio fiscal de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, que se descontarán directamente de su dieta. Dicha multa se reiterará por cada mes adicional de retardo.

ción no se determina en base al cumplimiento más rápido o más lento por parte del destinatario u obligado. Sin embargo, y esto es lo realmente determinante, su finalidad es muy similar a la prevista para las multas coercitivas. En efecto, sin perjuicio de la configuración de la multa, ya sea como coercitiva o como sanción, la finalidad de la multa es una e indiscutible: lograr que el destinatario del acto actúe de una determinada manera. Así, una multa-sanción puede compartir finalidad con las multas coercitivas.

En consecuencia, es posible concluir que hay multas sanción que tienen el mismo propósito de aquellas denominadas como coercitivas, lo que demuestra que no siempre las sanciones tienen un simple fin de castigo. La finalidad atribuida a las multas coercitivas no es radicalmente distinta a las finalidades de otras sanciones existentes en el ordenamiento jurídico. Ello lleva a concluir que la finalidad no sirve necesariamente como un elemento diferenciador y más aún, que, sin perjuicio de su configuración, ambas hipótesis de multas son sanciones en cuanto a su naturaleza jurídica.

Sin perjuicio de la claridad de lo anterior, cabe revisar brevemente el concepto de sanción administrativa a fin de comprobar si permite reafirmar la conclusión anterior.

## 2. Brevemente el concepto de sanción administrativa y su finalidad

La doctrina y jurisprudencia nacional, especialmente en los últimos años, han tratado con mucha intensidad el concepto de sanción administrativa<sup>27</sup>. La doctrina nacional distingue entre sanción en sentido estricto y en sentido lato. Esta última se identifica con cualquier resultado normativo adverso. De esta forma, un acto desfavorable podría ser considerado como una sanción mientras que el concepto estricto exige –de acuerdo al análisis realizado por Bermúdez a partir de la norma española– la concurrencia de los siguientes elementos: i. la vinculación a una infracción administrativa; ii. la consagración en el ordenamiento jurídico; iii. la tramitación de un procedimiento sancionador; y, iv. la responsabilidad. En base a lo mismo, se define a la sanción administrativa como “Aquella retribución negativa prevista por el Ordenamiento Jurídico e impuesta por una Administración Pública por la comisión de una infracción administrativa”<sup>28</sup>. Sin perjuicio de otras conceptualizaciones y tratamiento de las sanciones administrativas se tomará este concepto para efectos de revisar si las multas coercitivas, y en especial la hipótesis prevista en el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones, comparten o no la naturaleza de las sanciones administrativas.

El asunto consiste en determinar si las multas coercitivas comparten los elementos del concepto estricto de sanción. Ciertamente las multas coercitivas son actos desfavorables, desde que implican para el destinatario el pago de una suma de dinero. Además, se encuentran previstas en el ordenamiento

<sup>27</sup> BERMÚDEZ 1998, 323-334. También CORDERO QUINZACARA 2014, 62-66.

<sup>28</sup> BERMÚDEZ 1998, 326.

jurídico. Por último, su aplicación emana de una contravención a un determinado comportamiento previsto en el ordenamiento jurídico, como acontece en el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones. En efecto, en este caso, lo que se sanciona es el hecho de no acatar una orden de la Subsecretaría de Telecomunicaciones y dejar transcurrir tiempo sin cumplir con una orden dada por la autoridad. Así, la conducta sancionada por la multa coercitiva no es el hecho del incumplimiento mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, hay un elemento teleológico que no forma parte de la definición de sanción y que conviene también revisar pues, como se señaló previamente, la finalidad de la multa coercitiva ha sido identificada como el elemento diferenciador entre una multa común y corriente –o como fue denominada multa-sanción– y una multa coercitiva. Justamente a partir de ese elemento teleológico se podrían distinguir dos tipos de multas: sancionadoras y coercitivas. Sin embargo, y como fue antes sostenido, ambas comparten una naturaleza jurídica: son sanciones administrativas.

La doctrina nacional se ha inclinado mayoritaria y tradicionalmente por reconocer a las sanciones administrativas una finalidad represiva o de castigo<sup>29</sup>, ello debido a su identificación con la sanción penal. Además, de señalar que ante una infracción debe necesariamente imponerse una sanción, quedando en manos de la Administración la graduación de la misma, en base al principio de proporcionalidad.

Sin embargo, también existen opiniones diversas como por ejemplo la planteada por el profesor Arancibia<sup>30</sup>, para quien las sanciones administrativas operan bajo el principio de necesidad. Por ende, son una medida de ultima *ratio* cuando los demás instrumentos de que dispone la Administración para corregir han sido insuficientes, ello en base a la eficacia y la proporcionalidad.

Por otra parte, doctrina posterior ha señalado que toda sanción tiene por finalidad inhibir a las personas a actuar de una determinada manera bajo la amenaza de que un comportamiento en sentido diverso podrá implicar la imposición de una sanción. En base a lo mismo, se plantea que la Administración debe contar con un abanico de herramientas punitivas y no punitivas<sup>31</sup>.

De acuerdo a esta última postura, las sanciones administrativas son herramientas de cumplimiento del derecho y no solo un castigo o un mal que necesariamente debe imponerse frente a un determinado comportamiento. Por lo mismo, y como sostiene la antes citada doctrina, las sanciones administrativas cumplen con la función de posibilitar el cumplimiento de la normativa, pues incluso sin imponerlas inducen al acatamiento del ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, su sola existencia funciona como un elemento que desincentiva un posible incumplimiento de obligaciones legales.

<sup>29</sup> CORDERO QUINZACARA 2014, 84.

<sup>30</sup> ARANCIBIA 2018, 131.

<sup>31</sup> SOTO 2016, 199.

Sin duda algo similar acontece con las multas coercitivas. Su sola consagración en el ordenamiento jurídico inhibe el incumplimiento de las obligaciones previstas o, en positivo, incentiva a su cumplimiento. Así, tanto sanciones como multas coercitivas comparten una característica: antes de su imposición ambas actúan como un factor inhibitorio de comportamientos no deseados. La duda es qué ocurre con la finalidad de las sanciones y de las multas coercitivas una vez que las mismas son impuestas. Para responder a ello, y dado que la disposición legal en análisis en este trabajo forma parte de la Ley General de Telecomunicaciones, se tomarán las otras sanciones previstas por este cuerpo legal para revisar sus finalidades y comprobar si todas buscan un único objetivo.

El artículo 36 de Ley General de Telecomunicaciones establece un catálogo de sanciones consistente en amonestación, multa, suspensión de transmisiones y caducidad de la concesión o servicio.

La amonestación es una sanción que suele estar prevista en los cuerpos normativos que prevén sanciones y consiste en "hacer presente algo para que se considere, procure o evite"<sup>32</sup>. En este sentido, no existe una retribución negativa. Por ende, algo que se define y trata como una sanción no cumple con el primer elemento de la definición estricta. Más bien se trata de una medida adoptada por la Administración, a través de un acto administrativo, que tiene por propósito advertir al destinatario de la misma sobre una conducta que se estima inadecuada o abiertamente contraria al ordenamiento jurídico y que podría conllevar la aplicación de una sanción. La suspensión de la operación, por su parte, se encuentra establecida como consecuencia de la reiteración de una infracción grave. Así, aparece como una retribución negativa que, por lo tanto, puede concebirse como una sanción. Lo mismo ocurre con la caducidad.

A partir del análisis de la amonestación es posible concluir que no todo lo que se denomina sanción es estrictamente tal. Dicho de otra manera, que las sanciones no solo persiguen la finalidad tradicional asociada al castigo; pareciera ser que también buscan algo más: el cumplimiento del derecho. En este sentido, existe coincidencia entre las multas coercitivas y una sanción tradicional como la amonestación. Esta constatación permite afirmar lo antes sostenido en cuanto a que no existe una diferencia evidente e indiscutible entre una sanción –y más específicamente una multa-sanción– y aquello que se denomina multa coercitiva.

Por ende, no todo aquello que se denomina sanción busca solo castigar, sino que se aprecian diversas finalidades o incluso multiplicidad o grados dentro de estas finalidades. Si bien el castigo parece como la sanción más evidente o visible dada la existencia de un acto desfavorable también es posible concebir que las sanciones, en mayor o menor medida, tienen por finalidad la búsqueda del cumplimiento del ordenamiento jurídico.

<sup>32</sup> <https://dle.rae.es/amonestar>. Consultado el 5 de enero de 2023.

En vista de lo anterior, la multa coercitiva puede ser calificada como una sanción que tiene un objetivo especial: poner término a una conducta de desacato respecto de una orden emitida por la Administración. Así, la conducta sancionada es justamente la omisión de cumplimiento de una orden de la autoridad y no la obligación legal que dio lugar a esa orden. En este sentido, es muy claro el tenor literal del artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones cuando hace referencia a que se considerará una infracción distinta. Se trata, por tanto, en el lenguaje del derecho civil, de obligaciones accesorias<sup>33</sup>.

Es posible que todo lo anterior no termine de convencer a quienes abogan por considerar que las multas coercitivas no son sanciones, sino que otra cosa, específicamente una manifestación del poder de ejecución que ostenta la Administración. Por ello, cabe revisar en qué consiste el poder de ejecución y en qué potestades se traduce el mismo.

### 3. La ejecución de los actos administrativos

#### a. *El imperio y la exigibilidad de las decisiones administrativas*

Para el cumplimiento de sus objetivos, la Administración del Estado goza de diversos mecanismos de tutela que le permiten dar protección a los intereses públicos que le han sido encomendados. Dentro de estas potestades y privilegios se encuentra la autotutela en sus dos versiones: declarativa y ejecutiva. La justificación de esta prerrogativa de la Administración del Estado se asocia con la protección del interés común y con la necesidad de que las actuaciones administrativas sean expeditas y eficaces, lo que podría obstaculizarse en caso de tener que recurrir a un tercero, como, por ejemplo, un tribunal de justicia, ya sea para adoptar una decisión o para dar cumplimiento a la misma.

Sin perjuicio de la existencia de posturas contrarias a la autotutela en términos amplios<sup>34</sup>, hoy la tutela declarativa no merece mayores dudas ni reparos<sup>35</sup>. Así, por ejemplo, la potestad sancionadora, actualmente prevista en múltiples leyes especiales, ha sido objeto de abundante doctrina, no para

<sup>33</sup> “Aquella cuya existencia depende de otra a la cual sirve de medio para hacer posible, integrar o asegurar su cumplimiento” Al respecto el mismo autor da ejemplos de obligaciones accesorias: garantía, fianza, prenda e hipoteca. Ver: ABELIUK 2014, 25.

<sup>34</sup> SOTO KLOSS 2009, 390. Se manifiesta contrario por considerar que implicaría que la Administración se haga justicia por sí misma, por ejemplo, cuando decide anular un acto y ejerce la potestad de invalidación. Para esta postura, el fundamento de tal prohibición sería, por una parte, la imposibilidad de constituirse en una comisión especial (artículo 19 N° 3), y por otra, el mandato en cuanto a que los tribunales de justicia son los únicos que tienen atribuida potestad jurisdiccional (artículo 76).

<sup>35</sup> CORDERO QUINZACARA 2014, 149. Este autor niega que las actuaciones formales de la Administración sean ejercicio de facultades jurisdiccionales, ello debido al proceso lógico atrás de estas actuaciones, pero también debido a que “no tienen la fuerza obligatoria ni el efecto propio de una resolución judicial, como es resolver la cuestión con fuerza de cosa juzgada” y al hecho de que siempre los actos administrativos son revisables por los tribunales de justicia, ello unido al elemento de parcialidad como contrapuesto al ejercicio jurisdiccional.

efectos de cuestionar su expresión como parte de la autotutela declarativa, sino que principalmente, para efectos de revisar su configuración y límites<sup>36</sup>. No tan pacífica es la autotutela ejecutiva y sus posibles manifestaciones. En efecto, la misma no ha sido objeto de un tratamiento intenso en nuestro medio y son más bien escasos los trabajos destinados a tratar esta esfera de la actuación administrativa<sup>37</sup>.

Como ha identificado la doctrina nacional, existen distintas posturas en torno a la autotutela ejecutiva<sup>38</sup>. De las tres posturas que ha sistematizado la doctrina, aquella que resulta más adecuada al ordenamiento chileno –y su consagración y respeto al principio de juridicidad– es la que sostiene que la ejecución de oficio de los actos administrativo sólo es posible cuando tenga fundamento en una ley especial habilitante.

En este sentido, se ha sostenido que los actos administrativos gozan de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad<sup>39</sup> lo que les permite su ejecución inmediata sin intervención de los tribunales de justicia, pero agregando el mismo autor y a reglón seguido que “Cuestión distinta es la ejecución forzosa de los actos administrativos, ya que ésta implica su ejecución directa y coactiva por la Administración, disponiendo de los medios jurídicos y materiales para ello. En esto la Ley N° 19.880 de 2003 no estableció –a diferencia de la española, que claramente le sirvió de referencia– instrumentos concretos para llevar a ejecución directa sus actos, disponiendo sólo su ejecutoriedad. Esto lleva a pensar que en nuestro derecho la ejecución forzosa de los actos administrativos es una potestad o prerrogativa entregada, por regla general, a los tribunales de justicia, salvo que la ley disponga en un caso particular esta habilitación para la Administración, señalando al mismo tiempo los instrumentos específicos para hacerla efectiva”<sup>40</sup>. En este mismo sentido también se ha pronunciado doctrina comparada<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> CORDERO QUINZACARA 2014, 158-159. AGUERREA 2005.

<sup>37</sup> ENTEICHE 2014 y FERRADA 2007. Además de algunos comentarios de jurisprudencia en torno a lo mismo: ENTEICHE 2013, LETELIER 2015 y ROMÁN 2018.

<sup>38</sup> ENTEICHE 2014.

<sup>39</sup> Cabe distinguir algunos términos que pueden confundirse. Se trata de la ejecutoriedad, ejecutividad y ejecución. Para ello, las normas relevantes son los artículos 3, 50 y 51 de la Ley N° 19.880 de 2003. Así, la ejecutoriedad se relaciona con la producción de efectos de los actos administrativos. De conformidad al mandato de presunción de legalidad de los actos administrativos, éstos por regla general producen efectos *in actum*. Sin embargo, también es posible prever que tal eficacia sea diferida o retroactiva. La ejecutividad, por su parte, consiste en el carácter atribuido a un acto administrativo de acuerdo al cual el mismo produce sus efectos salvo que haya sido decretada la suspensión del mismo, pudiendo la misma operar por una decisión administrativa o bien por mandato judicial. Por último, la ejecución, y así dispone expresamente el artículo 50, consiste en la realización de actos materiales para dar cumplimiento a lo dispuesto en un acto administrativo.

En este sentido, se trata de términos que aluden a cosas diversas pero relacionadas. Así, y para los efectos que interesa a este trabajo, los mecanismos de ejecución, dependen de la existencia de un acto administrativo que reúna ambas características: ejecutividad y ejecutoriedad.

<sup>40</sup> FERRADA, 2007, 83-84.

<sup>41</sup> GORDILLO, 2007, V-36. De acuerdo a este autor: “(...) si la ley no autoriza expresamente a la administración a ejecutar el acto, ni tampoco la autoriza implícitamente o hay sanción penal, civil o

Por ende, el punto de partida es el siguiente: los actos administrativos pueden ser ejecutados directamente por la Administración cuando una norma especial así lo haya previsto. Se trata de algo similar, aunque no idéntico, al caso de las sanciones administrativas y ello justificado no solo en el principio de juridicidad consagrado en el texto constitucional, sino que también derivado de los efectos que traen actuaciones tales como la imposición de sanciones o la ejecución de una decisión. No es idéntico ya que en el caso de las sanciones administrativa también se aplican con matices principios del derecho penal, como por ejemplo la tipicidad, que hacen más exigente el estándar de consagración normativa.

*b. Mecanismos de ejecución de los actos administrativos: la exigencia de actos materiales*

El artículo 3 de la Ley N° 19.880 de 2003 dispone que los actos administrativos gozan de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios. Por otra parte, de acuerdo al artículo 50 de la Ley N° 19.880 de 2003 la Administración no realizará actos materiales de ejecución que limiten derechos de los particulares sin que exista una resolución que le sirva de fundamento jurídico<sup>42</sup>. La misma disposición agrega que el órgano que ordene un acto de ejecución material de las resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa.

El legislador contempló la posibilidad de que sea la misma Administración la que realice actos materiales de ejecución. Esto no implica que exista una autorización legislativa amplia en cuanto a la ejecución de oficio por la autoridad administrativa, pues como fue sostenido es necesario que una norma especial habilitante.

En cuanto a la ejecución, la doctrina ha distinguido entre la ejecución propia y la ejecución impropia. La primera tiene lugar cuando es la Administración la que emite el acto administrativo, y luego realiza algún acto material de ejecución. En cambio, la ejecución impropia implica acudir a un tercero, que usualmente es la autoridad judicial. Esta distinción es realizada por doctrina nacional<sup>43</sup> y extranjera<sup>44</sup>. Por ende, se concibe y reafirma que es posible

---

administrativa por el incumplimiento, entonces simplemente la administración no puede ejecutar el acto de oficio por la coerción, cuando con ello invade derechos de particulares”.

<sup>42</sup> A partir de lo dispuesto por esta norma, doctrina nacional se ha preguntado si se exige una resolución previa y una actuación material. Ello es descartado tanto existen múltiples actuaciones materiales carentes de un acto que sirva como antecedente. Esta segunda interpretación debe ser puesta en duda ya que resuelve en base a una generalización que no resulta adecuada. Si bien la ejecución de un acto administrativo supone actos materiales no todo acto material se encuentra relacionado con la ejecución. Por ende, es posible aceptar la existencia de actos materiales sin acto formal previo, pero ello no tendría lugar cuando se trata de la ejecución de un acto administrativo. Al respecto ver BERMÚDEZ 2011, 127-128.

<sup>43</sup> SILVA CIMMA 1996, 107.

<sup>44</sup> GORDILLO 2007, V-26. De acuerdo a este autor, aunque acepta esta distinción como un punto de partida también sostiene que “(...) parece más propio, en cambio, señalar que en el segundo caso no existe ejecutoriedad alguna, pues en nada se diferencia entonces el acto administrativo

que la Administración tenga un rol en la ejecución en la medida que el legislador lo haya habilitado expresamente.

En relación con lo anterior, se ha hecho referencia a la heterotutela judicial y a la autotutela ejecutiva, para efectos de sostener que bajo el primer modelo la Administración debe contar con autorización judicial para buscar el cumplimiento de sus actos a través del uso de la fuerza pública, mientras que bajo la autotutela ejecutiva puede solicitar de manera directa el uso de la fuerza pública<sup>45</sup>.

Por otra parte, la doctrina nacional también ha distinguido la existencia de actos con efectos dentro de la Administración y actos dirigidos a terceros. En este último caso, identifica medios para cumplir con el principio de ejecución. Dentro de éstos, se incluye lo que se denominan medios de coacción indirecta y los define como "la conminación de la Administración de aplicar determinadas sanciones, imposiciones o multas para el evento de que los administrados se nieguen a cumplir el acto"<sup>46</sup>. Esta referencia hace pensar de inmediato en las multas coercitivas y en su conexión con el carácter de sanción administrativa, aunque con una finalidad especial y muy vinculada a los mecanismos de ejecución de los actos administrativos.

La doctrina comparada también realiza una distinción entre coerción directa e indirecta, la primera cuando se fuerza a un individuo a cumplir con el acto, por ejemplo, obligándolo a retirarse de un lugar cuyo acceso está prohibido, mientras que la coerción indirecta tiene lugar "cuando la administración aplica otro tipo de sanciones (multas, clausura, inhabilitación, etc.) a fin de forzar al individuo a cumplir el acto"<sup>47</sup>.

En este sentido, se podría sostener que las multas coercitivas son un medio de coacción indirecta. La concepción de las multas coercitivas como una naturaleza jurídica de sanción administrativa no parece una limitación para que la doctrina citada las incluya como un mecanismo de coacción indirecta. En este sentido, así como se habla del derecho administrativo sancionador, y se vincula con el *ius puniendi* del Estado, posiblemente también se podría hacer referencia al derecho de coacción como una potestad de la Administración que se manifiesta a través de diversos mecanismos, siendo uno de estos las sanciones y específicamente las multas coercitivas.

Volviendo al texto de Ley N° 19.880 de 2003, este cuerpo normativo exige que la ejecución de los actos administrativos sea realizada a través de actos materiales. En este sentido, todo aquello que no sea un acto material debiese

---

del acto de un particular. Ver también MARIENHOFF 2004. 345. De acuerdo a este último, propia es aquella que realiza la Administración a través de sus propios medios, versus la impropia en la que se acude a un tribunal de justicia. De acuerdo al mismo autor, también hay quienes identifican esta distinción haciendo referencia a "inmediata" y "mediata".

<sup>45</sup> OSORIO 2020, 296.

<sup>46</sup> SILVA CIMMA 1996, 109.

<sup>47</sup> GORDILLO 2007, V-38.

ser descartado como mecanismo de ejecución. Por ello, se debe determinar si multas coercitivas constituyen o no un acto material. Esto también se relaciona con uno de los principios institucionales de la ejecución. Se trata del principio denominado como “ejecución en línea directa de continuación del acto”.

De acuerdo a este principio, “la ejecución no puede transformar el contenido del acto ni añadir a éste ninguna obligación nueva. La ejecución debe limitarse a imponer el cumplimiento de lo mismo que el acto ordena”<sup>48</sup>. Ciertamente esto acontece con la generalidad de los mecanismos de ejecución, por ejemplo, los apremios sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria, pero no en el caso de las multas coercitivas, pues éstas implican la existencia de una obligación nueva y diversa a aquella que dio lugar a la orden de cumplimiento. Como fue antes señalado, en lenguaje de derecho civil, se podría hablar de obligaciones accesorias. En el caso del artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones, existe una obligación originaria –el cumplimiento de la normativa de telecomunicaciones– y una obligación nueva vinculada a la multa coercitiva cuyo monto efectivo solo es determinado una vez que se procede al cobro de la misma.

Así, la primera obligación podría ser entregar información o bien cumplir otro mandato de la norma de telecomunicaciones cuyo incumplimiento la Administración ha identificado y ordenado corregir, mientras que la segunda obligación consistirá en la orden de acatar lo ordenado por la Administración. El incumplimiento de esto último, es lo que dará lugar a la posible aplicación de una multa coercitiva. En este sentido, la imposición de la multa del artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones va más allá del contenido del acto cuyo cumplimiento se busca. En el caso de una multa coercitiva no se busca dar cumplimiento directo a la obligación de entregar información, sino que a la obligación de cumplir con lo ordenado por la autoridad. Es por ello que no es posible concebir a las multas coercitivas como un acto material destinado al cumplimiento de la obligación originaria.

## II. Derivaciones de la naturaleza jurídica de las multas coercitivas como sanciones administrativas

### 1. Compatibilidad de las multas coercitivas con sanciones administrativas

Dado que las multas coercitivas no son mecanismos de ejecución de los actos administrativos, sino que sanciones, no es posible asumir que su diferente naturaleza jurídica las haga compatibles. Es preciso notar que el problema de la compatibilidad entre sanciones y multas coercitivas se verifica teóricamente cuando a un mismo hecho se le asigna por el ordenamiento jurídico dos consecuencias: la imposición de una sanción y la ejecución de lo incumplido a través de una multa coercitiva. Es decir, cuando la norma prevé que ante un incumplimiento se aplicará, al mismo tiempo la sanción y la multa coercitiva.

<sup>48</sup> PIZARRO 2001, 382.

Lo anterior no coincide con el caso de la hipótesis del artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones en el cual la multa coercitiva no emana del hecho consistente en el incumplimiento a la normativa, sino que del desacato a la orden de la autoridad. Se trata así de dos hechos diversos. En este sentido, no se da la problemática de que exista un hecho que tenga dos efectos –sanción y multa coercitiva– sino que hay dos efectos asociados cada uno de ellos a un hecho diverso. Así lo aclara la misma norma cuando hace expresa referencia a que se trata de una infracción diversa.

Bajo la configuración de la Ley General de Telecomunicaciones, la Administración identifica una infracción, respecto de la cual puede o no aplicar una sanción. Luego, de conformidad a lo previsto en el artículo 38, emite un acto que contiene un mandato en cuanto a realizar una determinada conducta y en ese acto apercibe a dar cumplimiento en un plazo determinado bajo amenaza de imponerle una multa coercitiva. Bajo la lógica de este cuerpo normativo el destinatario del acto puede ser objeto de dos sanciones: una derivada del incumplimiento y otra –que será siempre una multa– asociada al no acatamiento de la orden emitida por la autoridad. Por ende, se trata de dos hechos diversos, por una parte, el incumplimiento de la normativa y, por otra, el incumplimiento de la orden de la autoridad. Sin perjuicio de lo evidente que resulta lo anterior, se han generado ciertas dudas en cuanto a la incompatibilidad de aplicar sanciones y multas coercitivas, en virtud de la aplicación del principio del *non bis in ídem*.

El principio del *non bis in ídem* –originario del derecho penal– ha sido aplicado en el ámbito del derecho administrativo a partir de la asimilación entre sanción administrativa y sanción penal. Además, porque se encuentra consagrado en tratados internacionales vigentes, por aplicación del artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República– que establece que nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho.

Para efectos de su concurrencia se exigen tres elementos: se debe tratar de los mismos hechos, sujetos y causa. En base a este principio la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencias emitidas entre el año 2011 y el año 2019, dejó sin efecto multas coercitivas aplicadas de conformidad al artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones. Así, la naturaleza jurídica, aunque no tratado expresamente, resultó ser el elemento determinante para dejar sin efectos las multas coercitivas y ello en línea con lo establecido por normativa comparada<sup>49</sup>. Sin embargo, durante el mismo período jurisprudencial citado –2011 a 2019– también es posible identificar –y en efecto en un número mayor– sentencias de la Corte de Apelaciones que confirman la multa coercitiva y que no hacen mención o descartan la aplicación del principio del *non bis in ídem*. Ello da cuenta de la confusión en torno a la naturaleza jurídica de las multas coercitivas. Esto no se da úni-

<sup>49</sup> Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pública (España) N° 39/2015: Artículo 103 N° 2: “La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas”.

camente en el caso chileno, pues también fue discutido en un caso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>50</sup>.

La identificación como mecanismo de ejecución y no como sanción administrativa parece prestar una utilidad muy clara consistente en permitir la aplicación conjunta de una sanción y una multa coercitiva. Sin embargo, como fue antes sostenido, tal problemática de la compatibilidad no se da en el caso de la norma analizada –artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones– pues allí es posible identificar dos infracciones diversas.

A mayor abundamiento, se debe recordar que la Corte Suprema ha considerado que resulta posible la aplicación de dos sanciones a partir de un mismo hecho al estimar que no se cumple con la triple identidad –hechos, sujetos y causa– que exige el principio del *non bis in ídem*. Así lo señaló a propósito de las sanciones impuestas por la Dirección del Trabajo y por la Secretaría Regional Ministerial de Salud. En este caso, se consideró que ambas autoridades protegen bienes e intereses jurídicos diversos<sup>51</sup>. Esta interpretación que podría ser criticada por su extremada amplitud en el entendimiento del principio del *non bis in ídem* es la postura correcta desde que las obligaciones infringidas son diversas: una es la obligación que emana de la legislación laboral y la otra la obligación que emana de la legislación sanitaria. Además, reconoce y respeta las competencias y finalidades de los distintos órganos de la Administración del Estado.

2. El cómputo de la multa coercitiva al igual que el de cualquier sanción comienza con su ejecutoriedad

a. *La errónea invocación del “derecho al recurso”*

Según fue señalado, gozando el acto administrativo de ejecutoriedad es susceptible de ser ejecutado. Ello, por supuesto, en la medida que no se hayan suspendido sus efectos. Sobre este punto, la Ley N° 19.880 de 2003 prevé la posibilidad de suspender los efectos de un acto administrativo –ya sea por la Administración como también por un tribunal de justicia– cuando su cumplimiento pudiere causar un daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de aquello que se resuelva. Por ende, no proceden los mecanismos de ejecución cuando se haya decretado la suspensión entendiéndose que “(...) la suspen-

<sup>50</sup> <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/2848/3011>. En este caso, el Tribunal de Justicia, modificó su parecer anterior, y estableció su compatibilidad por estimar que la aplicación de una u otra depende de la idoneidad para cumplir el objetivo buscado atendidas las características de cada caso concreto. Además, descartó una posible vulneración al principio del *non bis in ídem*, dado que tienen una función distinta. Así, mientras la aplicación de una multa coercitiva puede resultar especialmente útil para inducir a una parte a poner fin lo antes posible a un incumplimiento, la imposición del pago de una multa propiamente tal se relaciona más bien con la apreciación de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones respectivas, ello especialmente cuando el cumplimiento se ha mantenido por un largo tiempo.

<sup>51</sup> Procesadora Insuban Limitada /Secretaría Regional Ministerial de Salud Región (2017). En un sentido similar: Lincoyan Gregorio Bautista Cárdenas EIRL con Fisco-Consejo de Defensa del Estado (2023).

sión de la eficacia del acto viene a concretar la interrelación existente entre la presunción de legalidad, la autotutela administrativa y la impugnabilidad<sup>52</sup>.

En este sentido, se ha pronunciado también la doctrina nacional la identificar que "Consustancial a la idea de exigibilidad es, entonces, la insuspen-sibilidad del acto, es decir, que él debe cumplirse inexorablemente, incluso en los casos en que el acto ha sido impugnando, mientras no haya una deci-sión administrativa fundada o una resolución judicial que ordene lo contrario (art. 57 LBPA)"<sup>53</sup>.

De esta manera, la suspensión de los efectos de un acto requiere una decisión expresa, ya sea de la misma Administración o bien de un tribunal de justicia. De ello se sigue que no es posible sostener que los efectos de un acto se encuentren suspendidos por la sola existencia de una reclamación judicial pendiente, como señaló la Corte Suprema al invocar el "derecho al recurso" para efectos de sostener que las multas coercitivas se calcularán una vez ejecutoriada la sentencia judicial<sup>54</sup>, o bien como lo ha sostenido doctrina nacional al manifestar que "(...) un ente administrativo puede (...) ejecutar por sí solo sus decisiones, en tanto no deba esperar un plazo de impugna-ción que cede a favor del interesado (...) "<sup>55</sup>. En este sentido, y no existiendo razón alguna para atribuir a las multas coercitivas una regla especial, las mis-mas deben producir sus efectos desde su entrada en vigencia.

Por lo anterior, la aplicación de una sanción consistente en una multa coercitiva, como la del artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones, puede ser objeto de un recurso administrativo, pero ello, siguiendo la regla general, no alterará la producción de efecto de esa sanción. En este sentido, si bien existe un derecho a impugnar las decisiones, éste no tiene la aptitud de modificar la producción de efectos de un acto administrativo.

Cabe destacar que el Máximo Tribunal parece haber corregido este criterio, o al menos es posible concluir lo mismo a partir de los últimos pronunciamientos en relación con el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones, lo que resulta adecuado y armónico con la distinción entre ejecutoriedad y ejecutividad que la misma Corte Suprema realizó en un pronunciamiento previo<sup>56</sup> y que ha reiterado en otras sentencias<sup>57</sup>. Por ende, el

<sup>52</sup> BERMÚDEZ 2011, 129.

<sup>53</sup> MORAGA 2010, 102.

<sup>54</sup> Entel PCS Telecomunicaciones con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2019), considerando 6°.

<sup>55</sup> MORAGA 2010, 102.

<sup>56</sup> Fisco de Chile con Dorr Zegers María, Mackena Dorr María Teresa, Mackena Dorr Luis Fernando (2014).

<sup>57</sup> Entel PCS Telecomunicaciones con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2019), WOM S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2022), Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2022a), Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2022b), Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2022c), Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2022d).

cálculo de la multa se cuenta desde el vencimiento del plazo dado por la autoridad, sin que la impugnación tenga efecto alguno y, en definitiva, sin que finalidad de la multa tenga algún efecto en el cómputo de la misma.

De esta manera, la naturaleza de sanción reafirma la aplicación de las reglas generales en torno a la distinción entre ejecutoriedad y ejecutividad y, por ende, del momento a partir del cual deben computarse las multas coercitivas, ya sea que se haya presentado una reclamación administrativa o judicial. Así, la conclusión correcta, y que aparece representada por la última línea jurisprudencial de la Corte Suprema, es que las multas coercitivas deben calcularse a partir del momento en que vence el plazo dado por la autoridad administrativa para el cumplimiento de una determinada obligación, ello sin perjuicio de la reclamación que pueda estar pendiente y de la posibilidad de que la autoridad administrativa o judicial, siguiendo las reglas generales, decidan suspender los efectos de la multa coercitiva.

*b. La improcedencia de aplicar normas de derecho civil*

En el grupo de sentencias que sostienen que la multa debe calcularse una vez que el fallo que la establece de manera definitiva se encuentre notificado, aparece un criterio que debe ser destacado. Se trata de lo sostenido por el abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago Sr. Quintanilla, quien aplica las normas del derecho civil para reafirmar tal conclusión. De acuerdo al citado abogado integrante dado que la obligación era de hacer su incumplimiento da lugar a un procedimiento de apremio, lo cual sólo es posible cuando exista un título ejecutivo, el que no puede ser otro que la sentencia firme o ejecutoriada debidamente notificada<sup>58</sup>.

En este sentido, siguiendo la doctrina civilista, se deben distinguir las obligaciones según su objeto: dar, hacer y no hacer. Las obligaciones de hacer son las que tienen por objeto la ejecución de un hecho, mientras que la obligación de dar es la que tiene por objeto transferir el dominio o constituir un derecho real<sup>59</sup>. Hasta acá se podría sostener que es correcto lo señalado por el abogado integrante, pues efectivamente cuando se trata de obligaciones de hacer procede el cumplimiento en los términos señalados.

Sin embargo, se debe ser cuidadoso con el uso de normas y principios del derecho civil. En efecto, si bien en este trabajo se ha hecho referencia a la expresión obligación, no es posible asimilar un deber jurídico que emana del ordenamiento jurídico con una obligación en sentido civilista.

De acuerdo al mismo, la obligación es "un vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo"<sup>60</sup>. Sin embargo, no resulta el término más adecuado

<sup>58</sup> Entel PCS Telecomunicaciones con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2019).

<sup>59</sup> ABELIUK 2014, 442-445.

<sup>60</sup> ABELIUK 2014, 35.

cuando estamos hablando de relaciones entre los particulares y el Estado, ya que bajo la óptica del derecho civil las obligaciones tienen un carácter patrimonial<sup>61</sup>, lo que ciertamente no ocurre con todas las “obligaciones” o deberes de conducta que existen en el ámbito de las relaciones entre las personas y el Estado, por ejemplo cuando se trata de entregar información o cumplir con presentar una declaración de interés y patrimonio.

Se ha discutido si una obligación puede o no tener por objeto un hecho no pecuniario. Para ello se cita el código civil italiano y se da cuenta que a lo sumo se podría distinguir entre la prestación y el interés, debiendo la prestación siempre tener un contenido patrimonial<sup>62</sup>. Así, la doctrina nacional da cuenta que el Código Civil no exige el elemento patrimonial, pero reconoce que las consecuencias que derivan del incumplimiento requieren este elemento, aunque matizado por la reparación exclusiva del daño moral<sup>63</sup>.

Sin perjuicio de no la asimilación antes expuesta, es útil igualmente ahondar en las consecuencias que derivan de la existencia de una obligación civil. Principalmente hay dos efectos asociados al incumplimiento: la posibilidad de solicitar el cumplimiento forzado y la indemnización de los perjuicios. En particular, cuando se trata de las obligaciones de hacer, la doctrina sostiene un doble derecho derivado del artículo 1553 del Código Civil. Por una parte, indemnización moratoria y, por otra, un triple derecho que emana de la obligación misma: que se apremie para el cumplimiento, autorización para que la ejecución sea realizada por un tercero; y la indemnización de perjuicios compensatorios<sup>64</sup>.

El cumplimiento forzado requiere la concurrencia de ciertos requisitos. Dentro de estos, se encuentra contar con un título ejecutivo. En este sentido, es efectivo lo señalado por el abogado integrante Sr. Quintanilla en cuanto a que es necesario un título ejecutivo para efectos de solicitar el cumplimiento forzado de una obligación de hacer y que ese título ejecutivo es la sentencia que se pronuncie sobre la impugnación. Respecto de la indemnización, ésta no tiene cabida en las relaciones entre la Administración y los particulares. Por ende, nuevamente la asimilación con el derecho civil no resulta acertada.

En este sentido, si bien sería posible sostener que de la Ley General de Telecomunicaciones emanan múltiples “obligaciones” de fuente legal, una de las cuales opera por sí sola –el incumplimiento– y, por ende, puede ser calificada como una obligación legal propiamente tal, el supuesto del artículo 38 de dicho cuerpo normativo es distinto. En este caso si bien hay una obligación legal la misma requiere la emisión de un acto administrativo para su nacimiento.

---

<sup>61</sup> ABELIUK 2014, 38 y 42.

<sup>62</sup> ABELIUK 2014, 42 a 44.

<sup>63</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC 2001, 164-168.

<sup>64</sup> ABELIUK 2014, 935.

Considerando que no es posible concebir que entre la Administración y los particulares exista una obligación propiamente tal, resulta difícil pretender dar aplicación a las normas sobre ejecución forzada de las obligaciones civiles. Más aún cuando implica restar cualquier espacio a la autotutela ejecutiva y cuando uno de los efectos previstos –el indemnizatorio– no resulta procedente en la relación particular-Administración.

Sin perjuicio de lo anterior, hay quienes podrían pretender atribuir a las multas coercitivas un carácter de indemnización anticipada, como una especie de indemnización moratoria. La doctrina ha sostenido que: “(...) cabe distinguir claramente la indemnización compensatoria que equivale al cumplimiento mismo, y la moratoria que repara el atraso del deudor en cumplir su obligación. Por esto es que el deudor puede pedir el cumplimiento, si él es aún posible, y la indemnización moratoria por los perjuicios que le produce el cumplimiento tardío (...)”<sup>65</sup>. Sin embargo, ello carece de asidero atendida la finalidad de las multas coercitivas consistente en incentivar un cumplimiento y no en reparar un daño. Además, cabe señalar que la indemnización una vez acogida da lugar a una obligación de dar, consistente en pagar la indemnización, lo que ciertamente es diverso a la multa coercitiva.

Vinculado a la indemnización, también cabe tener presente la posibilidad de configurar a la multa coercitiva como una cláusula penal. La misma –definida en el artículo 1535 del Código Civil– se ha considerado que cumple tres funciones: evaluar anticipadamente los perjuicios, caucionar la obligación y servir de pena civil<sup>66</sup>. El mismo autor agrega que resulta indudable el carácter sancionador de la pena, lo que califica como común a toda indemnización de perjuicios, aunque agrega que no parece necesario recurrir a la calificación de pena, porque tiende fundamentalmente a que la obligación se cumpla en naturaleza o por equivalencia<sup>67</sup>. Ello resulta predicable de las multas coercitivas, sin perjuicio que en este caso si es necesario calificarla como sanción pues así surge de sus características, pero además por las consecuencias que derivan de lo mismo y que resultan fundamentales atendida a que están destinadas a operar en una relación asimétrica como es la relación privado-Administración.

c. *La multa coercitiva se debe empezar a calcular una vez vencido el plazo para dar cumplimiento a la obligación*

Al ser la multa coercitiva una sanción que consta en un acto administrativo se deben aplicar todas las características o efectos derivados del mismo, dentro de los cuales aparece la ejecutoriedad y ejecutividad. Es posible sostener que, salvo que exista una decisión en contrario, las multas coercitivas deben computarse a partir del vencimiento del plazo indicado por la autoridad administrativa para el cumplimiento de una determinada obligación. Ello

<sup>65</sup> ABELIUK 2014, 927.

<sup>66</sup> ABELIUK 2014, 1044.

<sup>67</sup> ABELIUK 2014, 1045.

implica que aún de existir una reclamación pendiente, el “cronómetro” de la multa coercitiva ya ha comenzado a correr.

Cabe descartar argumentos similares a aquellos que han sido expuestos para cuestionar la constitucionalidad de las normas que contienen hipótesis de *solve et repete*, es decir, en aquellos casos en que la norma prevé que se debe pagar primero la multa y luego reclamar. Frente a estos supuestos normativos, la postura del Tribunal Constitucional ha sido clara y consistente en cuanto a concluir que existe en aquellas normas una evidente infracción al artículo 19 N° 3 de la Carta Constitucional debido a la afectación a la tutela judicial efectiva. Lo mismo no se debe entender procedente respecto de las multas coercitivas. En efecto, son situaciones diversas, mientras en los casos de *solve et repete* se exige el pago de la multa para permitir reclamar, en las hipótesis de multas coercitivas el cálculo de la sanción se realiza sin perjuicio de la impugnación.

Por lo mismo, las multas coercitivas se deben computar una vez vencido el plazo dado por la autoridad respectiva, sin que tenga relevancia la decisión judicial que se pronuncie sobre la impugnación. No existe en el caso de las multas coercitivas una infracción a la garantía del debido proceso, por cuanto quién sea objeto de una multa coercitiva podrá impugnar el cumplimiento de la obligación que dio lugar a la misma y eventualmente podrá revertir la decisión administrativa.

La conclusión antes sostenida, sin embargo, no ha resultado tan obvia para la jurisprudencia. Al revisar la jurisprudencia en torno al artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones es posible apreciar las diversas conclusiones a las que se ha arribado y que es posible resumir en al menos tres posturas: la multa coercitiva se debe calcular desde el vencimiento del plazo otorgado por la autoridad administrativa para el cumplimiento de una determinada obligación; la multa coercitiva se debe calcular desde que quede ejecutoriada la sentencia que se pronuncia sobre la misma; y, la multa coercitiva se debe calcular a partir del quinto día desde que quede ejecutoriada la sentencia que se pronuncia sobre la misma. Por cierto, adoptar cualquiera de estas posibilidades no resulta indiferente.

De acuerdo a la jurisprudencia existente, es posible constatar que los criterios de la Corte de Apelaciones de Santiago han ido cambiando con el tiempo.

En un primer momento se inclinó por la postura de acuerdo a la cual la multa diaria debe calcularse a partir del día quinto en que quede ejecutoriada la sentencia<sup>68</sup>, ello posiblemente por la asimilación con las sanciones

<sup>68</sup> Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010a); Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010b); IFX Larga Distancia Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010a); IFX Larga Distancia Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010b); Telmex Servicios Empresariales S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones

previstas en el mismo cuerpo normativo<sup>69</sup>. Posteriormente, o bien las sentencias nada señalaban<sup>70</sup>, o bien concluían que la multa diaria debía calcularse a partir del día en que quedara ejecutoriada la sentencia<sup>71</sup>. Finalmente, y en las sentencias más recientes, la Corte de Apelaciones de Santiago, al igual que la Corte Suprema<sup>72</sup>, se ha inclinado por calcular la multa diaria desde el vencimiento del plazo impuesto por la Administración<sup>73</sup>.

La segunda postura –consistente en que la multa coercitiva se debe calcular desde que quede ejecutoriada la sentencia que se pronuncia sobre la misma– implica concluir que la multa no ha producido efectos y no ha ingresado al patrimonio del destinatario por el solo hecho de haber reclamado

---

(2010); Mi Carrier Telecomunicaciones con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010); Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010f); Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010g); Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010h); Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010i); Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010j); IFX Larga Distancia Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010c); Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010k); Entel Telefonía Local S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010); Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010l); Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2011b); Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte de Telecomunicaciones (2014).

<sup>69</sup> El artículo 36 N° 2 establece que “Las multas deberán pagarse dentro del 5° día hábil siguiente a la fecha en que quede ejecutoriada la resolución condenatoria.”

<sup>70</sup> Sociedad Informática y Tecnologías de Canarias Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2009), Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010); Entel Telefonía Local S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2011); VTR Wireless S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2014); VTR Wireless S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2015); Comunicación y Telefonía Rural con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2015); Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2015a); Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2015b); Pacífico Cables S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2015); VTR Comunicaciones SpA con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2016); Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2021b); WOM S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2021); Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2022a).

<sup>71</sup> Ver jurisprudencia citada bajo el título “Sentencias Corte de Apelaciones que confirman multas coercitivas”: GTD Manquehue S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010); Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010d); Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010e); Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2011a); Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2011c); Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2014).

<sup>72</sup> Entel PCS Telecomunicaciones S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2022); Claro Servicios Empresariales S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2022) y Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2022).

<sup>73</sup> Ver jurisprudencia citada bajo el título “Sentencias Corte de Apelaciones que confirman multas coercitivas”: Entel PCS Telecomunicaciones S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2022); Claro Servicios Empresariales S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2022) y Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2022).

la misma. Ello es abiertamente contrario a la ejecutoriedad de los actos administrativos, además de ser un incentivo para la judicialización.

3. Las multas coercitivas deben cumplir con las garantías que se exigen en materia de sanciones administrativas

De acuerdo a la doctrina comparada, el régimen jurídico de las multas coercitivas gira en torno a dos puntos. El primero, y siguiendo la regla general en torno a las actuaciones de la Administración, consistente en que solo pueden utilizarse multas coercitivas cuando una ley lo autorice. El segundo, que los períodos de tiempo deben ser suficientes para permitir el cumplimiento de lo ordenado<sup>74</sup>. Ambos puntos emanan del tratamiento positivo contenido en la norma española sobre procedimiento administrativo y se identifican con el carácter de mecanismo de ejecución de los actos administrativos.

Sin embargo, habiendo aclarado la naturaleza jurídica conviene revisar estos puntos y agregar otros que permitan configurar y comprender el régimen jurídico de las multas coercitivas como sanciones administrativas con una finalidad particular. En este sentido, los puntos a analizar son los siguientes: configuración de la norma que consagre una multa coercitiva; la decisión de aplicar una multa es una facultad discrecional; y la aplicación de la multa coercitiva exige cumplir con la garantía del debido procedimiento. Para este efecto, se tendrá a la vista la hipótesis de multa coercitiva prevista en el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones.

*a. Configuración de la norma que consagre una multa coercitiva*

El texto constitucional prevé que *"Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado"* (artículo 19 N° 3 inciso 7° Constitución Política de la República). Por lo tanto, sólo a través de una ley se pueden crear ilícitos penales y establecer la sanción correlativa. Además, esta ley debe estar vigente al momento de la comisión del ilícito. Como señala la doctrina *"Proyectado este principio respecto de las sanciones administrativas, la solución no es diversa: las infracciones administrativas y sus sanciones correlativas sólo puede ser establecidas por ley"*<sup>75</sup>.

Por ende, pues así además lo exigen también los artículos 6 y 7 del texto constitucional, la imposición de una multa coercitiva requiere necesariamente una norma que otorgue tal potestad a un órgano de la Administración del Estado. En este sentido, sin norma habilitante específica no sería posible dictar una multa de este tipo. Cabe, por tanto, descartar la posibilidad de que una multa coercitiva se aplique a partir del mandato amplio de ejecución previsto en la Ley N° 19.880 de 2003. Así, no resulta admisible que se imponga una multa coercitiva a partir de la norma supletoria en materia de

<sup>74</sup> SANTAMARÍA 2016, 192.

<sup>75</sup> CORDERO QUINZACARA 2014, 411.

procedimiento administrativo. El carácter de sanción lleva a repudiar tal posibilidad, lo que podría ser distinto si se considerase que las multas coercitivas son mecanismos de ejecución, pues en estos casos podría tener aplicación la teoría de la Corte Suprema, esbozada en relación a las medidas provisionales, relativa al carácter de norma habilitante que se puede atribuir a la Ley N° 19.880 de 2003<sup>76</sup>.

De esta forma, un primer elemento es la exigencia de una norma legal que autorice la aplicación de una multa coercitiva. Esta norma debe contener al menos los siguientes elementos: autoridad a la que se entrega la potestad; mención a las obligaciones que permiten la imposición de la multa; y, monto o rangos de montos que pueden ser impuestos como multa.

*b. Aplicación de principios como la legalidad y la tipicidad*

La determinación de la naturaleza jurídica de las multas coercitivas como sanción obliga a recurrir a principios del derecho penal. Para ello, cabe recordar que existe cierto consenso en la doctrina acerca de los principios que se aplican al ámbito del derecho administrativo sancionador<sup>77</sup>. Así, el principio de legalidad y reserva legal tienen un rol fundamental.

En cuanto a la tipicidad, principio que exige que la norma defina la conducta que se estima reprochable, es posible sostener que el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones al establecer como conducta típica "cada día que el infractor deje transcurrir sin ajustarse a las disposiciones de esta ley o de sus reglamentos, después de la orden y plazo que hubiere recibido de la Subsecretaría de Telecomunicaciones." cumple con describir la conducta constitutiva de la infracción. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el monto o rango de la multa coercitiva.

<sup>76</sup> Transportes Línea Azul Limitada con Seremi de Transportes de Ñuble (2020). Al resolver esta pregunta, en relación con las medidas provisionales, la Corte Suprema concluye que resulta posible. Para ello da cuenta que la doctrina se encuentra dividida. Así, cita doctrina nacional y extranjera y reproduce lo siguiente: "esta exigencia debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas más que sobre su texto directo" (T. Fernández y E. García de Enterría, Tomo I, 2006, p. 456)". Sin embargo, la Corte Suprema deja de lado otras referencias de los autores, los cuales agregan que "Es obvio, sin embargo, que este proceso deductivo no legitima por sí mismo ninguna interpretación extensiva, y ni siquiera analógica, de la legalidad como atributiva de poderes a la Administración; tal interpretación extensiva o la aplicación de la analogía están aquí más bien excluidas de principio." De esta manera, los citados autores plantean con un carácter excepcionalísimo y casi de nula procedencia la existencia de poderes implícitos, encontrándose los mismos solo justificados para efectos de "hacer coherente el sistema legal". Se trata así de una posibilidad remota y discutible ya que la regla general consiste en que la Administración debe guiarse por el principio de legalidad. Es más, la misma sentencia en comentario cita no solo el principio de legalidad, sino que el principio de tipicidad (considerando noveno). En este sentido, siendo las multas coercitivas sanciones, y por ende al formar parte del *ius puniendi*, se debe sostener la improcedencia de considerar una disposición prevista en la Ley N° 19.880 de 2003 como norma habilitante para la aplicación de multas coercitivas.

<sup>77</sup> CORDERO QUINZACARA 2014.

En efecto, el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones nada señala en cuanto al monto que puede ser impuesto por cada día de incumplimiento, así como tampoco establece un monto máximo.

Al revisar la jurisprudencia es posible constatar que mayoritariamente se ha aplicado 0,25 UTM por cada día de incumplimiento. Sin embargo, también se ha aplicado una multa diaria de 1 UTM<sup>78</sup>. La fuente de esta multa no resulta clara, por cuanto al revisar la regla sobre multas de la Ley General de Telecomunicaciones es posible constatar que se establecen dos supuestos. El primero una regla general de multas no inferiores a 5 ni superiores a 100 UTM y el segundo aplicable para las concesiones de radiodifusión de libre recepción consistente en multa entre 5 y 1.000 UTM<sup>79</sup>. La ausencia de este elemento ha sido criticada de manera excepcional por la jurisprudencia. Sin embargo, este elemento es fundamental, dado que no es posible concebir una potestad para aplicar una multa coercitiva sin que el monto de la misma se encuentre previamente determinado.

Es posible concluir que el artículo 38 si bien consiste en una multa coercitiva no cumple con los elementos mínimos que emanan de la aplicación del principio de legalidad y tipicidad, especialmente por la ausencia del elemento pecuniario<sup>80</sup>.

*c. La norma debe dar cuenta que se trata de una facultad discrecional*

Al igual que como acontece con las sanciones administrativas, donde existe un espacio para la discrecionalidad de los órganos administrativos, las multas coercitivas también conllevan ejercicio de discrecionalidad. La Administración tiene diversas opciones cuando se trata de obtener el cumplimiento de una determinada decisión, por ejemplo: esperar el cumplimiento voluntario; optar por la insistencia; o bien, utilizar algunos de los mecanismos que prevea el ordenamiento jurídico, como puede ser una multa coercitiva.

<sup>78</sup> Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2010b).

<sup>79</sup> Artículo 36 N° 2 Ley General de Telecomunicaciones.

<sup>80</sup> Al respecto es posible sugerir que la cuantía de la multa no debe exceder el valor que se pueda asignar a la obligación incumplida, en caso de ser una obligación pecuniaria. Asimismo, que la cuantía de la multa coercitiva no debe exceder un porcentaje de la posible sanción a la que se encuentra relacionada. Sobre lo primero, si el destinatario de una multa coercitiva comienza a realizar un cumplimiento parcial de la obligación originalmente incumplida, es de toda lógica considerar que la primera multa no puede ser de la misma intensidad que aquellas que se apliquen con posterioridad. En cuanto a lo segundo, quebrantaría el principio de proporcionalidad que una multa coercitiva fuese mayor a la sanción. En este sentido, es bastante evidente la deficiencia del artículo 38 en torno a este elemento, dado que no determina la cuantía o valor diario de la multa, según fue referido a propósito del principio de legalidad, además de no contener limitaciones. Por otra parte, sin perjuicio de eventuales limitaciones que puedan estar consagradas en las normas habilitantes, y sin perjuicio de los principios antes enunciados, existe un límite a la aplicación de las multas coercitivas que debe ser considerado. Se trata de la inutilidad de las mismas cuando resulta evidente que ya no será posible forzar la voluntad del destinatario. En estos casos, se debe recurrir a otros mecanismos de ejecución. Lo anterior, es una manifestación más de la discrecionalidad con que actúa la Administración cuando impone multas coercitivas.

De esta manera, habilitada la Administración para aplicar una multa coercitiva puede, en primer lugar, decir ejercer o no esta potestad. Además, si decide ejercerla, se encontrará limitada –en la medida que existe– por el monto económico asignado por cada día de atraso, o bien otra unidad de tiempo, además de por un monto máximo si el mismo existe o bien por el principio de proporcionalidad si este monto máximo no se encuentra previsto en la norma legal. Sin embargo, los plazos de cumplimiento, graduaciones en cuanto a los montos y reiteraciones quedan sujetas a su decisión y deben estar debidamente motivadas<sup>81</sup>.

Así, la discrecionalidad tiene un rol fundamental en relación con la decisión de aplicar una multa coercitiva y también en relación con el plazo que determinará el momento a partir del cual se calculará la misma y la posibilidad de reiterar la multa en caso de no acatamiento de la orden administrativa. Para efectos de limitar u orientar esta discrecionalidad resultan relevantes los principios de los cuales puede servirse la Administración, tales como oportunidad<sup>82</sup>, necesidad<sup>83</sup> y proporcionalidad<sup>84</sup>, entre otros.

En suma, la Administración debe realizar un análisis en cuanto a la necesidad de aplicar la multa coercitiva. En el caso de una infracción consistente

<sup>81</sup> Para este efecto se deben considerar como elementos de la motivación la expresión de los fundamentos fácticos y normas aplicables, además de la relación entre ambos. Asimismo, resulta fundamental considerar que el carácter de potestad discrecional impone, de acuerdo al criterio de la Corte Suprema un estándar superior de motivación. Para este último efecto ver: Pey Tumanoff con Mario Fernández Baeza Vicepresidente de la República y Otro (2017).

<sup>82</sup> En materia de potestad sancionadora se ha señalado que en virtud del principio de oportunidad la imposición de una sanción "(...) tendría un carácter discrecional y no constituiría un deber jurídico de la Administración. HUNTER 2020, 96. Así, el órgano sancionador cuenta con la potestad para iniciar un procedimiento administrativo sancionador, pero no necesariamente debe ejercerla. Para el autor esta decisión tiene que ver con la imposibilidad de sancionar todos los comportamientos ilícitos y, por ende, con la priorización de bienes jurídicos. Ello implicaría, que podrá o no ejercer la potestad sancionadora otorgada por el ordenamiento jurídico, lo que deberá ser justificado y además será susceptible de control por parte de los tribunales. Este mismo autor identifica posturas doctrinales en torno al principio de oportunidad en materia sancionadora, por lo que no se reiterarán las mismas. Algo diverso ha ocurrido en materia contractual, sin perjuicio de las atenuaciones sugeridas por la doctrina (Ver GÓMEZ 2021, 76). Por lo anterior, se debe entender que no existe una contraposición entre legalidad-oportunidad, al menos en el ámbito sancionatorio. Para ello se debe atender a otros principios de la actuación administrativa como la eficacia y eficiencia, celeridad, economía procedimental y proporcionalidad.

<sup>83</sup> En cuanto al principio de necesidad ha tenido especial desarrollo en el ámbito del derecho penal y especialmente en relación con las penas. Se relaciona con el juicio que debe realizar quien aplica una pena en cuanto a que no exista una sanción menos lesiva para lograr la protección de un determinado bien jurídico. Ello puede también se aplicado a las multas coercitivas. La expresión del principio de necesidad pues estar contenida en la legislación, por ejemplo, limitando las hipótesis de procedencia o bien estableciendo órdenes de prelación entre distintas medidas que se pueden adoptar frente a una conducta. También puede actuar como un principio orientador de la decisión administrativa.

<sup>84</sup> El principio de proporcionalidad supone un límite al ejercicio de los poderes públicos de todas las entidades que forman parte de la Administración del Estado, para efectos de asegurar que su intensidad sea la más adecuada para perseguir un fin determinado. Su mayor desarrollo ha estado presente en materia sancionatoria, sin embargo, dado su carácter de principio general en materia de derecho administrativo es procedente en el ámbito de las multas coercitivas.

en entregar cierta información y ante la posibilidad de acceder a la misma a través de esta vía se podría concluir que no resulta pertinente la imposición de una multa, sin perjuicio de la aplicación de una sanción, en caso de estar ello así previsto en la normativa especial. La multa coercitiva debe ser aplicada cuando no exista otra medida de ejecución que genere menor afectación para el administrado.

d. *El debido procedimiento: apercibimiento y plazo razonable*

Como ya fue señalado, las multas coercitivas comparten la naturaleza jurídica de las sanciones administrativas. Por ello le son aplicables, en principio, todas las garantías que derivadas del *ius puniendi* estatal con matices.

Así, es requisito para la aplicación de las mismas la realización de un procedimiento administrativo previo. En este caso, la Administración debe apercibir a quien ha incumplido una orden y otorgar un plazo para la posible aplicación de una multa. Por lo mismo, es necesario que se dicte un acto administrativo terminal que identifique una obligación incumplida y ordene su realización en un lapso de tiempo determinado y razonable a cuyo término comenzará a computarse el monto de la multa coercitiva. Posteriormente, se debe dictar un acto administrativo que determine el monto que será debe ser enterado por concepto de multa coercitiva.

Esta lógica, por lo demás, dice relación con la idea del debido procedimiento administrativo que, si bien no tiene reconocimiento positivo en el ordenamiento chileno, ha sido acuñada por la Corte Suprema<sup>85</sup> para efectos de hacer aplicable la garantía del debido proceso al ámbito de las actuaciones de la Administración del Estado<sup>86</sup>. En este sentido, el “debido proceso administrativo”, en tanto manifestación del derecho a ser oído, se materializa a través del derecho a defensa que toda autoridad administrativa debe respetar<sup>87</sup> y no se satisface únicamente con el derecho a impugnar como en alguna ocasión señaló la Corte Suprema<sup>88</sup>, sino que exige abrir un espacio de diálogo entre la Administración y el particular.

i. *Apercibimiento*

El apercibimiento previo a la imposición de una multa coercitiva debe ser claro y preciso, como debe serlo en materia sancionatoria el acto que formula cargos<sup>89</sup>, para efectos de permitir al destinatario comprender cuál es la obligación incumplida y la consecuencia de permanecer en incumplimiento. Además, se debe otorgar un plazo razonable para cumplir con la misma.

<sup>85</sup> Dirección General de Carabineros (2017).

<sup>86</sup> En ese sentido, en cuanto a su contenido cabe partir por la conceptualización dada por el Tribunal Constitucional para el debido proceso, pues existe abundante jurisprudencia que hace referencia a los elementos que forman parte de esta garantía: la previa audiencia, la posibilidad de presentar descargos, defensas y solicitar o presentar pruebas. Sentencia TC Rol 2.682-2014 (2014).

<sup>87</sup> Corpanca con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (2017).

<sup>88</sup> Constructora e Inmobiliaria Presidente Riesco S.A. con Ministerio de Educación (2018).

<sup>89</sup> Servicio Local de Educación Puerto Cordillera con Superintendencia de Educación (2022).

En cuanto al artículo 38, es posible sostener que, siguiendo la regla general de las actuaciones administrativas, el requerimiento debe ser realizado por escrito y además debe bastarse a sí mismo. Ello significa que debe ser suficientemente claro en cuanto a la obligación que se debe cumplir, lo que exige la expresión de la norma legal aplicable y los antecedentes que den cuenta de su incumplimiento.

## ii. Plazo razonable

Esta característica, expresamente prevista por la norma española, resulta esencial para cumplir con el mandato general de proporcionalidad en base al que debe actuar la Administración del Estado. En efecto, la proporcionalidad emana de la exigencia de dictar decisiones racionales en que exista una relación de medio a fin entre la decisión y el objetivo buscado<sup>90</sup>.

El acto administrativo que contenga la orden de dar cumplimiento a una determinada obligación o deber legal debe otorgar un plazo razonable para el cumplimiento de lo ordenado, lo que debiese ser determinado caso a caso por la Administración o bien a través de la indicación de ciertos rangos de tiempo según el tipo de obligación que sea. Ello a través de la regulación de la norma especial habilitante. Lo mismo se aplica para el acto que contenga el apercibimiento.

En este sentido, se debe considerar la complejidad y urgencia de cumplimiento para efectos de fijar un plazo que permita, por una parte, el resguardo del interés público comprometido, y por otra, la efectiva posibilidad de cumplimiento. De esta manera, la autoridad administrativa debe ponderar los antecedentes existentes y en base a los mismos apercibir con sujeción a un determinado plazo.

Esto es relevante pues de no otorgar un plazo razonable podría verse afectada la finalidad de la imposición de la multa coercitiva. Un plazo insuficiente podría incluso desincentivar el cumplimiento de la obligación pendiente. En este sentido, es posible estimar como aplicable el derecho que tienen los particulares en cuanto a solicitar la ampliación de los plazos prevista en el artículo 26 de la Ley N° 19.880, de 2003, sobre Procedimiento Administrativo.

El artículo 38 de la Ley general de Telecomunicaciones nada señala relativo al plazo, lo que no resulta un inconveniente en sí mismo, pues lo relevante es la forma como actúa la Administración en aplicación de los principios que rigen su actuar.

## Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto en este trabajo, es posible destacar las siguientes conclusiones:

---

<sup>90</sup> SOTO KLOSS 2010, 61.

1. Las multas coercitivas son sanciones administrativas y no mecanismos de ejecución de los actos administrativos. Así, se trata de una sanción que tiene una finalidad especial consistente en forzar la realización de un determinado comportamiento por parte del destinatario del acto administrativo.

2. El carácter de sanción emana de la definición y conceptualización de las multas. Además, es posible constatar que no todas las sanciones tienen una finalidad represora o de castigo. Por ende, existen sanciones con finalidades, o grados de intensidad de las mismas, distintas. En este sentido, si bien puede haber multas con diversas finalidades, todas comparten una naturaleza jurídica común.

3. Adicionalmente, al revisar el tratamiento de la ejecución de los actos administrativos en el ordenamiento chileno es posible constatar que se encuentra circunscrito a los actos materiales destinados única y exclusivamente al cumplimiento del acto administrativo en cuestión. Esto no es lo que ocurre en el caso de las multas coercitivas, pues las mismas implican la creación de una obligación adicional. Por ende, no es posible concebir a las multas coercitivas como acto material de ejecución en los términos previstos en la norma supletoria sobre procedimiento administrativo.

4. Por ende, dado que las multas coercitivas tienen la naturaleza jurídica de las sanciones administrativas, deben compartir el régimen jurídico de las mismas. En este sentido, se podría pensar que por aplicación del principio del *non bis in idem* no sería posible aplicar multas coercitivas y otras sanciones al mismo tiempo. Ello debe ser descartado al no concurrir los tres elementos que exige el mencionado principio. En particular porque existen dos hechos diversos: por una parte, el que da lugar al incumplimiento principal, y por la otra, el incumplimiento asociado a la orden emitida por la Administración.

5. En cuanto al momento a partir del cual se debe empezar a computar el monto de la multa coercitiva, cabe destacar que dado que se trata de una actividad formal de la Administración –la emisión de una sanción– se deben aplicar las reglas generales sobre ejecutoriedad y ejecutividad. En este sentido, la multa coercitiva se debe empezar a contar desde el vencimiento del plazo otorgado por la autoridad administrativa.

6. Finalmente, el carácter de sanción de las multas coercitivas determina que deba cumplirse con las garantías de las mismas. Estos implican la aplicación de principios tales como legalidad y tipicidad, así como normas de debido procedimiento. En especial, en relación con estas últimas, es relevante la existencia de emplazamiento y luego el otorgamiento de un plazo razonable para el cumplimiento de lo ordenado.

7. Las consecuencias anteriores –4, 5 y 6– fueron analizadas a la luz del artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones. En este sentido, fue posible constatar que efectivamente existe compatibilidad entre la multa coercitiva y las otras sanciones establecidas por ese cuerpo normativo. En cuanto al inicio del cómputo del monto de la multa coercitiva, se pudo veri-

ficar que ha existido una evolución correcta en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Así, en un primer momento se sostuvo que en virtud del “derecho al recurso” la multa coercitiva debía empezar a contabilizarse desde que la sentencia judicial que se pronuncia sobre la misma quedare ejecutoriada. Luego, se descartó lo anterior y se dio lugar a la postura correcta, esto es, el cómputo desde el vencimiento del plazo fijado por la autoridad. Finalmente, la hipótesis del artículo 38 cumple parcialmente con el principio de tipicidad, pues no contiene el monto de la sanción a aplicar y en términos de debido procedimiento exige el apercibimiento, pero no señala nada del plazo. Advertimos que lo anterior no resulta problemático, desde que dicho ámbito forma parte de la discrecionalidad en base a la cual debe actuar la Administración al aplicar una sanción.

### Bibliografía citada

- ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (2001). Tratado de las Obligaciones. De las Obligaciones en General y sus Diversas Clases. Editorial Jurídica de Chile.
- ABELIUK MANASEVICH, René (2014). Las Obligaciones. Thomson Reuters La Ley.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2018). El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de ultima ratio. En J. Arancibia y P. Alarcón (Coords. ), *Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, (129-147).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1998). Elementos para definir las sanciones administrativas. *Revista Chilena de Derecho* (25) 1, 323-244.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General*. Editorial Thomson Reuters.
- CORDERO QUINZACARA, E. (2014). *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Thomson Reuters.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Thomson Reuters.
- CORDERO VEGA, Luis (26 noviembre 2019). Multas coercitivas y debido procedimiento administrativo. *Mercurio Legla*. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?l-id=907952&Path=/OD/DA/>
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2013). De la ejecución de oficio de los actos administrativos desfavorables. Comentario de la sentencia rol N° 2996-2012 de la Corte Suprema. *Actualidad Jurídica (UDD)*, año XIV (27), 491-502.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2014). La excepcional autotutela de los actos administrativos en Chile. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (21), 2, 137-182.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2007). Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno. *Revista de Derecho* (XX), 2, 69-94.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. 1 edición argentina. Thomson Civitas. La Ley.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2021). *Infracciones y Sanciones Administrativas*. Ediciones DER.
- GORDILLO, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3 *El Acto Administrativo*. 9ª edición. Fundación de Derecho Administrativo.
- HUNTER, Iván (2020). Legalidad y Oportunidad en el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en Materia Ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso LIV*, 95-125.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (17 de marzo 2017). La ejecutoriedad de las sanciones administrativas, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el caso Mackenna. *Repositorio Universidad de Chile*. [https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142608/La\\_ejecutoriedad\\_de\\_las\\_sanciones.pdf?sequence=1](https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142608/La_ejecutoriedad_de_las_sanciones.pdf?sequence=1)
- MARIENHOFF, Miguel (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Servicios Públicos y Actos de la Administración. Cuarta edición actualizada. Abeledo Perrot.

- MONTT OYARZÚN, Santiago (2010). *Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*. Centro de Regulación y Competencia Universidad de Chile. [http://www.osva.cl/wp/wp-content/uploads/2019/08/Documento\\_de\\_trabajo\\_4\\_Autonomia\\_responsividad\\_Montt.pdf](http://www.osva.cl/wp/wp-content/uploads/2019/08/Documento_de_trabajo_4_Autonomia_responsividad_Montt.pdf)
- MORAGA KLENNER, Claudio (2010). *Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Formal de la Administración*. Abeledo-Perrot.
- OSORIO VARGAS, Cristóbal (2020). *Derecho Administrativo Tomo II. Acto Administrativo*.
- PIZARRO NEVADO, Rafael (2001). La Multa Coercitiva. *Revista del Poder Judicial*. Segundo Trimestre 2001. <https://www.researchgate.net/publication/326521497> <https://www.researchgate.net/publication/326521497>
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2018). La Ejecución de las Resoluciones a Firme en Materia de Acceso a la Información Pública. *Revista de Derecho Interamericano* (12), 2108, 123-141.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2016). *Principios de Derecho Administrativo General II*, cuarta edición. Iustel.
- SILVA CIMMA, Enrique (1996). *Derecho Administrativo Chile y Comparado. Actos, Contratos y Bienes*. Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO DELGADO, Pablo (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius et Praxis* (22), 2, 89-226. ISSN 0718-0012.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2009). *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Legal Publishing. Abeledo Perrot.

## Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005. (Chile).
- Ley N° 19.880 de 2003. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. 22 de mayo de 2003. D.O. N° 37.570.
- Ley N° 18.168 de 1982. Ley General de Telecomunicaciones. 15 de septiembre de 1982. D.O. N° 31.368.
- Decreto Ley N° 211. Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia. 17 de diciembre de 1973. D.O. N° 32.176.
- Ley N° 18.410. Crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 26 de abril de 1985.
- Código Tributario [CT]. Decreto Ley N° 830. 27 de diciembre de 1974 (Chile).
- Decreto N° 382 [con fuerza de ley]. Ley General de Servicios Sanitarios. 30 de diciembre de 1988. D.O. N° 33.403.
- Decreto N° 458 de 1975 [Ministerio de Vivienda y Urbanismo]. Ley General de Urbanismo y Construcciones. 18 de diciembre de 1975.
- Ley N° 20.880. Sobre probidad de la función pública y prevención de los conflictos de interés. 24 de diciembre de 2015. D.O. N° 41.348.
- Ley N° 39/2015. Procedimiento Común de las Administraciones Públicas. 1 de octubre de 2015 (España).

## Jurisprudencia citada

- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de enero de 2010 (Rol 6.230-2009). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de abril de 2010 (Rol 870-2010). Cuarta Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de diciembre de 2010 (Rol 868-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].

- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de diciembre de 2010 (Rol 873-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de diciembre de 2010 (Rol 874-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de diciembre de 2010 (Rol 878-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de diciembre de 2010 (Rol 8.367-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de diciembre de 2010 (Rol 7.697-2008). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de diciembre de 2010 (Rol 8.363-2008). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de diciembre de 2010 (Rol 8.004-2008). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de diciembre de 2010 (Rol 876-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. De Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de marzo de 2011 (Rol 9.169-2011). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. De Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de junio de 2011 (Rol 1.456-2011). Primera Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de diciembre de 2010 (Rol 4.703-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de mayo de 2011 (Rol 6.898-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de agosto de 2011 (Rol 6.382-2011). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de octubre de 2011 (Rol 4.466-2011). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de noviembre de 2013 (Rol 6.878-2013). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 2010 (Rol 567-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de junio de 2014 (Rol 2.040-2014). Octava Sala. [Recurso de Apelación].
- Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 07 de mayo de 2015 (Rol 7.887-2014). Duodécima Sala. [Recurso de Apelación].

- Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de marzo de 2015 (Rol 681-2015). Octava Sala. [Recurso de Apelación].
- Claro Servicios Empresariales S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de junio de 2015 (Rol 3.842-2015). [Recurso de Apelación].
- Claro Servicios Empresariales S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de junio de 2015 (Rol 4.092-2015). [Recurso de Apelación].
- Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de agosto de 2015 (Rol 5.045-2015). Octava Sala. [Recurso de Apelación].
- Cía. de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 07 de noviembre de 2016 (Rol 10.736-2016). Undécima Sala. [Recurso de Apelación].
- Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2017): Corte Suprema, 02 de agosto de 2017 (Rol 8.460-2017). Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Claro Servicios Empresariales S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 04 de marzo de 2022 (Rol 11.188-2021). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Claro Servicios Empresariales hoy Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de diciembre de 2021 (Rol 9.299-2021). Sexta Sala. [Recurso de Apelación].
- Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022b): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de enero de 2022 (Rol 11.187-2021). Octava Sala. [Recurso de Apelación].
- Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de mayo de 2022 (Rol 11.186-2021). Quinta Sala. [Recurso de Apelación].
- Claro Servicios Empresariales S.A. hoy Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 03 de febrero de 2022 (Rol 3.594-2021). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de enero de 2022 (Rol 8.617-2021). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Claro Servicios Empresariales S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de agosto de 2022 (Rol 2.173-2022). Cuarta Sala. [Recurso de Apelación].
- Claro Servicios S.A. y Claro Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de febrero de 2022 (Rol 8.015-2021). Cuarta Sala. [Recurso de Apelación].
- Comunicación y Telefonía Rural S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 05 de junio de 2015 (Rol 4.431-2015). Duodécima Sala. [Recurso de Apelación].
- Constructora e Inmobiliaria Presidente Riesco S.A. contra Ministerio de Educación* (2018): Corte Suprema, 23 de julio de 2018 (Rol 8.136-2018). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Dirección General de Carabineros (Carabineros de Chile con Consejo para la Transparencia)* (2017): Corte Suprema, 24 de abril de 2018 (Rol 38.509-2017). Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Entel Telefonía Local S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de diciembre de 2010 (Rol 5.651-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Entel Telefonía Local S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 09 de diciembre de 2011 (Rol 3.173-2010). Novena Sala. [Recurso de Apelación].

- Entel PCS Telecomunicaciones S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 05 de abril de 2016 (Rol 2.009-2016). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Entel PCS Telecomunicaciones con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2019): Corte Suprema, 30 de octubre de 2019 (Rol 12.684-2019). Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Entel PCS Telecomunicaciones con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2019): Corte Suprema, 12 de diciembre de 2019 (Rol 14.609-2019). Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Entel PCS Telecomunicaciones S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 07 de junio de 2021 (Rol 3.071-2021). [Recurso de Apelación].
- Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de junio de 2021 (Rol 3.451-2021). Cuarta Sala. [Recurso de Apelación].
- Entel PCS Telecomunicaciones S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de diciembre de 2021 (Rol 9.764-2021). Octava Sala. [Recurso de Apelación].
- Entel PCS Telecomunicaciones S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 04 de octubre de 2021 (Rol 3.566-2020). Octava Sala. [Recurso de Apelación].
- Entel PCS Telecomunicaciones S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de agosto de 2022 (Rol 2.756-2020). Segunda Sala. [Recurso de Apelación].
- Entel PCS Telecomunicaciones S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de marzo de 2022 (Rol 1.761-2022). Cuarta Sala. [Recurso de Apelación].
- GTD Manquehue S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de mayo de 2010 (Rol 1.354-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- IFX Larga Distancia Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010<sup>a</sup>): Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de junio de 2010 (Rol 569-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- IFX Larga Distancia Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010<sup>b</sup>): Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de junio de 2010 (Rol 570-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- IFX Larga Distancia S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010<sup>c</sup>): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de diciembre de 2010 (Rol 6.213-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Mi Carrier Telecomunicaciones S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de noviembre de 2010 (Rol 5.994-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Pacífico Cables S.A. S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de noviembre de 2015 (Rol 10.327-2015). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Pey Tumanoff con Mario Fernández Baeza Vicepresidente de la República y Otro* (2017): Corte Suprema, 19 de junio de 2017 (Rol 3.598-2017). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Redvoiss S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de julio de 2015 (Rol 6.149-2015). Octava Sala. [Recurso de Apelación].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Aldo Motta Camp respecto del precepto legal contenido en el inciso segundo del artículo 35 de la Ley N° 19.880* (2014): Tribunal Constitucional, 30 de octubre de 2014 (Rol 2.682-14). [Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad].

- Servicio Local de Educación Puerto Cordillera con Superintendencia de Educación* (2022): Corte Suprema, 27 de enero de 2022 (Rol 848-2022). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Sociedad Informática y Tecnologías Avanzadas de Canarias Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de noviembre de 2009 (Rol 5.041-2009). Quinta Sala. [Recurso de Apelación].
- Sociedad Falabella Movil S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de septiembre de 2015 (Rol 8.168-2015). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (Corpbanca con SBIF)* (2017): Corte Suprema, 09 de mayo de 2017 (Rol 62.128-2016). Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Transporte Línea Azul Limitada con Seremi de Transporte de Ñuble* (2020): Corte Suprema, 08 de abril de 2020 (Rol 31.745-2019). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Telecomunicaciones Telear S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de diciembre de 2017 (Rol 13.476-2017). Duodécima Sala. [Recurso de Apelación].
- Telmex Servicios Empresariales S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de noviembre de 2010 (Rol 3.169-2010). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de enero de 2013 (Rol 7.140-2012). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de abril de 2014 (Rol 2.024-2013). Primera Sala. [Recurso de Apelación].
- Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de junio de 2019 (Rol 5.898-2019). Séptima Sala. [Recurso de Apelación].
- Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 03 de agosto de 2021 (Rol 5.718-2021). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2021): Corte Suprema, 27 de julio de 2021 (Rol 134.116-2020). Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de octubre de 2021 (Rol 6.180-2021). Octava Sala. [Recurso de Apelación].
- Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de mayo de 2021 (Rol 3.429-2021). Quinta Sala. [Recurso de Apelación].
- Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte Suprema, 30 de septiembre de 2022 (Rol 5.037-2022). Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Telefónica Móviles S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte Suprema, 30 de septiembre de 2022 (Rol 4.907-2022). Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte Suprema, 07 de noviembre de 2022 (Rol 7.916-2022). Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte Suprema, 07 de noviembre de 2022 (Rol 5.036-2022). Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Telefónica Móviles Chile S.A. y Telefónica Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022 c): Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de febrero de 2022 (Rol 8.016-2021). Sexta Sala. [Recurso de Apelación].
- Telefónica Móviles S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de mayo de 2022 (Rol 6.187-2022). Novena Sala. [Recurso de Apelación].

- Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de septiembre de 2022 (Rol 7.864-2022). Octava Sala. [Recurso de Apelación].
- Virgin Mobile Chile SpA con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de febrero de 2017 (Rol 13.595-2016). Undécima Sala. [Recurso de Apelación].
- VTR Wireless S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2014 (Rol 2.757-2014). Quinta Sala. [Recurso de Apelación].
- VTR Wireless S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de diciembre de 2014 (Rol 7.234-2014). Quinta Sala. [Recurso de Apelación].
- VTR Wireless S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 04 de diciembre de 2014 (Rol 6.670-2014). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- VTR Wireless S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de enero de 2015 (Rol 8.853-2014). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- VTR Comunicaciones SpA. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de diciembre de 2016 (Rol 12.921-2016). Sexta Sala. [Recurso de Apelación].
- VTR Banda Ancha Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de marzo de 2016 (Rol 1.414-2016). Tercera Sala. [Recurso de Apelación].
- Will S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de mayo de 2022 (Rol 2.347-2021). Segunda Sala. [Recurso de Apelación].
- WOM S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2022): Corte Suprema, 16 de mayo de 2022 (Rol 39.801-2021). Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- WOM Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de abril de 2020 (Rol 13.471-2019). Cuarta Sala. [Recurso de Apelación].
- WOM Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de abril de 2020 (Rol 13.472-2019). Cuarta Sala. [Recurso de Apelación].
- WOM Chile S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de abril de 2020 (Rol 14.720-2019). Cuarta Sala. [Recurso de Apelación].
- WOM S.A. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 04 de junio de 2021 (Rol 2.695-2021). Cuarta Sala. [Recurso de Apelación].

# ¿Por qué los particulares litigan en la Contraloría? La potestad dictaminante como foro de resolución de disputas

Why do private parties litigate at the Comptroller's Office?  
The interpretive power as a dispute resolution forum

Guillermo Jiménez Salas\*

Este trabajo examina la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República como un foro de resolución de disputas entre la Administración y los particulares. Se examinan cuatro características de esta potestad que permiten evaluarla como una alternativa al control judicial. Primero, se discute su especial combinación de imparcialidad y expertise. Segundo, se analizan los menores obstáculos para el acceso a tutela jurídica frente a actuación administrativa potencialmente antijurídica. Tercero, se considera el empleo de procedimientos de toma de decisión más flexibles e informales que los tribunales de justicia. Y, por último, se examina el débil carácter final de los dictámenes de la Contraloría que no son vinculantes para los tribunales de justicia.

This paper examines the interpretive power of the Office of the Comptroller-General as a forum for dispute resolution between public administration and private parties. It examines four features of this power that enable us to assess it as an alternative to judicial review. First, the distinctive combination of impartiality and expertise is discussed. Secondly, the lesser hurdles to legal remedies against unlawful administrative action are analysed. Thirdly, the use of more flexible and informal decision-making procedures in comparison to the judicial ones is considered. Finally, the weak final character of the Comptroller's rulings is examined, considering that they are not binding for the courts.

RESUMEN / ABSTRACT

\* Doctor en Derecho (University College London). Profesor de la Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: guillermo.jimenez@uai.cl. Dirección postal: Av. Padre Hurtado 750, Viña del Mar, Chile. Código Orcid: 0000-0002-7275-8078. Agradezco a la Universidad Adolfo Ibáñez por su colaboración en esta investigación, a los participantes en el seminario de discusión de la Facultad de Derecho de la misma universidad por sus valiosas críticas y sugerencias, especialmente Samuel Tschorne, y al ayudante Nicolás Sanhueza.

Artículo recibido el 22 de diciembre de 2022 y aceptado el 27 de abril de 2023

**Palabras clave:** Contraloría General de la República, Potestad dictaminante, Justicia Administrativa.

**Keywords:** Office of the Comptroller, General, Interpretive rulings, Administrative justice.

## Introducción

El desarrollo de formas no judiciales de tutela jurídica es una de las características distintivas del derecho administrativo contemporáneo<sup>1</sup>. Mecanismos de este tipo han crecido junto con la expansión del estado administrativo desde inicios del siglo XX<sup>2</sup>. Estos novedosos dispositivos institucionales han sido diseñados para superar las deficiencias de los modelos tradicionales de revisión judicial de la acción administrativa, tales como dificultades para lidiar con problemas de justicia administrativa masiva, litigantes de escasos recursos, y policentrismo, entre otros<sup>3</sup>.

El desarrollo de la Contraloría General de la República puede ser ubicada dentro de este amplio fenómeno. Escribiendo en 1977, Eduardo Soto-Kloss describió esta institución como una admirable innovación del derecho público chileno, comparándolo con el ombudsman y otras instituciones diseñadas para remediar las limitaciones del contencioso administrativo tradicional<sup>4</sup>. Aunque él dirigió su elogio hacia el proceso de toma de razón, puede argumentarse que su punto es de más amplio alcance. En ese trabajo, Soto-Kloss concibe a la Contraloría como un remedio para superar las debilidades de la revisión judicial y no simplemente como una organización interna del gobierno. Prestando atención al panorama comparado, Soto-Kloss afirmaba que el derecho administrativo contemporáneo tiene una necesidad urgente de reaccionar a la tardanza con que operan los mecanismos judiciales. En contraste, él retrató a la Contraloría como un dispositivo de justicia administrativa dinámico, rápido y eficaz. Si bien en estas palabras se aprecia cierta exageración y fueron escritas en los primeros años de la dictadura de Augusto Pinochet, ellas pueden haber anticipado posibles rutas que la Contraloría podría efectivamente navegar durante su funcionamiento en tiempos normales. ¿Ha sido la Contraloría una alternativa a los tribunales? ¿Qué debilidades del contencioso administrativo podría compensar? ¿En qué circunstancias resulta atractivo para los particulares utilizar este foro para la litigación pública?

A fines de la década de 1970, la posición institucional de la Contraloría en relación con la resolución de disputas era menos controvertida de lo que es hoy. En ese entonces, aunque duramente criticada en algunos círculos, la doctrina dominante era que los tribunales ordinarios carecían de poderes generales de revisión judicial sobre la administración. Por lo tanto, en tal contexto la posición de la Contraloría como un sustituto de los tribunales se for-

<sup>1</sup> CANE 2010; CANE 2008; GELLHORN 1966.

<sup>2</sup> BELL 2006, 1278.

<sup>3</sup> Sobre problemas de este tipo, véase BARBER 2001, y KING 2012, cap. 3.

<sup>4</sup> SOTO-KLOSS 2012, 205-206.

talecía. En 1989, sin embargo, este escenario cambió<sup>5</sup>. Como resultado de la negociación de las reformas constitucionales que pretendían facilitar la transición de la dictadura hacia el gobierno democrático, se reconoció poderes de revisión judicial al Poder Judicial. Este se efectuó mediante la eliminación de la referencia a los tribunales contencioso administrativos de la Constitución<sup>6</sup>. A pesar de esta reforma, la Contraloría continúa desempeñando una función asimilable a la jurisdiccional en el ámbito de lo contencioso administrativo<sup>7</sup>. La pregunta que surge entonces es ¿Por qué los particulares siguen prefiriéndola como foro de litigación en algunos casos?

Aunque ha sido criticada por parte de la doctrina<sup>8</sup>, la Contraloría chilena en una medida importante está preocupada de resolver reclamos de individuos a través de dictámenes. En este sentido, ella posee un parecido de familia al ombudsman, en la medida que ella provee un foro adicional para ventilar reclamos en contra de acciones u omisiones administrativas. En este trabajo examinaré la potestad dictaminante de la Contraloría, es decir, su función emitiendo opiniones jurídicas a propósito de problemas interpretativos concretos, explorando su uso como un foro de reclamo por parte de los particulares. Argumentaré que los particulares prefieren esta instancia por razones de expertise, mayor acceso, flexibilidad procedimental e impacto, y a pesar de sus debilidades en términos de imparcialidad y finalidad. El objetivo es evaluar si la institución provee tutela suficiente para los individuos afectados por la actuación administrativa. En otras palabras, este trabajo examinará cómo este órgano se desempeña como una plataforma institucional, adicional a los tribunales, para impugnar decisiones gubernamentales por parte de los particulares.

La dogmática del derecho administrativo tradicionalmente ha estudiado la potestad dictaminante como una fuente del derecho<sup>9</sup>, un ejemplo de interpretación administrativa<sup>10</sup>, o como un mecanismo de control de legalidad<sup>11</sup>. Este trabajo, en cambio, ofrece una perspectiva novedosa que intenta reconstruir las estrategias de litigación de los “usuarios” de la Contraloría General, es decir, de las personas que la han utilizado para resolver disputas con la Administración. Para conseguir este propósito la perspectiva dogmática tradicional es insuficiente, pues se enfoca en el diseño legal formal de la potestad. Por eso la metodología de este trabajo es de naturaleza primariamente socio-legal y cualitativa, basada en entrevistas en profundidad semi-estructuradas<sup>12</sup>, con el propósito de entender el lugar de la potestad

<sup>5</sup> ARÓSTICA 1989, 536-538.

<sup>6</sup> AYLWIN 1990.

<sup>7</sup> DE LA CRUZ 2019; CORDERO 2010.

<sup>8</sup> LETELIER 2015, 304-308; FERRADA 2019, 322; VALDIVIA 2018, 357-359.

<sup>9</sup> SILVA CIMMA 1996, 272-273.

<sup>10</sup> GUZMÁN 2019, 17-24.

<sup>11</sup> VALDIVIA 2018, 345-359.

<sup>12</sup> WEBLEY 2012, 928.

dictaminante de la Contraloría en las estrategias de litigación de abogados y de otros grupos de interés que interactúan con la Administración del Estado. Como explica Webley, las entrevistas individuales son extensamente usadas en la investigación cualitativa para examinar fenómenos legales y percepciones del derecho y la profesión jurídica<sup>13</sup>. En particular, en las últimas décadas ha existido un mayor interés en realizar estudios empíricos cualitativos que examinen las percepciones y experiencias de usuarios de los mecanismos de justicia administrativa<sup>14</sup>.

Respecto de la recopilación de información, empleé múltiples fuentes para asegurar triangulación y capturar un amplio rango de experiencias. Este trabajo es parte de un proyecto más amplio en donde realicé cuarenta entrevistas en profundidad semi-estructuradas en Santiago y en forma remota entre septiembre de 2014 y mayo de 2016, con actores clave que trabajan en la Contraloría o en instituciones vinculadas con ella, asegurando anonimato a todos los entrevistados. En particular para este trabajo utilicé veinticinco de esas entrevistas anónimas, que se concentraron en personas con experiencia representando a organizaciones públicas o privadas (ONGs y firmas de abogados) frente a la Contraloría General de la República (véase anexo). Se les preguntó cuál era su experiencia litigando en la Contraloría, indicando ejemplos de casos o áreas en que hubieran participado, tipo de clientes que hubieran representado, contra qué tipo de entidades públicas han litigado y la frecuencia de los casos. También se preguntó sobre las ventajas y desventajas de recurrir a la Contraloría comparadas con las de recurrir a los tribunales. Luego, se preguntó por la dinámica del procedimiento, identificando diferencias con los tribunales y el tipo de interacción con los funcionarios de la Contraloría. Por último, se les pidió evaluar los resultados obtenidos y cómo ellos se comparaban con los que se pueden obtener en los tribunales de justicia.

El trabajo posee cuatro secciones sustantivas. La primera examina las oportunidades que ofrece la Contraloría General como foro para resolver disputas en términos de imparcialidad y expertise, sosteniendo que la mayor cercanía a la Administración que posee la institución redonda en un mejor conocimiento de esta área del derecho. La segunda analiza en qué medida a través del ejercicio de la potestad dictaminante la Contraloría General aumenta el acceso a tutela legal frente a actuación administrativa ilegal. La tercera parte compara los procedimientos y métodos de toma de decisión de la Contraloría y los tribunales para identificar una posible mayor informalidad y flexibilidad que brinda un atractivo adicional a la institución de control administrativo. Y la cuarta parte se concentra en el aparente débil carácter final que poseen los dictámenes de la Contraloría, ya que no pueden ser fácilmente implementados, pero si pueden ser impugnados judicialmente por los afectados.

<sup>13</sup> WEBLEY 2012, 937.

<sup>14</sup> HALLIDAY y SCOTT 2010, 479; HERTOGH 2022, 370.

## I. Imparcialidad y expertise

Una de las principales ventajas que poseen las instituciones no-judiciales de control jurídico sobre los tribunales de justicia es que ellos poseen mecanismos innovadores para intentar resolver la tensión entre imparcialidad y expertise. Debido a sus lazos con la Administración ellos poseerían un mayor conocimiento de cómo ella funciona, pero manteniendo una distancia respecto de los objetivos políticos que los órganos administrativos persiguen. Por ello, sus defensores afirman que las instituciones no-judiciales constituyen una forma superior de justicia administrativa ya que aseguran suficiente independencia mientras mantienen un alto grado de expertise. Peter Cane ha argumentado, por ejemplo, que los

tribunales insertos dentro de la administración permiten que la demanda por adjudicación de disputas entre los ciudadanos y el gobierno se satisfaga sin abandonar demasiado control de los programas cuya implementación origina esas disputas; ellos facilitan la mantención de la integridad de los objetivos de política del gobierno al mismo tiempo que se ofrece una instancia para reclamos individuales<sup>15</sup>.

La Contraloría General es fuertemente independiente en el sentido formal del término, esto es, en términos de nombramiento, permanencia en el cargo, y remoción de su autoridad superior. Con la excepción de la permanencia por buena conducta, las reglas que gobiernan este órgano son actualmente similares a las que rigen los tribunales superiores de justicia. Desde este punto de vista, no hay notables diferencias entre estos dos foros de resolución de disputas.

En un sentido más amplio de independencia, sin embargo, la institución está considerablemente menos aislada del proceso administrativo y del Poder Ejecutivo que los tribunales. Una combinación de numerosas formas de control tales como auditoría, toma de razón, dictámenes, y tareas de resolución de disputas hacen que la institución esté mucho más cerca de la actuación administrativa que los tribunales. Además, la institución es característicamente concebida como operando dentro de la Administración. Como un antiguo jefe de la División Jurídica ha señalado, la Contraloría es autónoma, pero está ubicada dentro de la Administración<sup>16</sup>. En su opinión, su peculiar inserción dentro de la Administración requiere que la institución tenga "un conocimiento cercano, sólido, preciso y profundo del medio administrativo y de los problemas reales que en él se suscitan"<sup>17</sup>. Como resultado, a diferencia de los tribunales, se espera que la institución posea una aguda conciencia del derecho administrativo interno.

---

<sup>15</sup> CANE 2008, 198.

<sup>16</sup> ASTORQUIZA 2012.

<sup>17</sup> ASTORQUIZA 2012, 198.

En contraste, el Poder Judicial chileno ha sido históricamente caracterizado por su aislamiento y autonomía<sup>18</sup>. Aunque han existido intentos de aumentar sus conexiones y sensibilidad a intereses más amplios en los últimos 20 años, el progreso ha sido limitado<sup>19</sup>. En relación con el proceso administrativo, en particular, la distancia es particularmente significativa. No existen tribunales administrativos generalistas en el país, y las salas especializadas en el derecho público en los tribunales superiores de justicia son la excepción. Las salas especiales fueron creadas en 1995 solo en la Corte Suprema<sup>20</sup>, y en los últimos cincuenta años se han nombrado solo dos ministros de la Corte Suprema que pueden ser considerados especialistas en derecho administrativo. La falta de expertise se exagera si se considera que la Corte tiene 21 miembros y que por las reglas de distribución interna uno de los especialistas nunca se desempeñó en la sala especializada en asuntos de derecho público (Urbano Marín). Ante la pregunta acerca del conocimiento de la Corte Suprema sobre el proceso reglamentario en la Administración, un ministro de la Corte Suprema declaró que su aproximación era esencialmente formalista. En su opinión, los ministros de la Corte no tenían un entendimiento del “derecho en acción” y la realidad de la operación del derecho más allá de los libros. Él afirmó que, en sus funciones de adjudicación, ellos simplemente miraban para otro lado respecto de la realidad administrativa<sup>21</sup>.

Las redes informales también explican la proximidad entre la Contraloría General y el proceso administrativo. El Contralor General mismo históricamente ha sostenido reuniones de rutina con presidentes y ministros, y jefes de división también siguen la misma práctica de tener permanente contacto con ministros y jefes de servicio. El Contralor General también visita personalmente y con bastante frecuencia las comisiones parlamentarias. Los funcionarios de la Contraloría, además, frecuentemente reciben llamados de parlamentarios interesados en algún área política en particular o que tratan de acelerar decisiones administrativas. Los funcionarios de la institución admiten que esta forma de “justicia de teléfono” es practicada de forma bastante abierta, pero ellos afirman que no afecta su imparcialidad. En marcado contraste, los jueces mantienen su contacto con el Congreso y el Poder Ejecutivo en términos estrictamente formales. Su forma de comunicación es casi exclusivamente formal a través de oficios. La mayoría de estas características distinguen a la Contraloría General del Poder Judicial en términos de su distancia del proceso de toma de decisión del Ejecutivo. Sin embargo, ellas también amplían sus fuentes de información y de esa manera aumentan su expertise.

En un aspecto los funcionarios de la Contraloría y los miembros del Poder Judicial parecen ser similares. Ambos grupos representan equipos

---

<sup>18</sup> HILBINK 2007.

<sup>19</sup> COUSO y HILBINK 2014.

<sup>20</sup> CORDERO 2016.

<sup>21</sup> Entrevista N° 3 (abril 2015).

burocráticos que han desarrollado un fuerte sentimiento de pertenencia tras posiblemente décadas de servir a sus respectivas instituciones. Este representa un agudo elemento de aislamiento institucional e independencia en ambas organizaciones. Sin embargo, el aislamiento profesional parece menos severo en el caso de la Contraloría General. En primer lugar, los equipos de la Contraloría no están compuestos exclusivamente por abogados, sino que por un espectro profesional más amplio. En algunos departamentos, los abogados trabajan junto a ingenieros, contadores, arquitectos, entre otros. En segundo lugar, ha habido una práctica histórica de enviar a funcionarios de la Contraloría en comisión de servicio a ministerios y servicios públicos. Esto les ha dado a los funcionarios proximidad con los intereses de los controlados. Aunque las comisiones de servicio son raramente usadas hoy, cada vez más hay casos de “puertas giratorias” entre la Contraloría y la Administración activa. De hecho, no es poco común encontrar funcionarios de la Contraloría que fueron reclutados tras experiencia en la Administración activa y viceversa. Incluso hay casos de personas dejando la Contraloría por un puesto en el Poder Ejecutivo y luego siendo recontratados por la Contraloría tras algunos años. Este es un tercer factor que atenúa el aislamiento de la institución. En suma, parafraseando los hallazgos del estudio de Bruno Latour sobre el Consejo de Estado francés<sup>22</sup>, el conocimiento jurídico dentro de la Contraloría General es menos autónomo de lo que las apariencias podrían sugerir, pues los funcionarios poseen experiencia en la gestión pública y en ocasiones su trayectoria incluye un paso por la administración activa.

Los puntos anteriores originan un conjunto de complejas interrogantes: ¿las cercanas interacciones entre la Contraloría y la Administración afectan adversamente su imparcialidad? ¿Implican excesiva sensibilidad a la política del gobierno? ¿Genuinamente aumenta su expertise? ¿Su mayor expertise ha creado más confianza por parte de los administradores? ¿Ha implicado mayor deferencia de la Contraloría hacia las decisiones administrativas?

A pesar de las diferencias en términos de familiaridad con la actuación administrativa, las percepciones de sesgo en las decisiones de la Contraloría General no son drásticamente diferentes de las percepciones de las actitudes judiciales. Los abogados con experiencia litigando en la institución dicen que los funcionarios de la Contraloría se comportan de manera imparcial en los procedimientos que instruyen. Incluso más, ellos reportan percibir una ligera actitud anti-administración en el sentido de que su escrutinio es exigente<sup>23</sup>. Algunos abogados también indican que es más fácil encontrar excesiva cercanía entre los abogados y los funcionarios en el Poder Judicial. En la Contraloría, en cambio, los funcionarios pueden estar “muy llanos en escuchar, pero siempre mantienen distancia lo que está bien” –como afirmó una entrevista-

<sup>22</sup> LATOUR 2010, 126.

<sup>23</sup> Entrevista N° 24 (Mayo 2016).

da<sup>24</sup>. Varios otros observadores destacaron la seriedad y profesionalismo de los funcionarios de la Contraloría General.

Frente a la pregunta sobre la imparcialidad de los funcionarios de primera línea de la Contraloría, un litigante reportó una experiencia similar. Ella dijo que ellos son expertos en mantener un rostro inescrutable, que –en su opinión– revela alguna forma de imparcialidad<sup>25</sup>. En su opinión, ellos nunca expresan una visión a favor o en contra del asunto en cuestión. Pero considerando los casos que escalan a los niveles superiores del organismo, la misma abogada expresa una visión más matizada. En su opinión, en este nivel la Contraloría está más expuesta a clientelismo que los tribunales, dado que estos últimos han trabajado en erradicar estas prácticas. Ella apunta a que, dado que el portafolio de la Contraloría es relativamente pequeño, los mismos abogados se repiten en diferentes casos, generando una familiaridad inadecuada. Quizás más importante, ella indica que las consideraciones políticas contaminan la toma de decisión en los niveles superiores de la institución. Ella afirma que “hay casos en que la Contraloría tiene que resolver de alguna forma porque si no, no es viable en el fondo para resguardar la institucionalidad, la política pública. Yo creo que de verdad hay temas relevantes en que al final la Contraloría es permeable”<sup>26</sup>. Esta abogada concluye que mientras que en casos rutinarios los funcionarios de primera línea son imparciales y adoptan una aproximación legalista, en casos de alto impacto –donde las altas autoridades de la institución pueden verse involucradas– la imparcialidad se vuelve un problema.

De forma similar, otro litigante recuerda un encuentro en el que un Contralor General dijo que había límites políticos a lo que él podía hacer<sup>27</sup>. Debido a su ubicación institucional, hay áreas a las que él no podía llegar; esto es, en algún punto la institución no puede obstruir el ejercicio de potestades administrativas. Otro abogado ofrece una perspectiva similar, afirmando que la institución usa la legalidad de forma bastante flexible<sup>28</sup>. La institución aplica la legalidad de forma más exigente durante algunos periodos o en relación con algunos órganos, y puede ser más indulgente en otros momentos o en relación con otras organizaciones. La institución, en otras palabras, ajusta la legalidad dependiendo de las circunstancias.

Sin embargo, no es claro cómo esta actitud se compara con la de los tribunales. Por ejemplo, otro abogado sugiere que el Contralor es más “jurídico” que la Corte Suprema<sup>29</sup>; sus decisiones serían más puramente jurídicas que las decisiones adoptadas por salas de los tribunales superiores de justicia. Mientras la Contraloría General usualmente sigue sus precedentes

<sup>24</sup> Entrevista N° 15 (Noviembre 2015).

<sup>25</sup> Entrevista N° 24 (Mayo 2016).

<sup>26</sup> Entrevista N° 24 (Mayo 2016).

<sup>27</sup> Entrevista N° 9 (Noviembre 2015).

<sup>28</sup> Entrevista N° 2 (Septiembre 2014).

<sup>29</sup> Entrevista N° 13 (Noviembre 2015).

y aplica el derecho administrativo, el contenido de las sentencias judiciales depende de los jueces que están integrando la sala en ese día específico. En su opinión, hay mucha más variación e impredecibilidad en los tribunales que en la Contraloría General. Además, él destaca el alto riesgo de corrupción en la operación de los tribunales especializados en comparación con la Contraloría General.

Anticipando nuestro siguiente tema, otro abogado manifestó sus preferencias por litigar en la Contraloría General en vez de los tribunales por consideraciones procesales, pero no por imparcialidad<sup>30</sup>. Él sostuvo que tanto los tribunales como la Contraloría General tenían un sesgo en favor del gobierno y la Administración, pero que la última era más rápida y menos formalista. De tal manera, es conveniente para los abogados de gobierno “llevar todo a tribunales y sacarlo de la Contraloría”. En esta explicación, entonces, ambas instituciones son igualmente imparciales o sesgadas.

Un abogado de derechos humanos expresa dudas acerca de la imparcialidad de la institución en “casos sensibles”. Teniendo una experiencia mixta litigando en la institución, él indica que los casos de derechos humanos son siempre políticamente controversiales con el gobierno y esto hace que él sea reacio a confiar en la Contraloría General<sup>31</sup>. Sin embargo, él señala que lo mismo es cierto en el Poder Judicial. En general, él cree que la actitud de la Contraloría es más receptiva a preocupaciones institucionales que individuales. De tal manera, cuando las instituciones presentan problemas de derechos humanos, la institución puede responder bien, pero él tiene menos confianza en casos de reclamos individuales. No obstante, como veremos enseguida, factores distintos a la imparcialidad puede explicar la falta de sensibilidad de la Contraloría a los casos de derechos humanos.

En suma, percepciones de parcialidad o sesgos no parecen ser una barrera a crear confianza en la Contraloría General y promover su uso por parte de los litigantes. Aunque su limitada imparcialidad no desincentiva la interposición de reclamos en contra de actuaciones administrativas en este órgano, hay otros factores que contribuyen positivamente al creciente uso de la institución como foro de resolución de disputas. Quizás sorprendentemente, la expertise superior parece ser uno de ellos.

Algunos abogados en asuntos regulatorios ven a la Contraloría General como un “tribunal boutique” en el que ellos pueden interponer sus reclamos en contra de órganos reguladores<sup>32</sup>. Ellos perciben que sus oportunidades de ganar un caso son mayores en esta institución que en el Poder Judicial. El factor clave para ellos es su superior conocimiento respecto del derecho regulatorio comparado con los tribunales. En su visión, un mayor conocimiento le permite a la institución ejercer un examen más acabado de la acción adminis-

---

<sup>30</sup> Entrevista N° 19 (Abril 2016).

<sup>31</sup> Entrevista N° 7 (Octubre 2015).

<sup>32</sup> Entrevista N° 2 (Septiembre 2014).

trativa y estar menos inclinado a aceptar la invocación del interés público por parte de las autoridades. Esta opinión de un abogado ilustra bien el punto:

[Estos] son mercados regulados con un componente técnico súper complejo en donde en general los reclamos que se tienen en contra de estos actos son reclamos que se sustancian en procedimientos súper sumarios. Tienes reclamos de ilegalidad, etc. Y por lo mismo el conocimiento que va a tener el tribunal es bastante rápido. No va a tener tiempo para ponerse a estudiar cómo opera el sector de las telecomunicaciones. No va a tener tiempo para ponerse a entender cómo opera el sistema eléctrico, el sistema sanitario. Y por lo mismo al final [uno] opta por la Contraloría porque tiene conocimiento técnico especializado. La Contraloría tiene todas estas divisiones especializadas que participan, por ejemplo, en procedimientos tarifarios. Luego tienen toda una lógica de regulación económica que habitualmente no la tienen los tribunales [...] Y cuando tú vas a la Contraloría, por ejemplo, si tú vas a reclamar por un tema de telecomunicaciones, las bases técnico-económicas preliminares, por ejemplo, de un decreto tarifario, si vas en contra de una circular o instrucción de la SEC... ellos están metidos en eso. Y esos temas van a ese tipo de divisiones. Ellos son abogados, pero tienen mucho conocimiento especializado. Tú tienes la DIR, la de Municipalidades, y un montón de divisiones especializadas, en que –no tienen solo especialización– como el procedimiento es desformalizado, tienen mucho tiempo para analizar los temas. Entonces, yendo allá uno se asegura que el análisis va a ser mucho más decantado que el que puede haber en tribunales. Además, en tribunales –no tanto por deferencia, sino que simplemente por ignorancia– se tiende a privilegiar las decisiones de la Administración. Claramente, basta con que se diga que este es un servicio que puede afectar a los consumidores y ahí ya rápidamente se dice que “si bien no es servicio público, esto puede tener efectos en la población, etc., y por lo mismo lo que la autoridad dice es lo que corresponde”. En cambio, la Contraloría está acostumbrada al control de legalidad. Es lo que hace todo el día. En ese sentido no tiene esa lógica de defensa de derechos. Es un control de legalidad pura, como “exceso de poder”, digamos. [La pregunta para ellos es:] ¿Usted podía o no hacerlo al amparo de estas normas? Los tribunales porque tienen poco tiempo, porque son cosas muy complejas, y porque muchas veces es fácil explicarlo como a nivel de titulares en el sentido de que puede afectar al interés general, etc., no entran mucho en el fondo. En ese sentido, la Contraloría si tiene eso...tiene un control de legalidad mucho más agudo<sup>33</sup>.

De forma similar, otro abogado que se desempeña en un ambiente regulatorio afirmó que la legalidad administrativa es mejor aplicada en la Contraloría General que en los tribunales. Él explica que “no digo que tengas

<sup>33</sup> Entrevista N° 6 (Octubre 2015).

mejores resultados, [pero] tienes mejores garantías de discusión en Contraloría que en tribunales”<sup>34</sup>. En su visión, los jueces ordinarios no pueden entender las sutilezas del derecho administrativo. En contraste, las capacidades epistémicas de los funcionarios de la Contraloría son muy superiores en disputas con componentes altamente técnicos tales como fijación tarifaria, derecho urbanístico, derecho ambiental, y la legalidad administrativa en general. En la opinión de este abogado, la institución es un punto intermedio entre un tribunal especializado y un tribunal generalista. Numerosos otros abogados entrevistados apoyaron esta observación.

No solo abogados regulatorios expresaron una preferencia por la Contraloría General basada en expertise. Un activista de la sociedad civil con experiencia en derecho urbanístico expresó una opinión en general positiva de los funcionarios de la Contraloría en términos similares. “Son gente seria”, dijo<sup>35</sup>. Ellos conocen la intrincada disciplina del derecho urbanístico y pueden entender el dinámico ambiente regulatorio que es provocado por constante regulación administrativa. Él destaca las capacidades de la institución para entender estos procesos. En su opinión, la expertise, independencia y autonomía de la institución es fundamental para promover confianza por parte de ONGs como la suya.

Quizás sorprendentemente, una litigante en derechos de los animales también mencionó la expertise de la institución como un factor en su exitoso uso de la Contraloría General. Ella explicó que su ONG usa los tribunales solo en casos en contra de entidades privadas –en particular, empleando el derecho penal. Sin embargo, en reclamos en contra de actuación administrativa, ellos usan la Contraloría General. Esta activista dijo que, en comparación con los tribunales, “la Contraloría es más prolija y minuciosa en analizar no solamente la norma, sino también establecer una correlación lógica entre la norma y cómo se está aplicando”<sup>36</sup>. Además, en su experiencia, los tribunales evitan “asuntos políticos”, esto es, conflictos con las autoridades administrativas, y como resultado ellos rara vez reconocen legitimación activa. No obstante, ella también indica que mientras que ha tenido éxito en la Contraloría en casos que involucraban municipalidades, ha tenido menos cuando se trató de impugnar decisiones del gobierno central y, por lo tanto, decisiones de un carácter más político.

Muchas de estas opiniones recuerdan razones que se han entregado en otras partes en favor de establecer instituciones de justicia administrativa que puedan complementar la adjudicación judicial. Cane nos recuerda la justificación que se provee en el Reino Unido para este tipo de institucionalidad en estos términos: “los tribunales eran percibidos como carencia la expertise necesaria y relevante para resolver disputas acerca de la operación de com-

<sup>34</sup> Entrevista N° 12 (Noviembre 2015).

<sup>35</sup> Entrevista N° 6 (Octubre 2015).

<sup>36</sup> Entrevista N° 21 (Mayo 2016).

plejos programas regulatorios y de bienestar”<sup>37</sup>. Algo bastante similar podría decirse para explicar la preferencia por la Contraloría en vez de los tribunales en la litigación de derecho público.

## II. Accesibilidad

Otra de las razones primarias frecuentemente mencionadas para establecer órganos de reclamo no-judiciales ha sido la necesidad de superar el tradicionalmente estrecho acceso a los tribunales. Gellhorn, por ejemplo, apunta a varios factores que pueden bloquear las puertas de los tribunales: requerimientos financieros, disposición a litigar, problemas de justiciabilidad, y titularidad jurídica<sup>38</sup>. Para superar tales restricciones en la esfera judicial, los creadores de estos órganos deben asegurarse de que “los reclamos sean generosamente recibidos con un absoluto mínimo de formalidades”<sup>39</sup>. Patrick Birkinshaw argumenta asimismo en favor de tomarse en serio los mecanismos no-judiciales, enfatizando que el impacto de los tribunales “es problemático cuando hay un acceso limitado a ellos o donde ellos están seriamente restringidos en lo que pueden abordar”<sup>40</sup>. Mirando específicamente a la técnica del ombudsman, Seneviratne afirma que estas instituciones “son útiles para llenar los vacíos en los sistemas para resolver reclamos” y enfatiza la importancia del costo, en tanto ellos “son gratis para los usuarios de los sistemas”<sup>41</sup>. En suma, la reducción de costos y de barreras legales es uno de los objetivos de las formas no-judiciales de resolución de disputas en el ámbito administrativo.

La Contraloría General parece satisfacer algunos de estos requerimientos. Empecemos con los obstáculos legales al proceso judicial. En Chile, no existe un acceso unificado a la revisión judicial de la actuación administrativa; esto es, no hay un proceso general para impugnar decisiones administrativas. Hay numerosas acciones con variables condiciones para ser ejercidas<sup>42</sup>. Estos procedimientos requieren representación letrada y están sometidos a reglas de legitimación activa bastante restrictivas. En la acción más amplia disponible para impugnar decisiones administrativas –la acción de nulidad de derecho público–, solo los individuos que puedan invocar un derecho subjetivo o un interés legítimo, personal y directo en juego pueden litigar. Acá los intereses están concebidos en términos de una pérdida económica o como un efecto adverso en una actividad empresarial o personal del reclamante<sup>43</sup>. No hay un modelo de revisión judicial de derecho público amplio en el rudimentario régimen chileno. Para decirlo de forma ligeramente distinta, en modelo

<sup>37</sup> CANE 2008, 283.

<sup>38</sup> GELLHORN 1966b, cap. 1.

<sup>39</sup> GELLHORN 1966a, 427.

<sup>40</sup> BIRKINSHAW 1994, 2.

<sup>41</sup> SENEVIRATNE 2002, 11.

<sup>42</sup> CARMONA 2005; VERGARA 2014; VALDIVIA 2017.

<sup>43</sup> BERMÚDEZ 2011, 449-450; FERRADA 2010; CORDERO 2005; ALDEA 2003.

chileno es todavía un proceso con la forma de una estrecha cañería más que el de una amplia autopista, como lo son otros sistemas comparados<sup>44</sup>.

No es sorprendente que estas vías de revisión judicial tan restringidas exasperen a los litigantes. Un abogado reclama que la Corte Suprema ha reducido dramáticamente las oportunidades para solicitar a los tribunales la nulidad de un acto administrativo<sup>45</sup>. Él cree que el único camino que se mantiene relativamente abierto es la responsabilidad del Estado. De forma similar, una abogada especialista en derecho migratorio afirma que “en términos de recursos, debido proceso y garantías, etc., el tema migratorio es un desastre”<sup>46</sup>. Ella continúa diciendo que a pesar de que las acciones judiciales sean efectivas, ellas son muy restrictivas. Por ejemplo, una acción en contra de una orden de expulsión tiene que ser interpuesta dentro de 24 horas en la Corte Suprema, que está ubicada en Santiago, y requiere representación letrada. De esta forma, personas residiendo en áreas fronterizas remotas no tienen oportunidad para obtener protección legal. Dado que esta herramienta es tan restringida, el camino más frecuentemente usado para obtener remedio es el recurso de amparo –que es una acción diseñada para un propósito totalmente distinto. Una experiencia similar es relatada por un abogado de la Corporación de Asistencia Judicial en materia de derechos humanos<sup>47</sup>. Él afirma que las acciones judiciales no son tan amplias como uno esperaría, indicando que el uso del proceso judicial es contingente a las circunstancias, ya que hay una variedad de acciones, dependiendo de la materia, lo que determina el tribunal, el procedimiento, y los plazos. En estas circunstancias, el uso de la Contraloría General se vuelve atractiva por tres razones: es más barata, no requiere representación letrada, y su competencia material es mayor.

De hecho, la dimensión económica y profesional del acceso a un factor crítico para las ONGs que no poseen personal con calificación jurídica. Como el director una influyente ONG explica, el factor primario para priorizar la Contraloría es su costo: “llegar a la Contraloría es gratis. Ir a los tribunales de justicia es muy caro y nosotros somos pobres”<sup>48</sup>. Como una ventaja adicional, él también indica que ellos no necesitan contratar un abogado. De forma similar, un activista por los derechos de los animales reportó que la necesidad de representación legal ha sido un obstáculo insuperable para su uso de los tribunales y, en sentido contrario, una consideración crucial para impugnar la actuación administrativa en la Contraloría General<sup>49</sup>. Ambas organizaciones tienen asesoría jurídica informal y ocasional, pero la mayor parte de sus actuaciones se basan en actividad no-letrada de arquitectos y estudiantes, res-

<sup>44</sup> RAWLINGS 2008.

<sup>45</sup> Entrevista N° 13 (Noviembre 2015).

<sup>46</sup> Entrevista N° 25 (Mayo 2016). Esta opinión fue formulada antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.325 sobre Migración y Extranjería, de 20 de abril de 2021, que posee nuevos mecanismos de reclamo. Por eso, este es un juicio que no refleja el derecho vigente.

<sup>47</sup> Entrevista N° 25 (Mayo 2016).

<sup>48</sup> Entrevista N° 6 (Octubre 2015).

<sup>49</sup> Entrevista N° 21 (Mayo 2016).

pectivamente. Los requerimientos menos exigentes en términos de recursos financieros y legales, por lo tanto, parecen explicar el uso de la institución en estos casos.

No obstante, los recursos financieros y legales por si solos no pueden explicar el acceso a la Contraloría General por parte de grupos de menos recursos. La capacidad para enmarcar problemas en términos adecuados para su procesamiento en la Contraloría General provee una ventaja crucial en la movilización de la institución en estrategias de litigación. Lisa Vanhala ha examinado este factor –la capacidad de “enmarque jurídico”, es decir, la capacidad de traducir un problema a conceptos jurídicos– en el contexto francés, explicando la hipótesis de la capacidad de las asociaciones para enmarcar la movilización legal en estos términos:

“Los grupos que enmarcan los problemas que ellos buscan enfrentar a través del prisma legal tendrán más probabilidades de descansar en herramientas legales, incluyendo la litigación. Los grupos que son escépticos del derecho o lo perciben como sirviendo solo intereses de elite tendrán menos probabilidades de litigar”<sup>50</sup>.

Como se verá en lo que sigue, mientras para algunos grupos el uso de la Contraloría General aparece como obvio y natural, para otros es algo inconcebible. Esto no depende solo de recursos legales, sino de la capacidad de identificar la institución como un foro adecuado para obtener amparo y enmarcar el asunto en consecuencia.

Los abogados de la Corporación de Asistencia Judicial, por ejemplo, eligieron canalizar sus casos a la Contraloría General en vez de a través del Poder Judicial tras invitar a profesores de derecho a dar charlas sobre derecho administrativo<sup>51</sup>. Solo entonces ellos se dieron cuenta de que podían utilizar ese órgano para interponer reclamos en contra de las actuaciones administrativas. De forma similar, la activista por los derechos de los animales antes mencionada supo de las ventajas de la Contraloría General debido al consejo de uno de los miembros de la ONG que era un abogado en un departamento administrativo en el Poder Ejecutivo<sup>52</sup>. Si bien ella no estaba autorizada para litigar debido a restricciones laborales, les enseñó a otros miembros de la organización cómo usar este foro. Más tarde, ellos continuaron usando este mecanismo de reclamo exitosamente sin asesoría letrada, basándose en la asesoría inicial entregada por la experta en derecho público.

Un escenario totalmente diferente se revela en relación con otros grupos que, a pesar de poseer recursos legales, no usan la Contraloría General debido a su incapacidad de enmarcar sus preocupaciones en términos apropiados para la resolución de este órgano. Por ejemplo, un abogado que trabaja en una ONG medioambiental dijo que no estaba al tanto de la competencia

<sup>50</sup> VANHALA 2016, 115.

<sup>51</sup> Entrevista N° 20 (Abril 2016).

<sup>52</sup> Entrevista N° 21 (Mayo 2016).

material de la institución y de sus procedimientos de toma de decisión<sup>53</sup>. También destacó su falta de experiencia previa como una razón para no usar la Contraloría General como una plataforma de litigación. Sorprendentemente, él admitió que la institución es bien considerada como un mecanismo de reclamo por arquitectos con preocupaciones de protección urbana. Él dijo que “si hay un arquitecto de por medio lo primero que va a querer es ir a la Contraloría. Eso si o si. Pero el resto también. Lo identifican –siento yo– como un actor importante en donde obtener “justicia” por decirlo de alguna manera”<sup>54</sup>. Un abogado que se desempeña en un órgano de derechos humanos reporta una experiencia similar<sup>55</sup>. A pesar de haber ganado algunos casos relevantes en la Contraloría General, él no podía recordar el detalle de ellos y explicó que su foco estaba más bien en la litigación judicial. Pero otro abogado que participó en esos casos en algún minuto recordó que la persona a cargo de los casos en la Contraloría era en realidad el entonces fiscal de la institución –un experto en derecho administrativo– y no el especialista en litigación en derechos humanos de la institución<sup>56</sup>. Esto puede explicar por qué el litigante no tenía recuerdos de los casos y más importante, por qué él carecía de la capacidad para enmarcar su portafolio de casos en términos adecuados para la adjudicación administrativa. Esto no es poco razonable, dado que muchos entrevistados dijeron que uno de los factores más importantes para litigar en la Contraloría General es enmarcar el caso en términos de legalidad estricta y en los conceptos más técnicos del derecho administrativo. Muchos abogados con extensa experiencia dijeron que la institución muy probablemente rechazaría casos enmarcados en términos de principios constitucionales o de derechos humanos. En sus opiniones, para ser capaz de ir a la Contraloría General uno tiene que ubicar en asunto en términos de legalidad administrativa estricta.

En suma, en contraste con abogados con expertise en derecho administrativo, los expertos en derecho medioambiental, derechos humanos, y derecho migratorio fueron incapaces de reconocer a la institución como un actor relevante en el manejo de reclamos en contra de actuación administrativa. Esto por supuesto revela un problema severo de visibilidad, pero también exhibe una falta de capacidad de enmarque jurídico que afecta a ciertos grupos.

### III. Proceso y métodos operativos

Escribiendo acerca de las causas que podrían explicar la emergencia de la adjudicación administrativa en el mundo anglo-americano, Peter Cane señala que los procesos judiciales “eran considerados muy formales y elaborados, y sus operaciones demasiado lentas y costosas. Como resultado, los tribunales eran poco atractivos e inaccesibles para todos menos los ciudadanos más

<sup>53</sup> Entrevista N° 18 (Abril 2016).

<sup>54</sup> Entrevista N° 18 (Abril 2016).

<sup>55</sup> Entrevista N° 13 (Noviembre 2015).

<sup>56</sup> Entrevista N° 7 (Octubre 2015).

ricos, educados y seguros de sí mismos". Además, "dada la naturaleza de los procedimientos judiciales, la litigación en los tribunales podría ser indebidamente disruptiva de la conducción de los asuntos del gobierno"<sup>57</sup>. Respondiendo a estas deficiencias, los órganos no-judiciales podrían encarnar una promesa de procedimientos más informales y flexibles que podrían mejorar la justicia administrativa<sup>58</sup>. ¿Los procedimientos de la Contraloría General se ajustan a esta descripción de arreglos institucionales de justicia administrativa flexibles e informales?

Los litigantes explican que, comparados con los procedimientos judiciales, los procesos en la Contraloría General son más informales. Sin embargo, ellos tienen algunos importantes defectos también. Aunque ellos son descritos como una ruta más rápida a la justicia, los procedimientos de reclamo ante la Contraloría son esencialmente secretos y escritos. No obstante, los abogados generalmente tienen amplio acceso a los funcionarios instructores para expandir sus argumentos o explicarlos en detalle. Como se dijo antes, los instructores escuchan a las partes, pero ellos son muy discretos y evitan entregarles información. Finalmente, de acuerdo a los litigantes, los procedimientos de toma de decisión interna de la institución son bastante opacos.

Una abogada de la Corporación de Asistencia Judicial explica cómo en su experiencia el desempeño de la Contraloría General es superior al de los tribunales en casos de empleo público por sus ventajas procedimentales<sup>59</sup>. En particular, ella apuntó a las ventajas en términos de rapidez. Mientras un caso en el Poder Judicial podía tomar cinco años al menos, los plazos son mucho más reducidos en la Contraloría General. Además, la defensa administrativa en los tribunales es liderada por el Consejo de Defensa del Estado, una institución que posee una enorme experiencia y recursos en el foro. En consecuencia, los procedimientos judiciales son complejos y extensos. Finalmente, ella enfatizó que la extensa litigación judicial implica una demora que es terriblemente cansadora para las personas que son representadas por su institución.

De forma similar, para muchos otros abogados, la principal ventaja de los procedimientos de la institución son sus reducidos tiempos de espera. Incluso un abogado que expresó opiniones muy críticas acerca de la institución dijo que él finalmente recomienda a sus clientes usar la Contraloría General en el contexto de los limitados recursos judiciales para resolver asuntos regulatorios. Él dijo que "es la instancia en donde puedes obtener un mayor análisis del tema y en menor tiempo"<sup>60</sup>. Mientras que un procedimiento ante la Contraloría puede tomar un año, la litigación judicial puede tomar más de cinco años. Además, no existen plazos estrictos para presentar reclamos ante la Contraloría. Los plazos son más generosos que ante los tribunales, de tal

<sup>57</sup> CANE 2008, 283.

<sup>58</sup> SENEVIRATNE 2002, 12; HERTOIGH 2001.

<sup>59</sup> Entrevista N° 20 (Abril 2016).

<sup>60</sup> Entrevista N° 11 (Noviembre 2015).

manera que el órgano es visto como un instrumento flexible para explorar diferentes estrategias de litigación combinando la vía administrativa y la judicial.

Como se sugirió antes, procedimientos menos demorosos están altamente correlacionados con la ausencia de participación del Consejo de Defensa del Estado ante la Contraloría General de la República. Esto fue destacado por un abogado de la Corporación de Asistencia Judicial y confirmado por abogados regulatorios. La defensa de los intereses fiscales por esta institución produce extensa litigación; este tema es bien conocido en la literatura del derecho administrativo. Por ejemplo, en su trabajo clásico, KC Davis criticó duramente los obstáculos procedimentales invocados rutinariamente por el gobierno en litigios de derecho público<sup>61</sup>. De esta manera, no es sorprendente que la naturaleza descentralizada de la defensa legal de los servicios públicos en la Contraloría pueda reducir significativamente los tiempos. Además, en el caso de conflictos en relaciones de largo plazo, la litigación en la Contraloría permite a las partes evitar involucrar a un tercero –el CDE– en la controversia, lo que puede también ser visto como una ventaja para ellos.

De hecho, evitar la interrupción de relaciones regulatorias es identificado como un factor crucial. De acuerdo a numerosos actores, el procedimiento ante la Contraloría es percibido como menos disruptivo de las relaciones regulatorias en curso que el judicial. Esto hace eco a la teoría de la perturbación (*disturbance*) de las disputas dentro del proceso regulatorio, de Coglianese<sup>62</sup>. En su visión, en contraste con teorías que sugieren que las partes en contextos regulatorios tienden a evitar la litigación para mantener relaciones permanentes intactas<sup>63</sup>, la movilización de los tribunales en realidad depende del tipo de relación de que se trate. El punto más importante es que algunas estrategias de litigación pueden tener un reducido efecto adverso en la relación, e incluso pueden tener algunas ventajas para las agencias administrativas y las industrias reguladas.

En nuestro caso, con la disponibilidad de dos foros alternativos para impugnar actuaciones administrativas, los actores en relaciones regulatorias establecidas parecen preferir la Contraloría General a los tribunales. Ellos perciben esta ruta como menos dañina de la relación existente. Un abogado dice que las industrias no usan la acción de protección –que es una ruta usual de litigación– para impugnaciones regulatorias complejas, ya que enmarcar el caso en términos de derechos constitucionales arriesga caricaturizar el problema y también arriesga la reputación profesional de la oficina de abogados<sup>64</sup>. En su visión, este contexto los ha llevado a usar la Contraloría General como un foro más sofisticado para debatir estos asuntos regulatorios, lo que

<sup>61</sup> DAVIS 1971, 159.

<sup>62</sup> COGLIANESE 1996; Jowell también ha enfatizado la renuencia a usar la adjudicación en relaciones permanentes entre beneficiarios de ayuda social y las agencias administrativas; JOWELL 1973, 198-199.

<sup>63</sup> COGLIANESE 1996, 757-758.

<sup>64</sup> Entrevista N° 8 (Noviembre 2015).

también les permite evitar sus relaciones de largo plazo con los reguladores. Él indica que “La Contraloría permite a las empresas grandes no tener *issues* con la Administración a través de litigios. La Contraloría es menos conflictiva en la opinión pública”<sup>65</sup>. Este asesor jurídico insiste que las industrias reguladas no quieren tener un impacto adverso en su relación con el gobierno y los reguladores. Asimismo, otro abogado regulatorio explica:

El recurso de protección por propiedad o por comisiones especiales no son recursos ganadores en general, salvo que tengas un caso muy evidente. Y también por el lado de que tienes que relacionarte permanentemente con el regulador y la vía de tribunales puede ser muy violenta. La Contraloría es menos agarrarse de las [mechas]. Para ellos es como su regulador de alguna manera. Meter a tribunales significa irse a los combos... Además, sale la prensa. La prensa está más metida en los tribunales que en la Contraloría. Si es un caso muy grande [al regulador] le significa contratar abogados externos, o sea, es un costo administrativo para ellos mucho más grande ir a tribunales que relacionarse con Contraloría en donde simplemente mandan un informe<sup>66</sup>.

De forma similar, otro abogado regulatorio indica que las industrias que operan permanentemente en un ambiente regulado perciben la litigación en la Contraloría General como mucho menos agresiva que en los tribunales<sup>67</sup>. En su opinión, la razón de esto es que es natural para los servicios públicos interactuar con la Contraloría General, pero no así con los tribunales. Él incluso menciona los reguladores y las industrias reguladas a veces acuerdan llevar una disputa a la Contraloría General a través de un “acuerdo de caballeros”. De este modo, ambos se comprometen a respetar el resultado, cualquiera sea éste.

Esto es consistente con las descripciones que dan los asesores jurídicos de los órganos reguladores. Un abogado de gobierno menciona dos razones para su preferencia por discutir impugnaciones en la Contraloría en vez de en los tribunales<sup>68</sup>. Primero, el procedimiento no es judicial, lo que le da mayor flexibilidad. Segundo, dado que no es un juicio, ella sabe que se le pedirá informe y que éste tendrá algún peso<sup>69</sup>. Crucialmente, esta asesora jurídica admite haber usado los “acuerdos de caballeros” como una vía para resolver disputas: “Yo tengo aplicación de normas que son bastante discutibles y todo y que nosotros nos jugamos por una interpretación y [si la contraparte] no está de acuerdo, entonces vayamos a la Contraloría [...] Pero a veces hay casos súper particulares que no tienen [jurisprudencia], entonces yo me la juego por una interpretación y si no les gusta, entonces vaya a Contraloría.

<sup>65</sup> Entrevista N° 9 (Noviembre 2015).

<sup>66</sup> Entrevista N° 15 (Noviembre 2015).

<sup>67</sup> Entrevista N° 22 (Mayo 2016).

<sup>68</sup> Entrevista N° 4 (Mayo 2015).

<sup>69</sup> Sin embargo, ella admite que la falta de exigencia de representación legal puede implicar la ausencia de un necesario filtro respecto de peticiones infundadas.

En eso, por ejemplo, nos ha ido bien y nos ha ido mal”<sup>70</sup>. De esta manera, su opinión apunta al uso de la Contraloría General como una especie de mecanismo de arbitraje que es menos demandante en términos de tiempo y que puede proveer mayor flexibilidad que el proceso judicial.

Finalmente, un abogado de gobierno que se desempeña en el sector salud expresó su preferencia por litigar en la Contraloría General en términos similares<sup>71</sup>. Su principal preocupación fue la incapacidad de un tribunal de entender los problemas regulatorios. En particular, él cree que los jueces aplican doctrinas de derecho privado que pueden no ser adecuadas para resolver casos. En contraste, él dijo que “con la Contraloría nos movemos en el mismo ámbito del derecho público. Eso significa que hablas el mismo idioma”. Además, reiterando opiniones de otros litigantes, él sostuvo que los tribunales son crecientemente más sensibles a la opinión pública, especialmente en el ámbito medioambiental, sugiriendo que la Contraloría General podría ser más receptiva a las posiciones del servicio público. Con todo, él afirmó que de todas maneras ellos ganan la mayoría de los casos que litigan en los tribunales también. En suma, la preferencia de este regulador por la Contraloría General está vinculado a la proximidad en términos de mentalidad tanto como a los beneficios procedimentales. El principal punto, sin embargo, es que la intuición de los abogados de que la litigación en esta institución de control podría ser percibida como menos disruptiva para la relación regulatoria parece ser confirmada.

#### IV. Carácter final e impacto

Es posible argumentar que una característica fundamental de la adjudicación jurídica de disputas es su carácter final. Las instituciones jurídicas desempeñan una función de resolución de conflictos, de acuerdo a la cual los desacuerdos entre las partes acerca de un asunto son decididos autoritativamente independientemente de la deseabilidad del contenido de la decisión<sup>72</sup>. Desde este punto de vista, se ha argumentado que la idea de que instituciones jurídicas “podrían meramente entregar una opinión que puede ser aceptada o ignorada –como la recomendación de un asesor jurídico– concibe erradamente la naturaleza de la autoridad jurídica en el Estado moderno”<sup>73</sup>. Los resultados del funcionamiento de instituciones no-judiciales de justicia administrativa, sin embargo, tienden a ser menos susceptibles de descripciones categóricas en términos de su carácter final. La manera en que ellas desempeñan funciones de resolución de disputas es a veces más flexible y

<sup>70</sup> Entrevista N° 4. Ella admite que esto también se hace para blindar al regulador que adoptar la posición más conservadora y luego va a la Contraloría General a obtener un respaldo. Así, si ella pierde y obtiene una interpretación más amplia, entonces es la decisión de la Contraloría y no de ella misma.

<sup>71</sup> Entrevista N° 5 (Mayo 2015)

<sup>72</sup> ALEXANDER y SCHAUER 1997; ALEXANDER y SCHAUER 2000; WHITTINGTON 2002.

<sup>73</sup> KING 2015, 123.

adaptable. Walter Gellhorn, por ejemplo, ha explicado que un crítico externo “está más preocupado de recomendar lo que debería hacerse la próxima vez que con atribuir aprobación o culpa por lo que ya fue hecho”<sup>74</sup>. En otras palabras, ellos “son asesores, no comandantes. Ellos confían en la recomendación, no en compulsión”<sup>75</sup>.

Aunque destacando la importancia del carácter final y el impacto, Mark Elliot también articula el problema en términos menos binarios cuando se examina la operación de órganos no-judiciales de control. Con claros tonos de lenguaje de optimización, él afirma que los resultados “deben ser imbuidos con un grado suficiente de impacto”. Más concretamente, Elliot argumenta que “una institución de rendición de cuentas cuyos hallazgos o recomendaciones puedan ser ignorados con impunidad no es una institución de rendición de cuentas efectiva: someter un órgano público a rendición de cuentas debe implicar algo más que la expresión de una visión que puede evaporarse rápidamente en el éter”<sup>76</sup>. En consecuencia, estas instituciones deben “tener influencia, la rendición de cuentas efectiva es imposible si el resultado del proceso es tan rápidamente descartable que no tiene un impacto significativo”<sup>77</sup>. Una posible implicación de esto es que, para evaluar la efectividad de estas instituciones, es especialmente necesario ir más allá de la asignación formal de potestades. Uno necesita examinar su influencia e impacto real en la conducta burocrática.

Este es un problema bien conocido del ombudsman, que se caracterizan por su falta de “poder remedial coactivo”<sup>78</sup>. De hecho, estas instituciones tienen un poder suave que no incluye normalmente un efecto anulatorio. Ellas están autorizadas a “formar juicios, criticar o vindicar, hacer recomendaciones respecto de remedios o medidas correctivas y reportar sobre la actuación administrativa, pero no revertirla”<sup>79</sup>. Sin embargo, se ha sugerido que en algunas circunstancias sus decisiones pueden tener un impacto mayor en la actuación administrativa que el de los tribunales. Aunque ellos carecen de autoridad legal formal, sus estrategias de control jurídico cooperativas y persuasivas pueden tener una influencia real en la operación diaria de las burocracias<sup>80</sup>. Además, incluso los departamentos administrativos que han tenido una gran exposición a decisiones judiciales pueden no ser moldeados de forma significativa por estas directivas judiciales. Investigación en el Reino Unido ha sugerido que “exposición extensiva y prolongada a escrutinio judicial” no disminuye la actuación ilegal de los órganos administrativos<sup>81</sup>.

<sup>74</sup> GELLHORN 1996a, 433.

<sup>75</sup> GELLHORN 1996a, 436.

<sup>76</sup> ELLIOT 2013, 235.

<sup>77</sup> ELLIOT 2013, 246.

<sup>78</sup> CANE 2011, 390-391.

<sup>79</sup> GREGORY, GIDDINS, MOORE y PEARSON, citados por HARLOW y RAWLINGS 1997, 423.

<sup>80</sup> HERTOGH 2001; UGGLA 2012.

<sup>81</sup> HALLIDAY 2000, 110; HALLIDAY 2004.

En ocasiones, los órganos administrativos tienen dificultades traduciendo las decisiones judiciales en sus propios procesos administrativos. En este contexto, se ha sugerido que los órganos no-judiciales pueden ser más capaces de penetrar e infundir valores jurídicos dentro de la cultura burocrática de las agencias administrativas.

En Chile, una diferencia crucial entre las decisiones de la Contraloría General y las sentencias judiciales es que las primeras son vistas como creadoras de precedentes que rigen sobre el órgano administrativo de forma permanente, mientras que las últimas son vistas como decisiones aplicables solo al caso concreto. Además, ya hemos visto que algunos abogados de gobierno perciben a la institución como hablando el mismo idioma que ellos e incluso compartiendo una ética burocrática similar. Esta mentalidad compartida puede facilitar el impacto de la institución en la actividad administrativa y el respeto por sus decisiones.

Entre los asesores jurídicos, al menos, la percepción es que los dictámenes de la Contraloría General son altamente respetados. Entrevistados de la Administración central reportan que ellos ordinariamente obedecen los dictámenes. Una asesora dijo que ellos obedecen los dictámenes mientras estén vigentes<sup>82</sup>. A pesar de estar en desacuerdo con la Contraloría General en muchos casos, esta funcionaria declaró que ellos nunca han impugnado dictámenes ante los tribunales. En su explicación, cuando los casos se judicializan, en realidad es porque los privados impugnan dictámenes ante los tribunales. Ella ilustra la situación indicando que compilan los dictámenes de la Contraloría acerca de su sector y luego difunden la información entre las unidades regionales del ministerio. Además, el ministerio y la Contraloría publican conjuntamente guías sobre la jurisprudencia administrativa y organizan talleres para funcionarios y los interesados. Esta funcionaria destaca que no hay nada comparable en relación con las sentencias judiciales, aunque ellos también las toman en cuenta cuando ejercen sus potestades.

Otros abogados de gobierno reportan experiencias similares de internalización de las guías y jurisprudencia administrativa para actuación futura. Un asesor del gobierno central, por ejemplo, reporta haber examinado la jurisprudencia administrativa para asegurar que se crearan unidades administrativas internas de forma uniforme y en conformidad con el criterio de la Contraloría General<sup>83</sup>. Un asesor en materia de salud recuerda haber aplicado y citado dictámenes para respaldar y fortalecer el ejercicio de su potestad sancionatoria<sup>84</sup>. De forma similar, un abogado de una municipalidad recuerda haber tomado en cuenta dictámenes de la Contraloría para diseñar regulaciones que restringían el uso de bolsas plásticas en el comercio en el nivel municipal<sup>85</sup>. Estos ejemplos sugieren un razonable nivel de penetración de la

<sup>82</sup> Entrevista N° 14 (Noviembre 2015).

<sup>83</sup> Entrevista N° 10 (Noviembre 2015).

<sup>84</sup> Entrevista N° 5 (Mayo 2015).

<sup>85</sup> Entrevista N° 16 (Noviembre 2015).

jurisprudencia administrativa de la Contraloría General en las actividades de los órganos administrativos.

En contraste, la revisión judicial no parece tener un claro canal de retroalimentación hacia el proceso administrativo. El Consejo de Defensa del Estado juega el principal rol en la litigación contra el Estado, pero tiene muy poca interacción con los órganos administrativos fuera de los episódicos juicios que tramita. Un miembro del Consejo dice que hay escaso contacto con los funcionarios más allá de los casos judiciales<sup>86</sup>. Además, él no ve el punto de que el Consejo se transforme en un asesor de la Administración para aprender lecciones de litigación pasada. En su opinión, el proceso administrativo requiere asesores en materias sustantivas, mientras que el consejo es meramente un experto en derecho y tramitación de juicios. Adicionalmente, él concibe los casos judiciales como experiencias únicas, discretas e irrepetibles que son difíciles sino imposibles de traducir en conocimiento permanente para los administradores. En suma, no hay una preocupación de elaborar guías o materiales similares que compilen la experiencia del Consejo en la litigación judicial para aprender lecciones para la toma de decisión administrativa.

No obstante, esta visión bastante optimista respecto de la influencia de la Contraloría General en la Administración debe ser atemperada cuando se consideran los problemas de hacer ejecutar sus dictámenes. De hecho, aunque la Contraloría posee una potestad dictaminante que es vinculante, su ejercicio está plagado de problemas relativos a su carácter final. Como se verá, algunos problemas se relacionan con la constante judicialización de sus decisiones, mientras que otras dificultades se relacionan con la implementación de los dictámenes.

Los abogados en los departamentos regulatorios rápidamente afirman que ellos siempre han concebido los dictámenes como vinculantes. Algunos admiten, sin embargo, que a veces ellos pueden retrasar o incluso ignorar la implementación de algunos dictámenes por la supuesta existencia de obstáculos prácticos o incluso políticos. En contraste con los procedimientos judiciales, en donde existe una parte presionando por la implementación de una sentencia, algunos sugieren que en la Contraloría General el monitoreo del cumplimiento es más flexible. Con todo, los abogados admiten que ellos arriesgan procedimientos disciplinarios si desobedecen los dictámenes, y algunos reportan que ellos conocen casos de procedimientos disciplinarios por incumplimiento<sup>87</sup>. Por lo tanto, la desobediencia no queda totalmente impune.

En otros casos, los órganos públicos directamente impugnan judicialmente dictámenes de la Contraloría General que les resultan adversos, lo que implica una desobediencia indirecta respecto de la institución. De hecho, aunque los órganos administrativos están obligados por los dictámenes de la Contraloría, en varios casos ellos han impugnado estas determinaciones fren-

<sup>86</sup> Entrevista N° 1 (Septiembre 2014).

<sup>87</sup> Entrevista N° 16 (Noviembre 2015).

te a los tribunales. Desde la perspectiva de los usuarios de Contraloría, las victorias iniciales parecen en gran medida pírricas. De hecho, muchos abogados privados criticaron la práctica de los organismos públicos de desobedecer las decisiones de la Contraloría General al impugnarlas en los tribunales. Los entrevistados dicen que la verdadera autoridad legal de las decisiones e interpretaciones del órgano depende en última instancia de si los organismos públicos buscan la revisión judicial y si la interpretación judicial de la ley coincide con la del Contralor General. Por ejemplo, un entrevistado que representaba a empresas de telecomunicaciones, que habían ganado casos emblemáticos en la Contraloría General, se quejó de que habían estado tratando de hacer cumplir los dictámenes durante años sin éxito<sup>88</sup>. La Administración finalmente decidió impugnarlo en los tribunales, considerando la postura de la Corte Suprema en contra de las interpretaciones de la Contraloría General, y de hecho anularon el criterio inicial. Asimismo, un entrevistado que es miembro de una ONG que litiga casos de urbanismo criticó la práctica de muchos municipios que actúan en conjunto con los desarrolladores urbanos para impugnar las decisiones negativas de la Contraloría General que paralizan las obras de construcción<sup>89</sup>. En su opinión, las continuas impugnaciones judiciales han socavado la efectividad de la Contraloría General de la República en el ámbito de la protección urbana.

La otra cara de la moneda es el problema de hacer cumplir las decisiones de la Contraloría General en los tribunales. Algunos casos ilustran la dificultad con la implementación judicial de sus fallos, ya que los tribunales han rechazado su ejecución en algunas circunstancias. En un caso de alto impacto público, el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) solía cobrar una tarifa para emitir un certificado fitosanitario para su uso en el comercio internacional. Los exportadores objetaron esta práctica, argumentando que salvo que una disposición legal lo dispusiera expresamente, la Administración no estaba autorizada a cobrar tarifas por sus servicios. Presentaron su denuncia ante el Contralor General, quien finalmente confirmó su posición<sup>90</sup>. En consecuencia, para cumplir con el dictamen, la SAG reformó su práctica y dejó de cobrar tarifas<sup>91</sup>. Sin embargo, esto no fue suficiente para los exportadores, que querían que se les devolviera el dinero ya pagado al órgano administrativo. Por lo tanto, con base en el dictamen de la Contraloría General de la República que supuestamente declaraba la ilegalidad de los gravámenes cobrados, iniciaron una acción judicial en busca de una indemnización. Luego de años de litigio, en algunos casos la Corte Suprema confirmó el dictamen de la Contraloría General y ordenó la restitución<sup>92</sup>. En otros casos, sin embargo, la Corte Suprema resolvió que el dictamen de la Contraloría General era solo una opinión y no podía invocarse como razón definitiva para reclamar una in-

<sup>88</sup> Entrevista N° 13 (Noviembre 2015).

<sup>89</sup> Entrevista N° 17 (Noviembre 2015).

<sup>90</sup> Dictamen N° 40.235, de 2006 y Dictamen N° 18.390, de 2007.

<sup>91</sup> Decreto N° 607, de 2007.

<sup>92</sup> *Aserraderos Mininco SA con Servicio Agrícola y Ganadero* (2013). Véase CORDERO 2013.

demnización<sup>93</sup>. Según el Tribunal, los demandantes tenían que iniciar un nuevo proceso judicial para obtener una reparación financiera en un caso como este. En la práctica, esta decisión implicó que el dictamen de la Contraloría General que declaraba la ilegalidad retroactiva de las órdenes de pago de la SAG era inaplicable judicialmente. Estos casos ilustran los enormes problemas derivados de la falta de una adecuada coordinación entre la Contraloría General y el Poder Judicial. Esta deficiencia ha tenido un efecto adverso sobre la autoridad legal y el carácter final del primero, así como sobre la certeza y la previsibilidad en general.

Aunque no es posible profundizar el argumento en esta oportunidad, en mi opinión, el funcionamiento de la Contraloría dentro del proceso administrativo, su mayor acceso a información, y la extensa experiencia en regulaciones administrativas que posee su personal, son razones para que los tribunales les den un peso considerable a sus dictámenes. Por lo tanto, es deseable que los tribunales revisen sus decisiones con un mayor grado de deferencia que el que reconocen a los órganos de la Administración activa.

## Conclusiones

La función de resolución de disputas a través de la potestad dictaminante es la característica más controvertida de la Contraloría General de la República. Algunos observadores han argumentado que la participación de la institución en funciones judiciales es ilegal. También se ha sostenido que esta facultad puede abarcar únicamente la revisión formal, ya que el Contralor General tiene prohibido realizar una revisión legal sustantiva o un razonamiento basado en derechos subjetivos. Finalmente, comentaristas han afirmado que cualquier forma de adjudicación legal por parte de esta institución se aparta demasiado del verdadero objetivo de la institución, que debe limitarse a garantizar la regularidad financiera. En este capítulo he ido más allá de estas críticas para investigar cuáles son los beneficios hipotéticos de este órgano que realiza estas funciones de resolución de disputas y si los actores que interactúan con la Contraloría General perciben que esas potenciales ventajas podrían materializarse en la práctica.

En este trabajo he argumentado que del uso de su potestad dictaminante como foro de resolución de controversias puede ofrecer cuatro tipos de ventajas para los litigantes privados, de acuerdo a sus propias apreciaciones. Primero, puede representar una mezcla diferente de imparcialidad y experiencia a la de los tribunales. Si bien brinda un grado razonable de imparcialidad, también poseería una experiencia superior basada en su proximidad al proceso administrativo. La experiencia de la institución, sorprendentemente, parece facilitar un escrutinio más riguroso de la acción administrativa. De hecho, su expertise se menciona a menudo como una de las razones de la preferencia de los reclamantes por litigar en la Contraloría General. En segundo

<sup>93</sup> *Abufrut Limitada con Servicio Agrícola y Ganadero* (2015). Véase MANAUD 2015.

lugar, como institución de control, parece prometer un amparo legal a las partes agraviadas que de otro modo no tendrían acceso a justicia administrativa. Litigantes experimentados perciben a este órgano como un foro más barato, ya que no requiere la representación de un abogado. Sin embargo, para acceder a la Contraloría General, la capacidad de la parte agraviada para enmarcar el asunto en el lenguaje de la legalidad administrativa puede ser aún más importante. En tercer lugar, la institución también parece superior en términos de flexibilidad procesal. Su proceso de toma de decisiones es percibido como más rápido que el de los tribunales y, sobre todo, su proximidad a la Administración parece traducirse en un enfoque dialógico que se percibe como menos perturbador para las relaciones regulatorias en curso. Finalmente, los dictámenes de la Contraloría General parecen ser escuchados atentamente y en general seguidos por los reguladores. Si bien los problemas de cumplimiento no son desconocidos, al menos en algunos dominios regulatorios, la conciencia de los administradores sobre la jurisprudencia administrativa es mayor que su conocimiento de las sentencias judiciales. Sin embargo, los enfrentamientos con el Poder Judicial y los problemas de delimitación jurisdiccional han socavado recientemente la autoridad legal y la firmeza de los dictámenes de la Contraloría General.

### Bibliografía citada

- ALDEA MOSCOSO, Rodolfo (2003). Interés actual y declaración judicial en las nulidades de derecho público. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* (10), 25-34.
- ALEXANDER, Larry y SCHAUER, Frederick (1997). On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review* (110), 1359-1387.
- \_\_\_\_\_(2000). Defending Judicial Supremacy: A Reply. *Constitutional Commentary* (17), 455-482.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1989). Notas sobre los dictámenes de la Contraloría General de la República. *Jornadas de derecho público* (XX), 531-553.
- ASTORQUIZA ALTANER, Gastón (2012). A propósito de la Contraloría General de la República y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico. Criterios. En Contraloría General de la República [Coord.], *La Contraloría General de la República y el estado de derecho. 75 años de vida institucional (1927-2002)*, (193-215). Contraloría General de la República.
- AYLWIN AZÓCAR, Arturo (1990). Efectos de la reforma del art. 38, inciso 2°, de la Constitución Política sobre régimen de lo contencioso administrativo. *La reforma constitucional de 1989. Estudio Crítico* (13). 45-50.
- BARBER, Nicholas (2001). Prelude to the Separation of Powers. *The Cambridge Law Journal*, (60), 59-88.
- BELL, John (2006). Comparative Administrative Law. En Reimann, M. y R. Zimmermann, R. (Edits.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (1261-1285). Oxford, Oxford University Press).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011). *Derecho administrativo general*. Abeledo Perrot.
- BIRKINSHAW, Patrick (1994). *Grievances, Remedies, and the State*. Sweet & Maxwell, Londres.
- CANE, Peter (2008). Understanding Administrative Adjudication. En Pearson, Linda, Taggart, Michael y Harlow, Carol (Edits.), *Administrative law in a changing state: essays in honour of Mark Aronson* (273-299). Oxford, Hart Publishing.
- \_\_\_\_\_(2010). *Administrative Tribunals and Adjudication*. Hart Publishing, Oxford.
- \_\_\_\_\_(2011). *Administrative Law*. Oxford University Press, Oxford.
- CARMONA SANTANDER, Carlos (2005). El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003. En Ferrada, Juan Carlos (Edit.), *La justicia administrativa* (183-240). Lexis Nexis.

- COGLIANESE, Cary (1996). Litigating within Relationships: Disputes and Disturbance in the Regulatory Process. *Law & Society Review* (30), 735-766.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2005). La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo. En FERRADA, Juan Carlos (Edit.), *La justicia administrativa* (383-416). Lexis Nexis.
- CORDERO VEGA, Luis (2010). La jurisprudencia administrativa en perspectiva: Entre legislador positivo y juez activista. *Anuario de Derecho Público UDP* (N° 1), 165-188.
- \_\_\_\_\_ (2013). Nulidad y dictaminación de Contraloría. Nuevas formas de declaración de ilegalidad. Comentario a las sentencias del caso CMPC. *Anuario de Derecho Público UDP* (N° 4), 256-272.
- \_\_\_\_\_ (2016). De Marín a Pierry: veinte años de responsabilidad del Estado en la Corte Suprema. En FERRADA, Juan Carlos; BERMÚDEZ, Jorge y URRUTIA, Osvaldo (Edits.), *Doctrina y enseñanza del derecho administrativo chileno: estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau* (pp). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- COUSO, Javier y HILBINK, Lisa (2011). From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile. En HELMKE, Gretchen y RIOS-FIGUEROA, Julio (Edits.), *Courts in Latin America* (99-127). Cambridge University Press, Cambridge.
- DAVIS, Kenneth (1971). *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Louisiana State University Press, Louisiana.
- DE LA CRUZ MILLAR, Alicia (2019). Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción contenciosa administrativa?. Ediciones Der.
- ELLIOT, Mark (2013). Ombudsmen, Tribunals, Inquiries: Re-Fashioning Accountability Beyond the Courts. En BAMFORTH, Nicholas y LEYLAND, Peter (edits.), *Accountability in the Contemporary Constitution* (233-258). Oxford University Press, Oxford.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2010). Nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso administrativo: Una jurisprudencia interesante, pero inconsistente. *Anuario de Derecho Público UDP* (N° 1), 189-203.
- \_\_\_\_\_ (2019). La administración del Estado en una nueva Constitución. En VIERA ÁLVAREZ, Christian, BASSA MERCADO, Jaime y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (Edits). *La constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*. Lom.
- GELLHORN, Walter (1966a). *Ombudsmen and Others. Citizens Protectors in Nine Countries*. Harvard University Press, Cambridge.
- \_\_\_\_\_ (1966b). *When Americans Complain: Governmental Grievance Procedures*. Harvard University Press, Cambridge.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2019). *La interpretación administrativa en el derecho chileno*. Thomson Reuters.
- HALLIDAY, Simon (2000). The Influence of Judicial Review on Bureaucratic Decision-Making", *Public Law* (1), 110-122.
- \_\_\_\_\_ (2004). *Judicial Review and Compliance with Administrative Law*. Hart Publishing, Oxford.
- HARLOW, Carol y RAWLINGS, Richard (1997). *Law and Administration*. Butterworths, Londres.
- HALLIDAY, Simon y SCOTT, Colin (2010). Administrative Justice. En Cane, Peter y Kritzer, Herbert (Edits). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (469-488). Oxford University Press, Oxford.
- HERTOGH, Marc (2022). Administrative Justice and Empirical Legal Research. En HERTOGH, Marc; KIRKHAM, Richard; THOMAS, Robert y TOMLINSON, Joe (Edits). *The Oxford Handbook of Administrative Justice* (355-374). Oxford University Press, Oxford.
- HERTOGH, Marc (2001). Coercion, Cooperation, and Control: Understanding the Policy Impact of Administrative Courts and the Ombudsman in the Netherlands. *Law & Policy* (23), 47-67.
- HILBINK, Lisa (2007). *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*. Cambridge University Press, Cambridge.
- JOWELL, Jeffrey (1973). The Legal Control of Administrative Discretion. *Public Law* (18), 178-220.
- KING, Jeff (2012). *Judging Social Rights*. Cambridge University Press, Cambridge.

- \_\_\_\_\_(2015). Rights and the Rule of Law in Third Way Constitutionalism. *Constitutional Commentary* (30), 101-126.
- LATOUR, Bruno (2010). *The Making of Law: An Ethnography of the Conseil d'Etat*. Polity, Cambridge.
- LETÉLIER WARTENBERG, Raúl (2015). La Contraloría General de la República. En VIERA, Christian; BASSA, Jaime y FERRADA, Juan Carlos (Edits), *La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política* (285-314). Lom.
- MANAUD TAPIA, María Eugenia (2015). Comentario de jurisprudencia. Abufрут Limitada y otros con Servicio Agrícola y Ganadero y Fisco. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* (33), 177-206.
- PIERRY ARRAU, Pedro (2005). Concepto de acto administrativo en la ley de procedimiento administrativo. El reglamento. Dictámenes de la Contraloría General de la República”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* (13), 71-82.
- RAWLINGS, Richard (2008). Modelling Judicial Review. *Current Legal Problems* (61), 95-123.
- SENEVIRATNE, Mary (2002). *Ombudsmen: Public Services and Administrative Justice*. Butterworths, Londres.
- SILVA CIMMA, Enrique (1996). *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*. Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO-KLOSS, Eduardo (2012). La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República”. En *La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional 1927-1977* (181-206). Contraloría General de la República.
- UGGLA, Fredrik (2012). Through Pressure or Persuasion? Explaining Compliance with the Resolutions of the Bolivian Defensor Del Pueblo. En GOODMAN, Robert y PEGRAM, Tom (edits.), *Human rights, state compliance, and social change: assessing national human rights institutions* (270-294). Cambridge University Press, Cambridge.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2017). Reflexiones sobre las acciones en derecho administrativo”, en SCHOPF, Adrián y MARÍN, Juan Carlos (Edits.). *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (pp). Thomson Reuters.
- \_\_\_\_\_(2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- VANHALLA, Lisa (2016). Legal Mobilization under Neo-Corporatist Governance: Environmental NGOs before the Conseil d'Etat in France, 1975-2010. *Journal of Law and Courts* (4), 103-130.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2014). El nuevo paradigma de jurisdicción administrativa pluriforme e hiperespecializada: Crónica de una espera como la de godot. *Anuario de Derecho Público UDP* (Nº 5), 269-292.
- WEBLEY, Lisa (2012). Qualitative Approaches to Empirical Legal Research. En CANE, Peter y KRITZER, Herbert (Edits.). *The Oxford handbook of empirical legal research* (927-948). Oxford University Press, Oxford.
- WHITTINGTON, Keith (2002). Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Response. *North Carolina Law Review* (80), 773-851.

## Normas citadas

Decreto N° 607 de 2007 [Exento]. Fija tarifas por la inspección y certificación de productos forestales de exportación. 15 de diciembre de 2006. D.O. N° 38.710.

## Jurisprudencia citada

- Aserraderos Mininco SA con Servicio Agrícola y Ganadero* (2013): Corte Suprema, 30 enero 2013 (Rol N° 17-2013). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Abufрут Limitada con Servicio Agrícola y Ganadero* (2015): Corte Suprema, 28 mayo 2015 (Rol N° 21920-2014). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 40.235, de 28 de agosto de 2006.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 18.390, de 25 de abril de 2007.

## Anexo

Entrevista N° # 1	12.09.2014	Abogado del Consejo de Defensa del Estado
Entrevista N° # 2	20.09.2014	Abogado
Entrevista N° # 3	18-19.04.2015	Ministro de Corte
Entrevista N° # 4	2.05.2015	Abogada
Entrevista N° # 5	17.05.2015	Abogado
Entrevista N° # 6	20.10.2015	Activista
Entrevista N° # 7	21.10.2015	Abogado
Entrevista N° # 8	2.11.2015	Activista
Entrevista N° # 9	2.11.2015	Abogado
Entrevista N° # 10	4.11.2015	Abogado
Entrevista N° # 11	9.11.2015	Abogado
Entrevista N° # 12	10.11.2015	Abogado
Entrevista N° # 13	11.11.2015	Abogado
Entrevista N° # 14	16 11 2015	Abogada
Entrevista N° # 15	17.11.2015	Abogado
Entrevista N° # 16	18.11.2015	Abogado
Entrevista N° # 17	20.11 2015	Activista
Entrevista N° # 18	13-18.04.2016	Abogado
Entrevista N° # 19	24.04.2016	Abogado
Entrevista N° # 20	25.04.2016	Abogado
Entrevista N° # 21	02.05.2016	Abogado
Entrevista N° # 22	06.05.2016	Abogado
Entrevista N° # 23	17.05.2016	Abogado
Entrevista N° # 24	19.05.2016	Abogado
Entrevista N° # 25	25.05.2016	Abogada

# El poder reglamentario de las autoridades sectoriales de regulación francesas: vocación de la función regulatoria

The regulatory power of the french sectoral regulatory authorities: vocation of the regulatory function

José Sebastián Kurlat Aimar<sup>1</sup>

La apertura a la competencia de las distintas actividades denominadas sectoriales impuso en Francia la necesidad de recurrir a la categoría de las autoridades administrativas independientes encargadas de la regulación de los diferentes sectores. Ahora bien, este tipo de Estado "policéntrico" desempeña un rol en la producción normativa. No se trata de otra cosa que del poder reglamentario. A lo largo de este trabajo nos interrogamos sobre las principales aristas que presenta el ejercicio de esta competencia normativa por parte de los entes reguladores en el ordenamiento jurídico galo.

**Palabras clave:** regulación; Francia; autoridades administrativas independientes; competencia normativa; poder reglamentario.

The opening to competition of the different so-called sectoral activities in France imposed the need to resort to the category of independent administrative authorities in charge of regulating different sectors. Now, this type of "polycentric" state plays a role within the normative production. It is not about anything but the regulatory power. Throughout this work we wonder about the main edges presented by the exercise of this normative competence by the regulatory entities in the Gallic legal system.

**Keywords:** regulation, France, independent administrative authorities, normative competence, regulatory power.

RESUMEN / ABSTRACT

<sup>1</sup> Doctor en Derecho (Universidades de Buenos Aires y Paris 1 Panthéon-Sorbonne). Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET, Argentina). Miembro de la Asociación Francesa para la Investigación en Derecho Administrativo y del Grupo de Investigación Colaborativa Sobre Contratos Públicos en la Globalización Jurídica (Sciences Po, París). Correo electrónico: sebastiankurlat@gmail.com Dirección postal: Thames 2484, 1° A, CP. 1425 -, Buenos Aires, Argentina.

Artículo recibido el 14 de diciembre de 2022 y aceptado el 7 de junio de 2023.

## Introducción

Jean Marc Sauvé, Vicepresidente del Consejo de Estado francés, no dudó en afirmar: “Es entonces a contramano de estas formas ‘espontáneas’ e ‘impuestas’ de normatividad que se desarrolló un ‘Estado regulador’”<sup>2</sup>. En efecto, la idea de un “Estado regulador” remite al modelo de Estado que sucedió al “Estado de bienestar” del que podemos constatar su abandono. Este último estuvo caracterizado por una intensa intervención pública en la economía. El nuevo rol del Estado es, por el contrario, asegurar el equilibrio económico a través de la imposición de las “reglas del juego”. Según Jacques Chevallier, el “Estado regulador” puede ser entendido como “árbitro económico” y como “expresión de un nuevo modelo estatal”<sup>3</sup>.

De esta manera, la regulación es ejercida por un tercero que no participa en las actividades reguladas. Ella no implica un abandono absoluto de toda intervención estatal: la regulación se aplica en campos en los que el equilibrio económico no puede lograrse por las solas fuerzas del mercado. La función regulatoria requiere, en efecto, cierta presencia pública en la economía destinada a imponer y hacer respetar ciertas reglas a los operadores de manera permanente y dinámica. La misma requiere la indispensable exterioridad del regulador con respecto a los operadores: la regulación necesita y es posible gracias a esta exterioridad. El campo de acción del regulador se inscribe, pues, en una lógica de acción intermedia; entre la filosofía del *laissez-faire*, que concibe el mercado como garante único del equilibrio económico deseado, y la doctrina intervencionista, que reclama una prestación directa de los servicios públicos por las personas públicas. Las autoridades de regulación fueron así erigidas porque la capacidad y la experticia de las estructuras administrativas clásicas para responder a estas necesidades fueron cuestionadas.

Es, así, la búsqueda del equilibrio en el funcionamiento del sistema económico la característica de la actividad de los entes reguladores. Ahora bien, la institución de las autoridades regulatorias diversificó los “hogares del derecho”, yendo contra la concepción jurídica clásica que veía en el Estado central la única fuente de normatividad. Según Jacques Chevallier, hemos asistido a la emergencia de una Administración de tipo “policéntrica” debido a una fragmentación y a una horizontalización de las estructuras administrativas<sup>4</sup>. Visualizamos entonces la multiplicación de centros de producción normativa y, sobre uno de estos centros, nos ocuparemos en este trabajo.

De esta forma, la creación de las autoridades de regulación independientes francesas se enmarca, pues, en un fenómeno de autonomización

<sup>2</sup> Coloquio organizado por la Asociación de Consejos de Estado y de jurisdicciones administrativas supremas de la Unión Europea (ACA-Europe), “Le droit de la régulation économique” [“El derecho de la regulación económica”], 16 de junio de 2014, apertura del coloquio de Jean-Marc Sauvé, disponible en <http://www.conseilletat.fr>

<sup>3</sup> CHEVALLIER, 2006, 30.

<sup>4</sup> CHEVALLIER, 1998, 43.

del derecho. Su estructura, extraña a una relación jerárquica o de tutela con la Administración central, responde a la exigencia de instancias neutras, no solamente de cara al sector objeto de control sino también del resto del aparato administrativo. Lo que se exige al Estado en tal contexto es establecer reglas del juego claras para un funcionamiento óptimo del mercado. Nicole Decoopman define esta transferencia de competencias estatales hacia las autoridades de regulación como una forma de desreglamentación que marca el desentendimiento del Estado central y una evolución hacia mecanismos más indirectos de intervención pública<sup>5</sup>.

Como en todos los sistemas jurídicos occidentales, el derecho francés abandonó ciertas huellas características de la modernidad y ha avanzado hacia la llamada posmodernidad. La crisis del dirigismo económico se acompañó de un cuestionamiento de la prestación directa de los servicios públicos sectoriales, percibida como un obstáculo al dinamismo, y dio nacimiento a una nueva concepción de la potestad pública como tercero regulador en sectores en los que la compraventa del bien o servicio fue liberalizada. En efecto, durante el período moderno, el Estado central era concebido como la fuente exclusiva del derecho. Este monopolio de la producción jurídica fue cuestionado en la posmodernidad. En el terreno específico de la regulación, podemos constatar la existencia de ciertas competencias reglamentarias, materialmente normativas, ejercidas por las autoridades sectoriales. ¿De qué manera operó la permeabilidad del poder reglamentario de las autoridades de regulación en el derecho francés? Esta tarea normativa es ejercida por autoridades administrativas independientes (A.A.I.) que ejercen tal poder reglamentario, siendo éste una de las vocaciones primeras del orden jurídico regulatorio y siendo tales competencias normativas una nueva función asumida por las potestades públicas.

Los términos que utilizaremos, entonces, son los de regulación, autoridad de regulación y competencia reglamentaria. En cuanto a la regulación en sí misma, bajo un prisma funcional, podemos afirmar, con Romain Rambaud, que:

“[...] resulta de la coevolución entre la economía neoinstitucional y el derecho de la regulación que el concepto jurídico de regulación se analiza como la instauración de un equilibrio entre la búsqueda de la eficacia económica y la ejecución de políticas públicas. Así definido, el concepto se presenta novedoso y específico y da nacimiento a una institución jurídica que se distingue de las instituciones jurídicas clásicas del derecho administrativo, la policía y el servicio público, haciendo de la regulación un tercer tipo de función administrativa”<sup>6</sup>.

En lo tocante a la noción de autoridad de regulación, seguiremos las enseñanzas de Gérard Marcou cuando decía:

---

<sup>5</sup> DECOOPMAN, 1998, 249.

<sup>6</sup> RAMBAUD, 2011, 459.

“[...] no existe en ninguna parte una noción jurídica de autoridad de regulación [...] La comodidad de la expresión, para designar una autoridad especial dotada de poderes correlativos a la función de regulación, no nos debe hacer olvidar su ausencia de contenido jurídico. Ella no existe como categoría jurídica en ningún país y, en todos los países, las autoridades de regulación pertenecen a otras categorías jurídicas preexistentes, incluso a categorías deferentes según los sectores. [...] la función de regulación nunca puede confundirse con una institución exclusivamente”<sup>7</sup>.

La categoría jurídico-administrativa que ya se encontraba presente en Francia, con anterioridad al desarrollo del derecho regulatorio, es la de las autoridades administrativas independientes. Es este tipo de estructuras las que brindaron respuesta al momento de erigir los entes reguladores franceses.

Finalmente, la noción de competencia reglamentaria de la que nos serviremos es la que se brinda habitualmente los manuales franceses como uno de los modos de intervención de la Administración consistente en modificar unilateralmente el ordenamiento jurídico mediante el dictado de normas generales e impersonales coercitivas<sup>8</sup>.

Para terminar de contextualizar el trabajo, digamos que el Derecho francés presenta la particularidad de ser el ordenamiento jurídico en el que emergió la noción de servicio público<sup>9</sup> irradiando su presencia hacia los sistemas de derecho continental europeo<sup>10</sup>. Ahora bien, la evolución a la que se ha arribado, en la actualidad, en los sectores ferroviarios, energético, de correos y telecomunicaciones, es la del establecimiento de competencia de mercado entre los operadores que ofrecen el bien o servicio, práctica que se sirve para ello de una infraestructura esencial<sup>11</sup>.

El interés del estudio, desde un punto de vista comparativo, consiste en el análisis de un sistema, a saber, el poder reglamentario de las autoridades de regulación de servicios públicos en red francesas. Podemos, en este punto, seguir las enseñanzas de Marie-Claire Ponthoreau a propósito de la doble función del comparatismo. En efecto, es posible asimilar el método comparativo a una función heurística, desarrollada en el contexto del descubrimiento, y una función probatoria en el contexto de la justificación, permitiendo vislumbrar la validez de la solución jurídica adoptada en Francia<sup>12</sup>, teniendo siempre presente que una de las precondiciones para la comprensión del derecho comparado es el conocimiento de los derechos extranjeros.

<sup>7</sup> MARCOU, 2006, 351-352.

<sup>8</sup> FAURE, 1998, 547.

<sup>9</sup> MELLERAY, 2001, 1887.

<sup>10</sup> RIVERO, 1980, 476.

<sup>11</sup> FRISON-ROCHE, 1995, 848.

<sup>12</sup> PONTTHOREAU, 2005, 54.

El perímetro escogido es el derecho francés vivo, el así llamado derecho positivo vigente. No abriremos el análisis a consideraciones comparatistas, ni siquiera a las propias de tal o cual ordenamiento extranjero. Nos limitaremos al poder reglamentario de las A.A.I. para responder a la pregunta de saber quiénes ejercen tal competencia en los llamados servicios públicos en red. Asimismo, nos preguntaremos cuáles son las atribuciones competenciales que el orden jurídico francés otorga en el marco de esa masa de atribuciones reglamentarias. El acercamiento propuesto es el necesario para que el lector no necesariamente familiarizado con el derecho galo comprenda cómo emergió ese poder normativo, quién lo detenta, cómo se ejerce el mismo en el campo de la regulación sectorial y cuáles son sus implicancias contenciosas.

Ahora bien, la idea misma de regulación suele asociarse a la producción normativa. La problemática planteada es entonces cómo las autoridades administrativas independientes mencionadas (1) ejercen una competencia reglamentaria (2).

## 1. El quién: las autoridades administrativas independientes

El estudio de la emergencia de la institución de la categoría de las autoridades administrativas independientes (A.A.I.) (a) debe acompañarse por un examen de las razones que justificaron el recurso a tal mecanismo institucional (b) para alcanzar finalmente la consolidación definitiva de este tipo de estructuras administrativas en el campo de los servicios públicos en red (c).

### a) El nacimiento de las autoridades administrativas independientes en Francia

Como lo recuerda Catherine Teitgen-Colly, tomando un análisis de François Gazier e Yves Cannac, es posible dividir la historia de las A.A.I. en tres períodos: el primero se extiende por más de treinta años, 1941 a 1972, y comienza con la institución de la Comisión de Control de Bancos (CCB) a quien podemos considerar como ancestro de las A.A.I., incluso cuando no tenga aún el nombre. El segundo período corre de 1973 a 1978 y está marcado por la generalización de la fórmula. En fin, el tercer período, con un eclipse de cuatro años, comienza en 1982. Podemos, sin embargo, constatar que la creación de las A.A.I. no tendrá lugar verdaderamente sino en los años 1970', justificada por las necesidades crecientes de regulación de ciertos campos de la vida social<sup>13</sup>.

Más precisamente, el nacimiento de la noción de autoridad administrativa independiente tal y como la conocemos hoy en día data de 1978, fecha en la que el legislador utiliza por primera vez esta expresión para así calificar a la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades (CNIL). Deberemos esperar hasta 1984 para que la denominación de A.A.I. reaparezca en una decisión del Consejo Constitucional que calificó como tal a la Alta Autoridad

<sup>13</sup> TEITGEN-COLLY, 1988, 26.

de la Comunicación Audiovisual<sup>14</sup>. El legislador se servirá seguidamente de esta categoría jurídica en numerosas ocasiones<sup>15</sup>. Sin embargo, estas calificaciones legislativas o *cuasi* legislativas no deben conducirnos a descuidar las calificaciones operadas por el juez administrativo: “[...] conocemos, por el contrario, la toma de partido evidente efectuada por el Consejo de Estado en la extensión de la categoría, por intermedio de sus formaciones contenciosas, sobre la base del fallo ‘Retail’”<sup>16</sup>, y por intermedio de sus formaciones consultivas. Desde 1983, el estudio consagrado a esta cuestión no contaba menos de diecisiete personas y órganos colegiados reagrupados bajo la categoría de autoridades administrativas independientes<sup>17</sup>.

Durante los años 1990’ y 2000’, una cantidad importante de este tipo de autoridades fue instituida en varios campos<sup>18</sup>. Es interesante notar que la nueva generación de autoridades administrativas independientes se caracteriza en ocasiones por poseer personería jurídica distinta a la del Estado<sup>19</sup> lo que hace presumir que ello refuerza la independencia de estos órganos<sup>20</sup>. Calificadas de autoridades públicas independientes (A.P.I.), las mismas se dis-

<sup>14</sup> C.C., déc. N° 84-173 DC del 26 de julio de 1984, “*Loi relative à l’exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*”, rec. p. 63, cons. N° 5.

<sup>15</sup> Allí ubicó el legislador a la Comisión para la Transparencia y el Pluralismo de la Prensa (artículo 8, Ley N° 84-937 del 23 de octubre de 1984). La Comisión de la Competencia (artículo 6 de la Ley N° 85-1408 del 30 de diciembre de 1985) y la Comisión Nacional de la Comunicación y de las Libertades (artículo 1°, Ley N° 86-107 del 30 de septiembre de 1986) reutilizarán la fórmula. Asimismo, el Consejo Superior del Audiovisual recibió la calificación de “autoridad independiente”, lo mismo que el Mediador de la República. La Comisión Nacional de Control de Intercepciones de Seguridad (CNCIS) fue, por su parte, calificada de A.A.I. por el artículo 13 de la Ley N° 91-646 del 10 de julio de 1991 relativa al secreto de las correspondencias emitidas por vía de telecomunicaciones. Por otra parte, la Ley N° 96-597 del 2 de julio de 1996, que modifica la Ordenanza N° 67-833 del 28 de septiembre de 1967, otorga esa denominación a la Comisión de Operaciones Bursátiles.

<sup>16</sup> C.E., As., 10 de julio de 1981, RDP, 1981, p. 1687, nota de J. M. Aubry; D., 1981, p. 622, nota de Y. GAUDEMET. V. DECOOPMAN, 1993, 212-213.

<sup>17</sup> AUTIN, 1988, 1216.

<sup>18</sup> El artículo 14 de la Ley N° 99-223 del 23 de marzo de 1999 relativa a la protección de salud de los deportistas y a la lucha contra el doping creó el Consejo de Prevención y Lucha contra el Doping (CPLD) en calidad de A.A.I.; la Autoridad de Control de Emisiones Sonoras Aeroportuarias, instituida por la Ley N° 99-588, fue también calificada de A.A.I. por el artículo L. 227-1 del Código de la Aviación Civil. La misma denominación se aplicó a la Comisión Nacional de Deontología de la Seguridad, creada por la Ley N° 2000-494 del 6 de junio de 2000, precisando que la misma ejerce la función de mediación social en el campo de la seguridad. El artículo 1ro de la Ley N° 2000-196 del 6 de marzo de 2000 instituye una nueva A.A.I.: el Defensor de Menores, órgano encargado de promover y defender los derechos de los menores. Extrayendo las consecuencias de la apertura a la competencia de los sectores monopolísticos, el artículo 36 del Código de Correos y Telecomunicaciones, en los términos de la Ley N° 96-659 del 26 de julio de 1996 creó la Autoridad de Regulación de Telecomunicaciones. Los artículos 28 y ss. de la Ley N° 2000-108 del 10 de febrero de 2000 instituyeron, por su parte, una Comisión de Regulación de la Electricidad devenida Comisión de Regulación de la Energía (CRE).

<sup>19</sup> LOMBARD, 2005, 128.

<sup>20</sup> HERVIEU, 2010, 19.

tinguen de las A.A.I. tradicionales por su personería propia pero también por su autonomía financiera<sup>21</sup>.

Las dos primeras A.P.I. creadas fueron la Autoridad de Mercados Financieros y la Comisión de Control de Seguros, Mutuales e Instituciones Previsionales<sup>22</sup>. El cuadro recapitulativo de las A.A.I., según el trabajo de Gérard Notté, presenta treinta y nueve (39) órganos: tres calificados de A.A.I. por ordenanza; veinte por la ley; uno por el Consejo Constitucional y quince considerados A.A.I. en los estudios del Consejo de Estado<sup>23</sup>. Según la clasificación propuesta por Serge Salon y Jean-Charles Savignac, podemos distinguir A.A.I. por determinación de la ley o la jurisprudencia y las autoridades “inominadas” calificadas como tales por la doctrina en función de sus características específicas<sup>24</sup>.

Los textos estableciendo las A.A.I. precisan las misiones diversas que les son asignadas: controlar la veracidad y la calidad de cierta información; garantizar el buen funcionamiento del mercado; asegurar el respeto de ciertas libertades, derechos y procedimientos; tender al cumplimiento de una función en un sector de la vida nacional; garantizar la protección de un sector o de una categoría de cocontratante<sup>25</sup>. Estas autoridades disponen de competencias consultivas, de interpretación de la reglamentación, de emisión de opiniones y de recomendaciones, de resolución de diferendos y de imposición de sanciones. Disponen asimismo de un poder reglamentario y sobre ello nos ocuparemos largamente. Asimismo, conducen audiencias públicas, efectúan transacciones, mediaciones y otorgan homologaciones de procedi-

<sup>21</sup> ISRAEL (dir.), 2000, 49-50.

<sup>22</sup> TRAORÉ, 2004, 16; DEGOFFE, 2008, 622.

<sup>23</sup> JCP E 2006, 1985.

<sup>24</sup> SALON y SAVIGNAC, 2002, 103. A estas entidades conviene agregar el Mediador Nacional de la Energía, creado por el artículo 7 de la Ley N° 2006-1537 del 7 de diciembre de 2006; la Comisión Nacional Consultiva de los Derechos Humanos (CNCDH) que ejerce su función en total independencia, conforme al artículo 1° de la Ley N° 2007-292 del 5 de marzo de 2007; el Controlador General de Lugares de Privación de la Libertad, calificado de autoridad independiente por el artículo 1° de la Ley N° 2007-1545 del 30 de octubre de 2007; la Autoridad de Regulación de Actividades Ferroviarias, calificada de A.P.I. según el artículo 11 de la Ley N° 2009-1503 del 8 de diciembre de 2009; la Alta Autoridad para la Difusión de Obras y la Protección de Derechos en Internet, calificada de A.P.I. por el artículo 5 de la Ley N° 2009-669 del 12 de junio de 2009; la Autoridad de Regulación de Juegos en Línea (ARJEL), denominada A.A.I. por el artículo 34-I de la Ley N° 2010-476 del 12 de mayo de 2010 y la Autoridad de Normas Contables, creada por la Ordenanza N° 2009-79 del 22 de enero de 2009. En cuanto a la Comisión de Clausulas Abusivas, la misma no se encuentra situada en ninguna de las categorías mencionadas, tanto por el silencio del legislador como por el del Consejo de Estado. Sin embargo, su organización y funcionamiento son muy próximos a los de las A.A.I. Asimismo, la Comisión de Examen de las Prácticas Comerciales fue excluida de la categoría de las A.A.I. pero su composición, sus competencias y su misión de regulación apuntando a asegurar el equilibrio de las relaciones comerciales la acercan a las A.A.I.

<sup>25</sup> V. *Rapport d'information rédigé au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les A.A.I.*, As. Nac., 2010, 120, disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr>.

mientos verbales. Estas autoridades pueden también preparar textos legislativos y proponer modificaciones de leyes<sup>26</sup>.

Sin embargo, un elemento muestra que las autoridades administrativas independientes no se distinguen tan claramente de las estructuras clásicas de la Administración. En efecto, el presupuesto se encuentra frecuentemente ligado a una autoridad ministerial, cuando la autoridad no dispone de recursos propios; es la regla general. Esto significa que el ministro competente en el campo concernido hace figurar en su presupuesto una línea, o varias líneas, autorizando las partidas respectivas a la autoridad concernida. Una parte de la doctrina ve en esta característica un elemento susceptible de debilitar la independencia de estos órganos:

“[...] sea por las reticencias a presentar proyectos de presupuesto permitiendo a las autoridades afrontar sus misiones o a aumentar el número de empleados presupuestarios, sea por admisión del vínculo y puesta en misión a funcionarios del Estado, los ministerios no carecen de armas para limitar las ambiciones y la influencia de las autoridades independientes<sup>27</sup>.

No obstante, varios elementos demuestran una preocupación por reforzar la independencia financiera de estos organismos. Así, visualizamos en ocasiones la ausencia, en ciertos casos, de control financiero *a priori* del Ministerio de Economía y Finanzas, con la excepción de emplear funcionarios titulares para ocupar sus empleos permanentes del Estado<sup>28</sup> o, incluso, el reconocimiento para ciertas A.A.I., como el Consejo Superior del Audiovisual o la Comisión de Regulación de la Energía (de ahora en más CRE)<sup>29</sup>, de una competencia para proponer directamente su presupuesto. A su turno, la remuneración por sus servicios propios puede tener lugar<sup>30</sup>.

La existencia de las A.A.I. en el seno de la estructura estatal puede conducirnos a observar un nuevo modelo de Administración de tipo “poli-céntrico” caracterizado por la emergencia de varios centros de decisión. Esta aproximación debe, sin embargo, matizarse: la posibilidad que se reconoce a ciertas A.A.I. para dictar reglas y tomar decisiones sigue estando dominada por una concepción clásica de la Administración<sup>31</sup>. Otra característica que asemeja las A.A.I. a una visión tradicional del Estado es el modo de nombramiento de sus miembros, comparable a los del Consejo Constitucional en la medida en que intervienen los mismos órganos: el Presidente de la Repú-

<sup>26</sup> HANNOUN, 2002, 11.

<sup>27</sup> GENTOT, 1994, 63.

<sup>28</sup> Art. 1º, 4º de la Ley Nº 83-481 del 11 de junio de 1983.

<sup>29</sup> Art. 7 de la Ley Nº 86-1067 del 30 de septiembre de 1986 (CSA); art. L133-5 del Código de la Energía (CRE).

<sup>30</sup> C.E., 21 de noviembre de 1958, “*Syndicat national des transporteurs aériens*”, rec. Leb., p. 547. V. art. L.2132-12 del Código de los Transportes (ARAF); art. L133 del Código de los Correos y las Comunicaciones Electrónicas (ARCEP).

<sup>31</sup> HUBAC y PISIER, *cit.*, 130.

blica, los presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado y el Gobierno. También participan en el proceso de nombramiento los miembros de los grandes cuerpos del Estado y de las jurisdicciones judiciales y administrativas<sup>32</sup>. Asimismo, las decisiones de nombramiento y de revocación del Presidente y de los miembros del Colegio dictadas por una autoridad administrativa independiente son susceptibles de recurso ante el juez administrativo<sup>33</sup>.

Para algunos comentaristas, esta nominación por los poderes públicos y no por una instancia profesional constituye una garantía de independencia de cara al sector. Además, la duración de sus mandatos es particularmente larga en comparación con la de los cargos políticos o de las funciones administrativas y el juez administrativo consideró que los mandatos de las A.A.I. podían ser prolongados más allá de la edad límite aplicable a los funcionarios<sup>34</sup>. El estatus de los miembros de las A.A.I. se caracteriza, como regla, por la irrevocabilidad del mandato, un régimen de incompatibilidad, el carácter no renovable del mandato en ciertas A.A.I. y una composición colegiada para favorecer la deliberación de las decisiones.

La institucionalización de este tipo de estructura administrativa obedeció a diversos fundamentos.

b) Los fundamentos de la institución de las autoridades administrativas independientes

Las A.A.I. nacieron en un contexto de “[...] desconfianza hacia el poder político y al poder administrativo”<sup>35</sup>. Una de las principales razones de la institución de estas autoridades reside en la voluntad de ofrecer a la opinión pública una garantía de imparcialidad en las intervenciones del Estado. Es de destacar que para aceptar a las A.A.I., dentro de un modelo eminentemente vertical de Administración al servicio de la política, la doctrina gala ha utilizado la noción de “*domaines sensibles*” [terrenos sensibles], esto es, sectores cuya calificación las coloca en un lugar de tercero frente a las instituciones políticas<sup>36</sup>. Desde el primer estudio que intentó teorizarlas, el acento se puso en su necesaria independencia, que se manifiesta por la ausencia de vínculo jerárquico y de tutela<sup>37</sup>. Estas nuevas autoridades se desprenden del marco administrativo tradicional francés marcado por la subordinación al poder central, huella del Antiguo Régimen, confirmada por la Revolución y codificada por Napoleón. Así:

“[...] su razón de ser es su ambivalencia: órgano de potestad pública representado al Estado y concebidas para escapar a la lógica política y

<sup>32</sup> DECOOPMAN (dir.), *cit.*, 62-64.

<sup>33</sup> C.E., 16 de marzo de 2001, “*Société coopérative Greenpeace Energy EG*”, rec. Leb., p. 134.

<sup>34</sup> C.E., Ass, 7 de julio de 1989, “*Ordonneau*”, rec. Leb., p. 161.

<sup>35</sup> Cf. C.E., 2001, 275.

<sup>36</sup> CARANTA, 2004, 72-77.

<sup>37</sup> SABOURIN, 1983, 283.

administrativa clásica. Instancia de regulación al mismo tiempo en el Estado y por fuera de cierto tipo de Estado. Fenómeno de autolimitación del poder y de alejamiento del mismo casi irreversible<sup>38</sup>.

La independencia de cara a los grupos de interés se asegura por la inserción de estos órganos en cierto marco estatal. No obstante, la independencia es una condición esencial para una regulación económica efectiva. Ciertamente, las autoridades deben poder luchar contra las eventuales tentativas de "captura" por los actores del sector regulado, sea un operador o grupo de interés<sup>39</sup>.

El Consejo Constitucional precisó a este respecto que el legislador puede crear órganos independientes si sus actos son susceptibles de control jurisdiccional<sup>40</sup> y sus poderes claramente definidos por la ley<sup>41</sup>. Con ello, la alta jurisdicción constitucional considera a las A.A.I. en calidad de componentes de la Administración. Encontramos así hoy en Francia dos formas de administración: por un lado, la Administración clásica sujeta al Poder Ejecutivo; por el otro, una nueva Administración que participa en las actividades estatales pero sujeta esencialmente al control del juez<sup>42</sup>. Corolario de lo dicho son las decisiones del Consejo Constitucional emitiendo jurisprudencia a favor de la constitucionalidad de este tipo de estructuras administrativas<sup>43</sup>. El Alto Consejo declaró, incluso, que las disposiciones de los artículos 13 y 21 de la Constitución permitían al legislador confiar a una autoridad diferente a la del Primer Ministro la tarea de fijar las normas relativas a la puesta en marcha, en cuanto a su campo de aplicación y contenido, a las disposiciones legislativas<sup>44</sup>.

Conforme a su denominación, estos órganos producen decisiones revestidas de "autoridad"<sup>45</sup>. Así, el Consejo de Estado, por ejemplo, decidió consultar el Consejo de la Competencia con carácter previo a su decisión de fondo<sup>46</sup>. Incluso si el órgano que solicita el dictamen tiene siempre la facul-

<sup>38</sup> COHEN-TANUGI, 1988, 58.

<sup>39</sup> DU MARAIS, 2004, 518.

<sup>40</sup> C.C., déc. N° 86-217 DC del 18 de septiembre de 1986, "*Loi relative à la liberté de communication*".

<sup>41</sup> C.C., déc. N° 86-224, del 23 de enero de 1987, "*Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*", rec. p. 8, cons. N° 15.

<sup>42</sup> COLLET, 2002, 296-302.

<sup>43</sup> C.C., déc. N° 88-248 DC del 17 de enero de 1989, "*Loi modifiant la loi N° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*", rec. p. 18, cons. N° 27 y 30; C.C., déc. N° 86-217 DC del 18 de septiembre de 1986, "*Loi relative à la liberté de communication*", rec. p. 141, cons. N° 96; C.C., déc. N° 91-304 DC del 15 de enero de 1992, "*Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi N° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*", rec. p. 18, cons. N° 15.

<sup>44</sup> C.C., déc. N° 84-173 DC del 26 de julio de 1984, precitada, cons. N° 6.

<sup>45</sup> CHAPUS, 1988, 225.

<sup>46</sup> C.E., 20 de julio de 2005, "*Société Fiduciale Informatique et Fiduciale Expertise*", cons. N° 7.

tad de seguirlo<sup>47</sup> o de alejarse de él<sup>48</sup>, las decisiones de las autoridades de regulación no carecen totalmente de influencia. Así, por ejemplo, la Corte de Casación admitió que una Corte de Apelación –tribunal jerárquicamente inferior en grado de apelación– siguiese las recomendaciones de la Comisión de Cláusulas Abusivas<sup>49</sup>.

Dicho lo anterior, las autoridades administrativas independientes no ejercen un rol puramente consultivo o de influencia, por el contrario, sus decisiones implican la existencia de prerrogativas de potestad pública. El Consejo de Estado consideró que: “[...] *poco importa [...] que las autoridades administrativas independientes no dicten todas y exclusivamente decisiones ejecutorias a partir de que su poder de influencia y de persuasión, cuando no de ‘implicación’ arribe al mismo resultado*”<sup>50</sup>. Tal es el caso de las A.A.I. desprovistas de poder reglamentario como el Comité Nacional de Evaluaciones de los Establecimientos Públicos de Carácter Científico, Cultural y Profesional<sup>51</sup>, la Comisión Nacional de Control de las Intercepciones de Seguridad<sup>52</sup> o la Comisión del Secreto de la Defensa Nacional<sup>53</sup>.

Por otra parte, el principio del unilateralismo permite al regulador tomar decisiones solo, lo que no excluye las consultas ni las negociaciones. A fin de cuentas, dar a las normas regulatorias una doble fuente provocaría un conflicto al momento de adoptarlas<sup>54</sup>. Los actos de las A.A.I. que no poseen carácter de decisión entran en la categoría de los “actos administrativos informales”, para retomar la expresión de Yves Gaudemet<sup>55</sup>, *i.e.* dictámenes, sugerencias, recomendaciones, informaciones, modelos, propuestas, cartas, *vade-mecums*<sup>56</sup>.

Las A.A.I. siguen siendo órganos administrativos. Tal es la calificación otorgada por el Consejo Constitucional al antiguo Consejo de la Competencia y al Consejo Superior del Audiovisual<sup>57</sup>. Esta naturaleza administrativa significa que ellas actúan a nombre del Estado y comprometen su responsabilidad<sup>58</sup>. En este punto, conviene distinguir las autoridades administrativas independientes de las autoridades públicas independientes, es decir y como

<sup>47</sup> C.E., Secc. 26 de marzo de 1999, “*Société EDA et autres*”, cons. N° 4; C.E., 29 de julio de 2002, “*Société CEGEDIM*”, cons. N° 5.

<sup>48</sup> C.E., 16 de junio de 2004, “*Mutuelle générale des services publics et autres*”, cons. N° 3.

<sup>49</sup> C. Cas., 1<sup>ra</sup> civ., 10 de febrero de 1998, “*SA Saint-Louis Union Académie c/ Mme Bonjour*”, mot.N° 5.

<sup>50</sup> Cf. C.E., *Rapport public 2001. Les autorités administratives indépendantes*, cit., p. 290.

<sup>51</sup> Art. 27, Ley N° 89-486 del 10 de julio de 1989.

<sup>52</sup> Art. 13, Ley N° 91-646 del 10 de julio de 1991.

<sup>53</sup> Art. 1° de la Ley N° 98-567 del 8 de julio de 1998; artículo L. 2312-1 del Código de la Defensa.

<sup>54</sup> FRISON-ROCHE, 2005, 3-4.

<sup>55</sup> GAUDEMET, 2001, 642.

<sup>56</sup> TANSUG, 2009, 366.

<sup>57</sup> C.C. déc. N° 86-217 DC del 19 de septiembre de 1986 cons. N° 58; C.C., déc. N° 88-248 DC del 17 de enero de 1989, cons. N° 15.

<sup>58</sup> BLANCHET, 1997, 94-99.

hemos manifestado, las que poseen personería jurídica. Estas últimas se distancian en este aspecto del Estado y comprometen su propia responsabilidad<sup>59</sup>. El cuestionamiento de sus actos debería normalmente efectuarse ante el juez administrativo. Sin embargo, el legislador confió en ocasiones su contencioso al juez judicial, lo que no excluye ciertos conflictos de competencia dado el modelo galo de dualidad de jurisdicción<sup>60</sup>.

Las A.A.I. son independientes, esto es, no reciben en principio órdenes ni instrucciones. Algunos límites a este margen de maniobra existen tales como la obligación de producir un informe anual de sus actividades y someterse, claro está, al control del juez (61). La elección de descartar la técnica de la descentralización y de no recurrir al estatus del establecimiento público al momento de crear este tipo de autoridades fue analizada por François Gazier e Yves Cannac:

“[...] el establecimiento público es una forma de organización apropiada cuando es posible reagrupar los intereses colectivos bien definidos alrededor de un patrimonio. Pero, cuando ese no es el caso, el recurso a la fórmula del establecimiento público se muestra largamente desprovisto de justificación. No es, entonces, sino un proceder desviado para sustraer tal o cual actividad del Estado a las reglas generales de la organización administrativa. [...] no puede sino desaconsejarse”<sup>62</sup>.

La posición del Consejo Constitucional puede resumirse de la manera siguiente: la Constitución no impone su existencia, pero tampoco la prohíbe<sup>63</sup>. Tratándose de la cuestión de su constitucionalización<sup>64</sup>, dos tipos de argumentos se oponen. Por un lado, una tesis desfavorable se funda en la constatación de que un buen número de estas autoridades son efímeras. Además, las atribuciones que les son conferidas implican a menudo un rol regulador *extra o pre* jurídico (dictan recomendaciones, observaciones, opiniones, etc.) que no convendría cristalizar en el mármol de la Constitución debido a su naturaleza flexible. Asimismo, en ciertas situaciones, las A.A.I. que tienen por finalidad la apertura a la competencia de ciertos sectores caracterizados por un monopolio tienen vocación a desaparecer<sup>65</sup>. Por otro lado, varios argumentos a favor de su constitucionalización fueron esgrimidos. A las A.A.I. se las considera particularmente como un medio eficaz de descartar la triple amenaza a su independencia: la del Poder Ejecutivo que puede elegir en ocasiones sus miembros, la del Poder Legislativo que determina las atribu-

<sup>59</sup> BRIAND-MELEDON, 2007, 353.

<sup>60</sup> MOULIN y BRUNET, 2007, 168.

<sup>61</sup> CHEVALLIER, 1986, 3254.

<sup>62</sup> GAZIER y CANNAC, 1983-1984, 27.

<sup>63</sup> C.C., déc. N° 86-217 DC del 18 de septiembre de 1986, AJDA, 1987, p. 102, nota P. Wachsmann.

<sup>64</sup> Art. 71-1 de la Constitución.

<sup>65</sup> CHEVALLIER, 1996, 936-937.

ciones presupuestarias anuales y, en fin, la del juez encargado del control a *posteriori* de su accionar<sup>66</sup>.

Finalmente, sea “[...] que se traduzca por una ‘legalización’ o por una ‘constitucionalización’ esta revalorización no puede sino amplificar el alcance de las garantías existentes, nada más”<sup>67</sup>. A pesar del hecho de que “[...] ninguna disposición prevé que la creación de la categoría de las autoridades administrativas independientes es atribución exclusiva del legislador”<sup>68</sup>, ciertas autoridades fueron calificadas de A.A.I. por la ley, incluso cuando el artículo 34 de la Constitución no le reserva esta competencia al legislador. De manera que, salvo en ciertas hipótesis<sup>69</sup>, no existe en principio ningún monopolio sobre su creación<sup>70</sup>.

Habiendo presentado los trazos principales de las autoridades administrativas independientes, nos concentraremos más específicamente en profundizar su consolidación en el campo de los servicios públicos en red.

c) La consolidación de las autoridades sectoriales en los llamados servicios públicos en red

La independencia de las autoridades de regulación constituye una verdadera necesidad. Ella no es únicamente el signo de una buena gestión pública sino también la garantía de la imparcialidad indispensable al cumplimiento del interés público<sup>71</sup>, sobre todo en sectores que implican intereses comerciales, políticos y estratégicos. Esta imparcialidad requiere independencia funcional, sin influencia política sobre su accionar.

Ahora bien, esta independencia se encuentra matizada en Francia en razón de la ausencia de poder reglamentario autónomo de las autoridades sectoriales: una homologación de sus actos reglamentarios es a veces necesaria para tornarlos oponibles a terceros<sup>72</sup>. Es así que el Ministro encargado de las comunicaciones electrónicas y correos homologa las decisiones de la Autoridad de Regulación de las Comunicaciones Electrónicas y de los Correos (de ahora en más ARCEP) tomadas en aplicación del artículo L. 36-6 del Código de los Correos y de las Comunicaciones Electrónicas<sup>73</sup>. Asimismo, en el sector ferroviario, el artículo L. 2131-7 del Código de los Transportes impone una homologación del Ministro encargado de los transportes para las decisiones de la autoridad sectorial. Esta competencia permite al Ministro aceptar o anular una decisión de la autoridad no pudiendo modificarla<sup>74</sup>.

<sup>66</sup> AUTIN, 1988, 337-338.

<sup>67</sup> Cf. MANSON, 1995, 463.

<sup>68</sup> Cf. SABOURIN, *cit.*, 98.

<sup>69</sup> Por ejemplo, si la autoridad posee un poder de sanción en los términos del art. 8 de la CEDH.

<sup>70</sup> ICARD, 1991, 29-30.

<sup>71</sup> FRISON-ROCHE, 2006, 69; ROSANVALLON, 2008, *passim*.

<sup>72</sup> LASSERRE, 1997, 224.

<sup>73</sup> Art. L. 36-6 *in fine* del Código de Correos y Comunicaciones Electrónicas.

<sup>74</sup> MAISL, 1996, 672.

Se ha dicho que, para el Presidente de la ARCEP esta regla no restringe “[...] la independencia que reposa fundamentalmente en la existencia, la composición y el funcionamiento del Colegio [...] La independencia, la sapiencia y la competencia de cada miembro del Colegio son ingredientes indispensables a una buena regulación”<sup>75</sup>.

Asimismo, las autoridades disponen de la facultad de dictar su reglamento interior precisando las modalidades de deliberación.

En lo que concierne a su independencia financiera, la ausencia de personería jurídica de la ARCEP y de la CRE requiere una vinculación presupuestaria a un ministerio. La ARCEP y la CRE dependen del Ministerio de Economía y de Finanzas (MINEFI) y su presupuesto se inscribe en el presupuesto general del Estado; las disposiciones de la Ley de Finanzas les son aplicables<sup>76</sup>. También disponen de recursos propios: la ARCEP obtiene remuneraciones por servicios prestados<sup>77</sup> y la CRE se encuentra en la misma situación<sup>78</sup>. Por el contrario, la personería jurídica de la Autoridad de Regulación de las Actividades Ferroviarias (de ahora en más ARAF)<sup>79</sup> le permite beneficiarse de un patrimonio propio y, según el artículo L. 2132-12 del Código de los Transportes, de una autonomía financiera<sup>80</sup>. Un derecho fijo grava a las empresas ferroviarias que utilizan la red para financiar a la autoridad mencionada (ARAF)<sup>81</sup>.

La CRE y de la ARCEP, por su parte, proponen al ministro competente los créditos necesarios al cumplimiento de sus misiones cuando se elabora la Ley de Finanzas<sup>82</sup>. Sin embargo, hemos insinuado que el presupuesto puede constituir un medio de presión del Gobierno que puede modular los créditos solicitados en función de acciones a tomar por parte del regulador<sup>83</sup>. En fin, siendo que la Ley del 10 de agosto de 1992 relativa a la organización del control de los gastos no les es aplicable, el control financiero es realizado solamente a *posteriori* por la Corte de Cuentas.

Debemos insistir, la independencia de las autoridades de regulación no significa que no tengan vínculos con las autoridades políticas. Así, según el artículo L. 125 del Código de los Correos y Comunicaciones Electrónicas, la Comisión Superior del Numérico y de los Correos, compuesta de parlamentarios –incluyendo a su Presidente– y de tres personalidades calificadas nombradas por el Ministro encargado de los correos y las telecomunicacio-

<sup>75</sup> Cf. CHAMPSAUR, 2008, disponible en: <http://www.arcep.fr>.

<sup>76</sup> MAITRE, 2007, 22.

<sup>77</sup> Art. L. 133 del Código de los Correos y las Comunicaciones Electrónicas.

<sup>78</sup> Art. 30 de la Ley N° 2000-108 del 10 de febrero de 2000.

<sup>79</sup> Art. L. 2131-1 del Código de los Transportes.

<sup>80</sup> MARCOU, 2011, 84.

<sup>81</sup> Código de los Transportes, art. L. 2132-13.

<sup>82</sup> Art. L. 133 del Código de Correos y Comunicaciones Electrónicas; art. L. 133-5 del Código de la Energía.

<sup>83</sup> LAGUERRE y HAAG, 1997, 183.

nes puede solicitar a la ARCEP pronunciarse sobre cuestiones que versen sobre su competencia en materia de respeto de las obligaciones de servicio público. Su informe anual presentado al Parlamento contiene una evaluación de la actividad de la autoridad de regulación <sup>84</sup>. En el sector de la energía, el artículo L. 134-14 del Código de la Energía prevé que el Presidente de la CRE “[...] *rinde cuenta de las actividades de la Comisión ante las comisiones permanentes del Parlamento competentes en materia de energía a su pedido*”. El informe anual es asimismo dirigido al Parlamento y debe precisar cuáles son los efectos de sus decisiones sobre las condiciones de acceso a las redes y el cumplimiento de la misión de servicio público <sup>85</sup>. Según el artículo L. 2131-2 del Código de los Transportes, la ARAF establece cada año un informe de actividad sobre la aplicación de las disposiciones relativas al acceso a la red ferroviaria y a su utilización, sobre la instrucción de los reclamos y sobre la observación del acceso a las redes. Debe, a su vez, rendir cuenta de las investigaciones llevadas a cabo por la autoridad, los efectos de sus decisiones sobre el acceso a la red y las condiciones de su utilización. El informe se dirige al Gobierno, al Parlamento y es expuesto públicamente.

Definidos los contornos de qué son las autoridades de regulación sectoriales francesas, y cómo se ubican en el paisaje administrativo, se plantea la cuestión acerca de su competencia normativa.

## 2. El qué: un poder reglamentario

El poder reglamentario es otorgado por el ordenamiento jurídico (a) y se encuentra sujeto a control del juez (b).

### a) El reconocimiento de una competencia reglamentaria

Las competencias reglamentarias de la CRE, la ARAF y la ARCEP pueden agruparse de la siguiente manera, las mentadas autoridades determinan: 1.- Las condiciones técnicas y administrativas de acceso a los servicios presentando el carácter de infraestructuras esenciales y sus condiciones de utilización; 2.- Los perímetros de actividades de gestión de infraestructuras, contablemente separados de la explotación; 3.- Las reglas de imputación contable aplicada a los operadores y los principios de determinación de las relaciones financieras entre sus actividades; 4.- Los derechos y obligaciones atinentes a la explotación de las diferentes categorías de redes y servicios; 5.- Las disposiciones aplicables a las condiciones financieras de interconexión; 6.- Las reglas aplicables a las redes y terminales, en vistas de asegurar su interoperabilidad, la portabilidad de las terminales y el buen uso de frecuencias y números de teléfono; 7.- Las condiciones de establecimiento y de explotación de las redes; 8.- La determinación de los puntos de terminación de las redes; 9.- Las misiones de los gestores de las redes públicas de

<sup>84</sup> TANSUG, Ç., *cit.*, 305.

<sup>85</sup> Código de la Energía, art. L134-15.

transporte y de distribución; 10.- La puesta en marcha y ajuste de programas de llamados, de provisión y de consumo; 11.- Las condiciones de conclusión de contratos de compra y los protocolos para los gestores de las redes públicas; 12.- La metodología de cálculo de las tarifas y su evolución; 13.- Las reglas de cálculo y de ajuste de los derechos de los proveedores para el acceso a las redes; 14.- La metodología de cálculo de los costos de producción<sup>86</sup>. El poder reglamentario de la ARAF, la ARCEP y la CRE se limita a las disposiciones legales y reglamentarias que ponen en marcha; las autoridades de regulación no pueden establecer reglas generales más allá de las atribuciones conferidas por el orden normativo superior<sup>87</sup>.

En efecto, la regulación tiene por misión organizar sectores técnicos específicos, el término mismo de regulación remite a la noción de regla<sup>88</sup>. No obstante, la tendencia "legicentrista" del derecho francés provocó cierta desconfianza *vis-à-vis* del poder normativo de estas autoridades administrativas<sup>89</sup> que participan a una nueva función de potestad pública<sup>90</sup>: "[...] así, el Gobierno se ve desprovisto de una parte de sus competencias reglamentarias en beneficio de una autoridad considerada mejor calificada para ejercerlas"<sup>91</sup>.

A partir de ese momento, "[...] podemos preguntarnos particularmente si el otorgamiento de tales competencias no conduce a estos órganos a participar de las 'funciones de soberanía' y a privar por ello de su ejercicio a las autoridades a quienes la Constitución las ha confiado"<sup>92</sup>. Siendo que el artículo 20 de la Constitución dispone que el Gobierno "*determina y conduce la política de la Nación*", el hecho que las autoridades de regulación definen políticas sectoriales puede efectivamente prestarse a interrogación. El Consejo Constitucional condena toda iniciativa teniendo por objeto atentar contra "los poderes y atribuciones de las instituciones de la República"<sup>93</sup>. Remarquemos, sin embargo, que el poder reglamentario de las autoridades de regulación es relativamente nuevo y desconocido al momento de redacción de la Constitución. Asimismo, una distinción opera en ocasiones entre reglamentación y regulación para evitar toda confusión. Mientras que la primera se vincula a las autoridades clásicas, la segunda es propia a cada una de las autoridades encargadas de una función regulatoria<sup>94</sup>.

<sup>86</sup> Código de los Transportes, art. L2131-7; Código de los Correos y las Comunicaciones Electrónicas, art. L 36-6; Código de la Energía, art. L134-1.

<sup>87</sup> LEFEBVRE, *cit.*, 102.

<sup>88</sup> TIMSIT, 2006, 84-85.

<sup>89</sup> C.E., 1987, 53.

<sup>90</sup> COOPENS, 2006, 107; BRACONNIER, 2001, 50.

<sup>91</sup> CHEVALLIER, 1986, 3254.

<sup>92</sup> TEITGEN-COLLY, 1990, 160.

<sup>93</sup> C.C., déc. N° 76-71 DC del 30 de diciembre de 1976, "*Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*", rec. p. 15.

<sup>94</sup> HAQUET, 2007, 61.

El poder normativo de las autoridades de regulación plantea también la cuestión de la aceptación del ejercicio de un poder reglamentario que escapa al control jerárquico y de tutela. Según el artículo 21 de la Constitución, es el Primer Ministro quien “*ejerce el poder reglamentario*” mientras que el Gobierno “*dispone de la Administración*” en virtud del artículo 20. El Ejecutivo es responsable ante el Parlamento en los términos del artículo 20.3, lo que nos conduce a preguntarnos si un órgano compuesto por miembros no electos puede efectivamente ejercer un poder normativo. Incluso cuando la independencia de la autoridad regulación reposa también en principio en una despolitización, la afirmación del Consejo de Estado toma un sentido profundo: “[...] el poder reglamentario se sitúa en el corazón de las tensiones entre las autoridades administrativas independientes y la Administración”<sup>95</sup>.

Según Olivier Gohin, sería pertinente hacer evolucionar la interpretación del texto constitucional a las realidades nuevas para dejar lugar a un “Tercer-Estado administrativo”<sup>96</sup>. Esta interpretación bastante libre de la Constitución no parece resolver la cuestión del reconocimiento de una competencia reglamentaria paralela a la del Primer Ministro. A su turno, no se puede concebir el poder reglamentario de las autoridades de regulación como una suerte de delegación puesto que la Constitución prevé un solo tipo de delegación: la que se ejerce en beneficio del Gobierno a través del procedimiento del artículo 38 que, hablando con propiedad, no permite una delegación de la competencia legislativa sino de dominio legislativo, esto es, una delegación que permite actuar en el campo de la ley, pero no legislar<sup>97</sup>. El legislador no se encuentra entonces autorizado en principio a delegar su poder normativo a las autoridades de regulación<sup>98</sup>.

A su vez, se sostuvo que los reglamentos de las autoridades de regulación no ameritan ser considerados como resultado de un “poder reglamentario” del Estado, entendido en sentido estricto<sup>99</sup>, sino de actividades materialmente normativas. Además, al costado de la función normativa clásica, las competencias de las autoridades de regulación consisten también a elaborar un “derecho blando” (*soft law*) que toma la forma de actos indicativos, dictámenes, recomendaciones, negociaciones, etc. El Consejo de Estado calificó de *quasi* reglamentación la determinación de reglas generales dictadas por las A.A.I. que se imponen a los operadores a cambio de autorizaciones o acuerdos<sup>100</sup>. Este tipo de derecho busca más bien guiar el comportamiento de los operadores que imponerle reglas.

Analizando la acción de las A.A.I., la doctrina considera que las mismas ejercen un poder subordinado, especial y residual. El Consejo Constitucional

<sup>95</sup> C.E., 2001, 337.

<sup>96</sup> GOHIN, 2002, 244.

<sup>97</sup> C.E., 19 de octubre de 1962, “Canal”, rec. Leb. 552.

<sup>98</sup> V. la postura clásica de Léon Duguit, 1927, 1018.

<sup>99</sup> VERPEAUX, 2003, 1179-1180.

<sup>100</sup> C.E., 2001, *cit.*, 338.

precisó en su Decisión N° 86-217 DC del 18 de septiembre de 1986, relativa a la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades, que los artículos 21 y 13 de la Constitución: [...] *confieren al Primer Ministro, con reserva de los poderes reconocidos al Presidente de la República, el ejercicio del poder reglamentario a la escala nacional*<sup>101</sup>, pero tales disposiciones:

*"[...] no obstaculizan, sin embargo, a que el legislador confíe a una autoridad del Estado distinta a la del Primer Ministro la facultad de fijar, en un campo determinado y en un marco definido para las leyes y los reglamentos, las normas permitiendo poner en marcha una ley".*

En su Decisión N° 88-248 DC del 17 de enero de 1989, concerniente al Consejo Superior del Audiovisual, el Consejo Constitucional indicó que la atribución del poder reglamentario a una autoridad diferente a la del Primer Ministro *"[...] no concierne sino medidas de alcance limitado, tanto por su campo de aplicación como por su contenido"*<sup>102</sup>; fórmula retomada por el Consejo Constitucional en numerosas ocasiones<sup>103</sup>. Tal concepción se inscribe en la lógica de apertura que el juez había dejado entrever en su Decisión del 27 de julio de 1978<sup>104</sup> que había condenado la limitación del poder reglamentario del Primer Ministro sin que pueda deducirse que él fuese favorable a un monopolio absoluto. Claramente, este poder reglamentario otorgado a otras autoridades diferentes del Primer Ministro debe estar estrictamente limitado siendo que:

*"[...] las normas dictadas por el Gobierno, actuando por Decreto en Consejo de Estado, para asegurar la ejecución del artículo 62 de la ley serán subordinadas a las reglas generales impuestas por la Comisión Nacional de la Comunicación y de las Libertades [...], el legislador desconoció las disposiciones del artículo 21 de la Constitución"*<sup>105</sup>.

El poder normativo ejercido por una autoridad diferente al Primer Ministro debe entonces ser previamente y precisamente determinado por el legislador (poder especial) y no está facultado a condicionar el poder reglamentario del Primer Ministro (poder general)<sup>106</sup>.

Recordemos que la escuela *aixoise* de Derecho Constitucional liderada por Louis Favoreu consideró que el carácter unitario del Estado excluye "[...] que una fuente normativa autónoma pueda ser reconocida por fuera de la

<sup>101</sup> Cons. N° 58.

<sup>102</sup> Cons. N° 15.

<sup>103</sup> Por ejemplo, C.C. déc. N° 89-260 DC del 28 de julio de 1989, *"Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier"*, rec. p. 71, cons. N° 30; C.C. déc. N° 2001-451 DC del 27 de noviembre de 2001, *"Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles"*, rec. p. 145, cons. N° 10.

<sup>104</sup> C.C., déc. N° 78-95 DC, *"Loi complétant les dispositions de l'article 7 de la loi N° 60-791 du 2 août 1960 relative à l'enseignement et à la formation professionnelle agricoles"*, rec. p. 26.

<sup>105</sup> Cf. C.C., déc. N° 86-217 DC del 18 de septiembre de 1986, *"Loi relative à la liberté de communication"*, rec. p. 141, cons. N° 60.

<sup>106</sup> RENAUD, 2001, 2219.

emanada a los órganos nacionales<sup>107</sup>. Por consiguiente, el poder reglamentario de las A.A.I. no puede en ningún caso competir ni yuxtaponerse con el del Primer Ministro puesto que se encuentra limitado “en superficie” y “en profundidad”<sup>108</sup>: las autoridades administrativas independientes pueden tomar medidas de detalle, pero cuyos elementos esenciales fueron definidos por el poder reglamentario nacional. El Consejo de Estado precisó en este sentido que el poder reglamentario que se les confía es “[...] estrictamente especializado y subordinado”; y que se trata “[...] por naturaleza de un poder reglamentario de aplicación de la ley y, en ningún caso, de un poder reglamentario autónomo”<sup>109</sup>.

Así, estamos en presencia de reglamentos de aplicación y no de ejecución de la ley en la medida que emplean un dispositivo legislativo<sup>110</sup>. El juez administrativo anula por consiguiente las reglas emanadas de las autoridades de regulación que van más allá de las competencias específicas que les fueron reconocidas<sup>111</sup>.

Para la ARCEP, cuando las medidas conciernen la difusión de servicios de radiodifusión y televisión, y para la ARAF el legislador previó, lo hemos dicho, una homologación que permite el ejercicio de una vigilancia ministerial de la competencia reglamentaria que ejercen. Esta medida conduce a reducir la libertad de reglamentación de las autoridades que no son políticamente responsables. En materia energética, no obstante, no es necesaria tal homologación y el ordenamiento jurídico no la prevé<sup>112</sup>.

En efecto, el artículo L. 32-1 del Código de los Correos y Comunicaciones Electrónicas precisa que: “[...] la función de regulación del sector de comunicaciones electrónicas [...] es ejercida a nombre del Estado por el Ministro encargado de las comunicaciones electrónicas y por la Autoridad de Regulación de las Comunicaciones Electrónicas y de los Correos”. El Ministro dispone así de una suerte de poder de veto. Conviene también precisar que la norma de homologación es decisoria.

Ahora bien, una decisión consiste en el “[...] dictado de una norma destinada a modificar el ordenamiento jurídico o bien, al contrario, a mantenerlo en el mismo estado”<sup>113</sup>. Esta decisión constata la existencia del objeto de la homologación y lo integra al orden jurídico. La homologación, va de suyo, se ejerce *in concreto*, lo que excluye la *infra* y la *ultra petita*. Por otra parte, la norma de homologación no es general, es decir no es abstracta, se toma

<sup>107</sup> FAVOREU, 1983, IX.

<sup>108</sup> FAVOREU y PHILIP, 2011, 236-237.

<sup>109</sup> C.E., 2001, *cit.*, 295.

<sup>110</sup> HAQUET, 2008, 409.

<sup>111</sup> C.E., 16 de noviembre de 1990, “S.A. La Cinq”, rec. Leb., p. 329; C.E., 3 de julio de 2000, “Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et autres”, rec. Leb., p. 289; C.E., 26 de enero de 2000, “M. Jean Pauc”, rec. Leb., 798.

<sup>112</sup> BOREL, 2001, 2246.

<sup>113</sup> CHAPUS, R., *cit.*, 502.

*intuitu rei*, pero también de manera impersonal. “El contenido normativo de la homologación se puede ahora precisar: se trata de una decisión en la especie permitiendo a la autoridad pública reconocer un objeto estático determinado”<sup>114</sup>.

La obligación para las autoridades competentes de dictar medidas necesarias a la aplicación de un texto fue reconocida por el Consejo de Estado en el fallo de Sección del 13 de julio de 1951, “*Union des anciens militaires titulaires d’emplois réservés à la SNCF*”<sup>115</sup>. En 1962, un segundo fallo fue dictado sancionando el rechazo de dictar reglamentos necesarios a la aplicación de una ordenanza legislativa<sup>116</sup>. Estos principios fueron reiterados en numerosas ocasiones confirmándolos. La jurisprudencia también decidió que la autoridad competente para tomar medidas de aplicación disponía para ello de un plazo razonable<sup>117</sup>. El control de los actos de las autoridades de regulación no difiere, pues, *a priori* de los actos de las otras autoridades.

En efecto, la legalidad de los reglamentos es controlada por el Consejo de Estado, competente para entender en materia de organismos colegiados de competencia nacional<sup>118</sup>. El Consejo de Estado anuló así una medida reglamentaria tomada por el Consejo Superior del Audiovisual porque la ley en cuestión remitía a un Decreto en Consejo de Estado la tarea de encuadrar las condiciones y restricciones de mensajes publicitarios emitidos en la televisión<sup>119</sup>. A su vez, una ley no puede “subordinar a un dictamen” de una autoridad independiente el ejercicio por parte del Primer Ministro de su poder reglamentario<sup>120</sup>. Antes de 1958, era admisible que los reglamentos de aplicación pudiesen excepcionalmente contener disposiciones que pertenecían normalmente al marco legislativo cuando las mismas eran indispensables a la puesta en marcha de la ley<sup>121</sup>. Desde 1958 esta idea fue abandonada en beneficio de una neta distinción entre las disposiciones que por su objeto son del dominio reglamentario (artículo 37 de la Constitución) y las que son de dominio legislativo (artículo 34 de la Constitución)<sup>122</sup>.

El ejercicio de este tipo particular de poder reglamentario por parte de las autoridades de regulación da lugar a un posible recurso jurisdiccional.

<sup>114</sup> FARDET, 1998, 186.

<sup>115</sup> Rec. Leb., 403.

<sup>116</sup> C.E., 12 de julio de 1962, “*Kevers-Pascalis*”, rec. Leb., p. 475, D. 1963, p. 606, nota de J. M. Auby.

<sup>117</sup> C.E., 10 de marzo de 1967, “*Soc. Les ardoisières d’Angers*”, AJDA, 1967, 399 y 430.

<sup>118</sup> C.E., Ass., 12 de marzo de 1982, “*CGT*”, rec. Leb., 107.

<sup>119</sup> C.E., 3 de julio de 2000, “*Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et autres*”, rec. Leb., 289.

<sup>120</sup> C.C., déc. N° 2006-544 DC del 14 de diciembre de 2006, cons. N° 37.

<sup>121</sup> C.E., 12 de diciembre de 1953, “*Confédération nationale des associations catholiques de chefs de famille*”, D. 1954, p. 511, nota de Cl. Rossillion.

<sup>122</sup> VENEZIA, 1992, 673.

- b) El recurso jurisdiccional contra los reglamentos de las autoridades de regulación

Luego de analizar las vicisitudes que plantea el recurso por exceso de poder contra los reglamentos de las autoridades de regulación (i) veremos la ausencia de un contencioso específico en materia del así llamado "derecho blando" (ii).

- i) *Las vicisitudes del recurso por exceso de poder contra los reglamentos de las autoridades de regulación.*

Los reglamentos de las autoridades de regulación son susceptibles de cuestionamiento por la vía de un recurso por exceso de poder previsto "[...] contra los actos de diversas autoridades administrativas"<sup>123</sup> a condición, primeramente, que el acto afecte un derecho subjetivo o un interés legítimo. Así, el recurso contra dictámenes<sup>124</sup>, consejos<sup>125</sup> o el mero hecho de enumerar la reglamentación aplicable<sup>126</sup> se juzgan inadmisibles. Las decisiones calificadas de "dictámenes" pero que tienen de hecho un contenido reglamentario son considerados medidas causando afectación de derechos subjetivos o intereses legítimos<sup>127</sup>.

El demandante deberá, en segundo lugar, probar el interés en solicitar la anulación del acto. Este interés debe ser personal, es decir, individualizado. Debe notarse que, aunque el recurso por exceso de poder debe ejercerse en el plazo de dos meses luego de la publicación del reglamento, la anulación de las medidas de aplicación puede ser solicitada por la vía de un recurso por exceso de poder fundada en la ilegalidad del reglamento aplicado<sup>128</sup>. De toda evidencia, podrán únicamente ser cuestionadas las disposiciones reglamentarias que constituyan la base de la medida de aplicación<sup>129</sup>. Asimismo,

"[...] cuando una decisión jurisdiccional devenida definitiva emanando de un Tribunal Administrativo o del Consejo de Estado fuera pronunciada anulando un acto no reglamentario con fundamento en la ilegalidad del reglamento en cuya aplicación emanó el acto, la autoridad competente debe, a pesar de la expiración del plazo del recurso, hacer lugar a todo requerimiento que tenga un objeto idéntico y fundada sobre el mismo motivo cuando el acto concernido no creó derechos a terceros"<sup>130</sup>.

<sup>123</sup> Art. 32, Ordenanza N° 45-1708 del 31 de julio de 1945.

<sup>124</sup> C.E., 3 de junio de 1949, "*Syndicat des blanchisseurs de la Drôme*", rec. Leb. p. 650; C.E., 24 de mayo de 1957, "*Chougny*", RDP, 1958, 290.

<sup>125</sup> C.E., 2 de noviembre de 1927, "*Clostre*", rec. Leb., 1006.

<sup>126</sup> C.E., 29 de enero de 1954, "*Instit. Notre-Dame du Kreisker*", RPDA, 1954, 50 y 61.

<sup>127</sup> C.E., 28 de febrero de 1951, "*Soc. Commentry, Fourchambault et Decazeville*".

<sup>128</sup> C.E., 23 de noviembre de 1951, "*Marcin-Kowsky*", rec. Leb. 548.

<sup>129</sup> C.E., 18 de febrero de 1949, "*Dame Denayer*", rec. Leb. 80.

<sup>130</sup> GAUDEMET, 2001, 487.

A su turno, cuando operan cambios, sea en función de las circunstancias que motivaron el reglamento, sea en la legislación sobre la que el reglamento se apoya, el demandante puede solicitar la derogación del reglamento en cuestión y disputar el eventual rechazo de derogarlo a través de un recurso por exceso de poder<sup>131</sup>. La autoridad de regulación debe pronunciarse a favor de las solicitudes de derogación de un reglamento ilegal, el Consejo de Estado otorga a ello el estatus de principio general del derecho: La autoridad competente solicitada de derogar un reglamento ilegal debe admitir tal solicitud, sea que el reglamento fuera ilegal desde la fecha de su firma, sea que la ilegalidad resulte de circunstancias de hecho o de derecho posteriores a esa fecha<sup>132</sup>. En definitiva, este recurso puede ejercerse en todo momento contra las disposiciones reglamentarias de las autoridades de regulación, incluso luego de la expiración del plazo de principio de dos meses.

En cuanto a los efectos de la anulación, el principio es el de un carácter *erga omnes*, lo que significa que: “[...] toda persona afectada por el acto, incluso las que no participaron en la interposición del recurso contra el mismo, pueden invocar su anulación o a ellas la misma se les puede oponer”<sup>133</sup>. Dicho de otra manera, se trata de todas las personas concernidas por el acto anulado que se ven afectadas por la anulación. La cosa juzgada se expande hacia terceros que no habían atacado el acto: la anulación puede resultarles beneficiosa o, por el contrario, desfavorable de cara a la situación previa a anulación.

Conviene remarcar que la cosa juzgada no es absoluta en materia de exceso de poder cuando el acto no es anulado, salvo en el caso en que el solicitante hubiese invocado todos los medios a su disposición para fundar la ilegalidad. Esta hipótesis, rarísima, se explica claramente dado que el juez no se pronuncia sino sobre los argumentos que le acercan las partes, con excepción de los de orden público. En varias ocasiones el juez administrativo consideró que el demandante no había fundado, según los medios invocados, la anulación del acto<sup>134</sup>: “[...] con este proceder, el juez hace frente implícitamente a la ilegalidad de la decisión sobre la base de un fundamento que no se permite introducir en el debate contencioso”<sup>135</sup>.

Por el contrario, el carácter absoluto de la cosa juzgada se impone cuando el juez constata la ilegalidad. Tal es la posición del Consejo de Estado desde 1961<sup>136</sup>. Este principio encuentra sus raíces en el deber de suprimir del orden jurídico todas las consecuencias de un acto ilegal. La objetividad del contencioso determina, según Raymond Odent, el carácter absoluto de la cosa juzgada: “[...] la autoridad de la cosa juzgada es absoluta o relativa

<sup>131</sup> C.E., 3 de febrero de 1933, “*Sieur Lahure*”, rec. Leb., 153.

<sup>132</sup> C.E., 3 de febrero de 1989, “*Cie. Alitalia*”, RFDA, 1989, 392, concl. N. Chahid-Nourai.

<sup>133</sup> WEIL, 1952, 91.

<sup>134</sup> C.E., 5 de junio de 1955, “*Lapouge et Mandavy*”, rec. Leb., 5.

<sup>135</sup> Cf. BAILLEUL, 2002, 298.

<sup>136</sup> C.E., 22 de marzo de 1961, “*Simonet*”, rec. Leb., 211.

según la decisión interviniente en cada tipo de contencioso, objetivo o subjetivo<sup>137</sup>. Los actos anulados son considerados como no habiendo jamás existido. Por ello la anulación se retrotraerá al día en que el acto fue dictado<sup>138</sup>.

Siendo que los actos de las autoridades de regulación pueden ser objeto, bajo ciertas condiciones, de un recurso por exceso de poder podemos útilmente interrogarnos si existe un contencioso específico en materia de "derecho blando" (*soft law*).

ii) *La inexistencia de un contencioso específico en materia de "derecho blando"*

Hemos mostrado que las autoridades de regulación poseen competencias de recomendación, de información, de dictaminar, etc. cuya finalidad es esclarecer una reglamentación. En un fallo "*Institution Notre-Dame du Kreisker*", pronunciado en 1954, el Consejo de Estado juzgó admisible el recurso contra una circular ministerial constatando el carácter reglamentario de varias disposiciones a través de las que el Ministro no se había limitado a interpretar los textos sino que había "fijado reglas nuevas"<sup>139</sup>.

En principio, el criterio para el ejercicio de un control por parte del juez administrativo es doble: la presencia de un elemento nuevo que debe ser formulado de manera imperativa. El cúmulo de estos elementos determina si una norma general e impersonal es considerada como un acto reglamentario. Por consiguiente, tratándose de directivas ministeriales, el juez administrativo rechazó la admisibilidad de recurso en razón de la ausencia de reglas nuevas y de fórmulas coactivas<sup>140</sup>.

Solicitado por primera vez en el terreno de una autoridad administrativa independiente, el Consejo de Estado juzgó que la misma se:

*"[...] limita, luego de haber recordado las disposiciones legislativas aplicables, a dar una interpretación del artículo 44 de la Ley del 6 de enero de 1978" y a recomendar "[...] la aplicación de medidas permitiendo asegurar el respeto de esta ley; que en tales condiciones, esta deliberación no constituía una decisión administrativa causando perjuicio y por lo tanto es insusceptible de ser admisible ante el juez del exceso de poder"*<sup>141</sup>.

En el mismo sentido, en el fallo "*TFI*"<sup>142</sup> del 13 de enero de 1985, el Consejo de Estado precisó que una carta que no hace sino interpretar las disposiciones de un decreto "[...] no es una decisión administrativa suscepti-

<sup>137</sup> Cf. ODENT, 1981, 1288.

<sup>138</sup> C.E., 26 de diciembre de 1925, "*Rodière*", rec. Leb., 1065.

<sup>139</sup> C.E., As., 29 de enero de 1954, "*Institution Notre-Dame du Kreisker*", rec. Leb., 64.

<sup>140</sup> C.E., Secc., 11 de diciembre de 1970, "*Crédit foncier de France c/ Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*", rec. Leb., 750.

<sup>141</sup> C.E., 27 de septiembre de 1989, "*SA Chopin et a. c. CNIL*", rec. Leb., 432.

<sup>142</sup> C.E., 13 de enero de 1995, "*Sté. Télévision française 1 (TFI)*", rec. Leb., 31.

ble de recurso por exceso de poder". Por el contrario, en su fallo "*Labbé et Gaudin*"<sup>143</sup>, la alta jurisdicción administrativa juzgó que una recomendación, en razón de "*la regla que había impuesto*" constituye un acto de puede ser objeto de un contencioso.

Paralelamente, a partir del momento en que un "*llamado a candidaturas agrega una regla*", incluso cuando ninguna disposición legislativa otorga esta competencia a una autoridad administrativa independiente, se trata de un acto que puede ser objeto de un recurso por exceso de poder<sup>144</sup>. En el fallo "*La Cinq*"<sup>145</sup>, el Consejo de Estado considera que una nota "*de terminología*" que define la noción contenida en la ley "[...] *restringe, mediante una disposición de carácter imperativo y general, el alcance de la noción*". Aquí, la autoridad administrativa "[...] *no se limitó a interpretar las disposiciones de una ley sino que fijó reglas nuevas*". La misma había "[...] *enunciado una disposición de carácter reglamentario*".

Podemos así constatar que la jurisprudencia relativa al "*derecho blando*" producido por las autoridades de regulación no innova con respecto a la jurisprudencia clásica versando sobre las circulares y directivas de la Administración. En efecto, el análisis se centra en el carácter innovador de la medida y en su formulación imperativa.

Las autoridades administrativas independientes emiten dictámenes sobre situaciones individuales, efectúan exposiciones tendientes a modificar los comportamientos de los operadores o redactan informes proponiendo mejoras en el Derecho, etc. En estas situaciones la autoridad no interpreta el derecho existente, sino que establece posiciones nuevas. No obstante, si se de una sugerencia, de un consejo, la jurisprudencia le niega el carácter de acto provocando afectación de derechos subjetivos o intereses legítimos<sup>146</sup>. De la misma manera, el Consejo de Estado juzgó que el dictamen favorable o desfavorable emitido por una autoridad administrativa independiente "[...] *no constituye una decisión susceptible de ser objeto de un recurso por exceso de poder*"<sup>147</sup> puesto que no implica coacción jurídica. A su vez, el rechazo de emitir un dictamen es también insusceptible de recurso<sup>148</sup>.

El juez administrativo puede también hacer referencia a la jurisprudencia relativa a las medidas preparatorias: cuando la autoridad administrativa "[...] *se limita a emitir un dictamen en vistas del cual la autoridad competente toma una decisión definitiva capaz de dar lugar a un planteo ante el juez del*

<sup>143</sup> C.E., As., 20 de mayo de 1985, "*Labbé et Gaudin*", rec. Leb., 157.

<sup>144</sup> C.E., 18 de febrero de 1994, "*Sté. Performances S.A. RFM et a.*", rec. Leb., 91.

<sup>145</sup> C.E., 16 de noviembre de 1990, "*S.A. 'La Cinq', RFDA*, 1991.

<sup>146</sup> C.E., 7 de mayo de 1999, "*CGT-FO*", *Dr. Adm.*, N° 201, 1999, p. 23; C.E., 6 de febrero de 1953, "*Sieur Mourgeon*", rec. Leb., 51.

<sup>147</sup> C.E., 23 de abril de 1983, "*Epoux Delplace*", N° 34.773.

<sup>148</sup> C.E., 21 de noviembre de 1991, "*Ponnau*", N° 121.509; C.E., As., 10 de julio de 1981, "*Re-tail*", rec. Leb., 303.

*exceso de poder, el dictamen así emitido por este organismo no tiene el carácter de una decisión provocando perjuicio*<sup>149</sup>.

Las guías prácticas destinadas a la información del público no implican afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo<sup>150</sup>. El juez judicial no adopta un criterio diferente. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de París rechazó el recurso contra un dictamen del Consejo de Bolsas de Valores<sup>151</sup> en razón de la ausencia del doble criterio de la imperatividad y del carácter innovador de la disposición en cuestión. El dictamen intervenía en un campo en el que el Consejo de Bolsas de Valores no poseía competencia coactiva; no se trataba, pues, sino de una opinión. Asimismo, la Corte recordó que el dictamen no podía ser interpretado como una derogación a la obligación jurídica que pesaba sobre las personas concernidas, no se trataba en absoluto de una nueva norma. Así, el dictamen es “[...] *insusceptible de ser diferido a la Corte de Apelaciones de París*”. Según pudo reconocer un comentarista:

“[...] salvo algunas excepciones anecdóticas, la formulación generalmente expeditiva del carácter no decisorio de los actos en cuestión, exentos de precisiones sobre las razones de tal calificación, indica con seguridad el clasicismo de las soluciones a las que se arriban. El juez no se toma el trabajo de hacer pedagogía: la improcedencia de la solicitud de anulación de un acto que no expresa ningún tipo de comando cuenta entre los principios mejor establecidos del Derecho Administrativo”<sup>152</sup>.

Hemos desarrollado hasta el presente todo el panorama de la actividad reglamentaria de las autoridades de regulación francesas de los servicios públicos en red lo que nos permite el tránsito hacia nuestras conclusiones.

## Conclusiones

El derecho francés descarta la posibilidad de que las autoridades de regulación emitan reglamentos autónomos. Asimismo, en ocasiones, una homologación ministerial es necesaria. Ello muestra que, incluso denominadas “independientes”, estas autoridades no se desvinculan totalmente del paisaje administrativo tradicional.

A su vez, ciertas adaptaciones resultaron necesarias para contornear el ejercicio del poder reglamentario de las autoridades de regulación debido a la tensión natural que existe entre éste y el del Primer Ministro. Solución pragmática, el poder reglamentario presente en este estudio se encuentra totalmente subordinado y nunca yuxtapuesto con el del Primer Ministro.

<sup>149</sup> C.E., 24 de junio de 1987, “Thierry”, JCP G., 1987 IV, 352.

<sup>150</sup> C.A. Burdeos, 1, 9 de diciembre de 1993, “Laloubère c/ décision du directeur de l’Institut national de la propriété industrielle”, PIBD, N° 561-III, 1994, 107.

<sup>151</sup> C.A. de París, 25 de junio de 1998, “Buckel c/ Sté Fermière du casino municipal de Cannes et a.”, D. Aff., 1998, 1730.

<sup>152</sup> Cf. COLLET, 2003, 59.

A su turno, no existe novedad en lo tocante al derecho blando – o *soft law* –. La solución jurisprudencial en la materia se encuentra en línea recta con lo ya manifestado respecto a las circulares e instrucciones ministeriales.

Globalmente, podemos constatar que la función regulatoria participa de una multiplicación de fuentes de reglamentación propias a las formas contemporáneas de Estado que muestran una atomización en sus centros de producción normativa<sup>153</sup>.

## Bibliografía citada

- ASEMBLÉE NATIONALE (2010). *Rapport d'information rédigé au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les A.A.I.*, As. Nac., N° 2925, 28 de octubre de 2010, t. I, p. 120, disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr>.
- AUTIN, Jean-Louis (1988). Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation. *RDP*, 4-6.
- AUTORITÉ DE RÉGULATION DES TÉLÉCOMMUNICATIONS (ART) (2000). *Rapport d'activités de l'ART*, t. I, disponible en: <http://www.arcep.fr>.
- BAILLEUL, David (2002). *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*. L.G.D.J. Paris.
- BELLOT, François (1991). La S.N.C.F. à travers l'histoire. En: R. Etien y J.-M. Sorel, (dirs.). *La S.N.C.F. Histoire, organisation et perspectives*, LCF, Burdeos.
- BLANCHET, Jean-Hubert (1997). *Contribution à la théorie générale des autorités administratives indépendantes: la Commission des opérations de bourse*. Univ. René Descartes.
- BODA, Jean-Sébastien y FONTAINE, Cecile (2013). Quelques spécificités du régime juridique des concessions de distribution de gaz naturel. *Contrats Publics* (134).
- BOREL, Jean Victor (2001). L'attribution à une autorité autre que le Premier ministre du pouvoir normatif d'application d'une loi ou d'un décret: le cas de la Commission de régulation de l'électricité. *RRJ*.
- BRACONNIER, Stéphane (2001). La régulation des services publics. *RFDA*.
- BRIAND-MELEDON, Danièle (2007). Autorités sectorielles et autorités de concurrence: acteurs de la régulation. *Revue internationale de droit économique*.
- CARANTA, Roberto (2004). Les conditions et modalités juridiques de l'indépendance du régulateur. En: M. A. Frison-Roche (dir.), *Droit et économie de la régulation 1. Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po y Dalloz, Paris.
- CHAMPSAUR, Paul (2008). Discours à l'occasion de la fin de son mandat. Disponible en: <http://www.arcep.fr>.
- CHAPUS, René (1988). *Droit administratif général*. t. I, 4<sup>ta</sup> ed., Domat-Montchrestien, Paris.
- CHEVALLIER, Jacques (1998). Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes. *JCP G. (I)* 3254.
- CHEVALLIER, Jacques (1998). Régulation et polycentrisme dans l'administration française. *Revue administrative*, N° 301.
- CHEVALLIER, Jacques (1996). La nouvelle réforme des télécommunications: ruptures et continuité. *RFDA*.
- CHEVALLIER, Jacques (2006). L'Etat régulateur. En: Lombard, Martine (dir.). *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, Paris.
- COHEN-TANUGI, Laurent (1988). Une doctrine pour la régulation. *Le débat* (52).
- COLLET, Martin (2002). *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes* (tesis). Univ. Panthéon-Assas.
- COLLET, Martin (2003). *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*. L.G.D.J., Paris.

<sup>153</sup> DURAN y LAZEGA, 2015, 298; DURAN, 1993, 29; del mismo autor, 2009, 305; DURAN y MARTIN, 2011, 5.

- COLOQUIO ORGANIZADO POR LA ASOCIACIÓN DE CONSEJOS DE ESTADO Y DE JURISDICCIONES ADMINISTRATIVAS SUPREMAS DE LA UNIÓN EUROPEA (ACA-EUROPE), "Le droit de la régulation économique" ["El derecho de la regulación económica"], 16 de junio de 2014, apertura del coloquio de Jean-Marc Sauvé, disponible en <http://www.conseiletat.fr>
- CONSEIL D'ÉTAT (Consejo de Estado (C.E.) (1987). *Rapport public 1987*. Imprimerie nationale, París.
- CONSEIL D'ÉTAT (Consejo de Estado (C.E.) (2001). *Rapport public 2001. Les autorités administratives indépendantes*. La Documentation française, París.
- CONSEJO SUPERIOR DEL SERVICIO PÚBLICO FERROVIARIO (2002). *Evaluation de la réforme du secteur du transport ferroviaire. Rapport présenté en novembre 2001*. La documentation française, París.
- COOPENS, Philippe (2006). Théorie de la norme et régulation. *Annales de la régulation* (1), L.G.D.J., París.
- DAMAY, Isabelle. (1999). Gaz Storage in France. *OGLTR* (5).
- DECOOPMAN, Nicole (2003). Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes. En: J. Chevallier et al., *Le droit administratif en mutation*. PUF, París.
- DEGOFFE, Michel (2008). Les autorités publiques indépendantes. *AJDA*.
- DU MARAIS, Bertrand (2004). *Droit public de la régulation économique*. Presses de Sciences Po y Dalloz, París.
- DUGUIT, León (1927). *Traité de droit constitutionnel*. T. I, 3<sup>ra</sup> ed. De Boccard, París.
- ÉCOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION (ESCUELA NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN, ENA) (2001), P. Boisson (coord.), *Energie et société*, Rapport 2001. Disponible en: <http://www.iaea.org>.
- FARDET, Christophe (1998). La notion d'homologation. *Droits* (28).
- FAURE, Bertrand (1998). La crise du pouvoir réglementaire: entre ordre juridique et pluralisme institutionnel, *AJDA*, 547.
- FAVOREU, Louis y PHILIP, Loïc (2011). *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. 16<sup>ta</sup> ed., Dalloz, París.
- FAVOREU, Louis (1983). Principe de libre administration et statut du personnel. *Cahiers du C.F.P.C.*(13), IX.
- FERRIER, Didier (2008). Le rôle de la CEPC dans la perspective d'une simplification et d'un assouplissement des règles gouvernant les relations entre fournisseurs et distributeurs. En: CEPC, *Observations, en date du 4 avril 2008, de la CEPC suite au rapport sur la négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*. Disponible en: <http://www.economie.gouv.fr/cepc>.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne (1995). Libre propos sur le "service public marchand" dans la perspective de la régulation des réseaux d'infrastructure essentielle. *RJDA* (10).
- FRISON-ROCHE Marie-Anne (2005). Régulation et contrat: présentation du thème et synthèse du 11<sup>o</sup> forum de la régulation. *LPA* (87).
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2006). Régulateurs indépendants versus LOLF. *Revue Lamy de la concurrence* (7).
- GAUDEMET, Yves (2001). *Traité de droit administratif*. t. I., 16<sup>ta</sup> ed., L.G.D.J., París.
- GAUDEMET, Yves (2001). *Traité de droit administratif*. t. I, 16<sup>ta</sup> ed., L.G.D.J., París.
- GAZIER, François y CANNAC, Yves (1991). Études sur les autorités administratives indépendantes. *E.D.C.E.* (35). París.
- GENTOT, Michel (1994). *Les autorités administratives indépendantes*. 2<sup>da</sup> ed., Monchrestien, París.
- GOHIN, Olivier. *Insitutions administratives* (2002). 4<sup>ta</sup> ed., L.G.D.J., París.
- HANNOUN, Charley (2002). Comment interpréter le désordre des autorités administratives indépendantes. En: N. DECOOPMAN (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L'exemple du secteur économique et financier*, PUF. París.
- HAQUET, Arnaud (2007). *La loi et le règlement*, L.G.D.J., París.
- HAQUET, Arnaud (2008). Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité, *RDP* (2).

- HERVIEU, Meryll (2010). *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats* (tesis). Univ. Panthéon-Assas.
- ICARD, Phillipe (1991). *Les autorités administratives indépendantes* (tesis). Univ. Dijon.
- VENEZIA, Jean-Claude (1992). Les mesures d'application. En: J. C. VENEZIA et al., *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Montchrestien, Paris.
- ISRAEL, Jean-Jacques (2000). *Recherche sur les autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier*. Univ. Paris Val-de-Marne, Paris.
- AUTIN, Jean-Louis (1988). Les autorités administratives indépendantes et la Constitution. *La revue administrative* (243).
- LAGET-ANNAMAYER, Aurore (2002). *La régulation des services publics en réseau*. Bruylant L.G.D.J., Paris-Bruselas.
- LAGUERRE, Bruno y HAAG, Denis (1997). Quelques remarques sur la régulation du secteur électrique. *Economies et sociétés* (7).
- LASSERRE, Bruno. (1998). L'autorité de régulation des télécommunications (ART). *AJDA* (4).
- LEMAIRE, Christophe (2003). *Energie et concurrence: Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*. Univ. Aix-Marseille.
- LOMBARD, Martine (2005). Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation. *RJEP/CJEG* (619).
- MAISL, Herbert (1996). Commentaire de la loi N° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, *AJDA*.
- MAITRE, Grégory (2007). Autorités administratives indépendantes: l'état des lieux. *Regards sur l'actualité* (330) 22.
- MANSON, Stéphane (1995). *La notion d'indépendance en droit administratif*, t. II, Univ. Panthéon-Assas.
- MARCOU, Gérard (2006). La notion juridique de régulation. *AJDA*, 351.
- MARCOU, Gérard (2011). Les autorités administratives "dépendantes" et "indépendantes" dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique – une analyse sur des secteurs sélectionnés. En: G. MARCOU y J. MASING (dirs.), *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, Paris.
- MELLERAY, Fabrice (2001). Ecole de Bordeaux, école du service public et école du guiste. Proposition de distinction. *RDP*, 1887-1905.
- MOULIN, Richard y BRUNET, Pierre (2007). *Droit public des interventions économiques*, L.G.D.J., Paris.
- DECOOPMAN, Nicole (1998). A propos des autorités administratives indépendantes et de la dérégulation. En: CLAM, J. y MARTIN, G. (dirs.), *Les transformations de la régulation juridique, Droit et société*, N° 5.
- ODENT, Raymond (1981). *Contentieux administratif*. 2<sup>da</sup> ed, Les cours de droit, Paris, 1981.
- PONTHOREAU, Marie Claire (2005). Le droit comparé et la théorie juridique. En: DU BOIS DE GAUDUSSON, J. (dir.), *Le devenir du droit comparé en France*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence.
- RAMBAUD, Romain (2011). *L'institution juridique de régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique* (tesis). Univ. Paris 1 Panthéon-Sorbonne.
- RAINAUD, Jean-Marie (1999). *La crise du service public français*. PUF, Paris.
- RENAUD, Sébastien (2001). Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central. *RRJ*.
- RIVERO, Jean (1980). Droit administratif français et droits administratifs étrangers. En: A. MATHIOT et al., *Pages de doctrine*, L.G.D.J., Paris.
- ROSANVALLON, Pierre (2008). *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*. Éditions du Seuil, Paris.
- SABOURIN, Paul (1983). Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle. *AJDA*.
- SALON, Serge y SAVIGNAC, Jean-Charles (2002). *Administrations et fonctions publiques en France*. Dalloz-Sirey, Paris.

- TANSUG, Çağla (2009). *La régulation des services publics de réseau en France et en Turquie* (tesis). Univ. Paris 1 Panthéon-Sorbonne.
- TEITGEN-COLLY, Catherine (1988). Les autorités administratives indépendantes: histoire d'une institution. En: C. A. COLLIARD y G. TIMSIT, G. (dirs.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, París.
- TEITGEN-COLLY, Catherine (1990). Les instances de régulation et la Constitution. *RDP* (1).
- TIMSIT, Gérard (2006). Normativité et régulation. *Les cahiers du Conseil constitutionnel* (21).
- TRAORÉ, Seydou (2004). Les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale: vers une réintégration institutionnelle de la catégorie. *DA*.
- UE, *Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications*, Com (87) 290, del 30 de junio de 1987.
- VERPEAUX, Michel y MATHIEU, Bertrand (2003). Pouvoir réglementaire. En: D. Alland y S. Rials (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy PUF, París.
- WEIL, Prosper (1952). *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*. Éditions A. Pedone, París.

## Normativa citada

- Constitución de la República de Francia de 1958.
- Código de Comercio.
- Código de Correos y Comunicaciones Electrónicas.
- Código de la Defensa.
- Código de la Energía.
- Código de los Correos y las Comunicaciones Electrónicas.
- Código de los Transportes.
- Código del Consumo.
- Decreto del 3 de abril de 1908.
- Decreto N° 51-1108 del 30 de agosto de 1951.
- Decreto N° 85-1108 del 15 de octubre de 1985.
- Decreto N° 85-1108 del 15 de octubre de 1985.
- Decreto-ley del 31 de agosto de 1937.
- Ley del 13 de febrero de 1997.
- Ley del 8 de abril de 1946.
- Ley L.O.T.I. del 30 de diciembre de 1982.
- Ley N° 2000-108 del 10 de febrero de 2000.
- Ley N° 2000-108 del 10 de febrero de 2000.
- Ley N° 2001-1276 del 28 de diciembre de 2001.
- Ley N° 2001-420 del 15 de mayo de 2001.
- Ley N° 2003-8 del 3 de enero de 2003.
- Ley N° 2004-803 del 9 de agosto de 2004.
- Ley N° 2005-781 del 13 de julio de 2005.
- Ley N° 2006-1537 del 7 de diciembre de 2006.
- Ley N° 2006-1537 del 7 de diciembre de 2006.
- Ley N° 2010-123 del 9 de febrero de 2010.
- Ley N° 73-6 del 3 de enero de 1973.
- Ley N° 83-481 del 11 de junio de 1983.
- Ley N° 86-1067 del 30 de septiembre de 1986.
- Ley N° 89-25 del 17 de enero de 1989.
- Ley N° 89-486 del 10 de julio de 1989.
- Ley N° 91-646 del 10 de julio de 1991.
- Ley N° 97-135 del 13 de febrero de 1997.
- Ley N° 98-567 del 8 de julio de 1998.
- Ordenanza N° 45-1708 del 31 de julio de 1945.
- Ordenanza N° 86-1243 del 1ro de diciembre de 1986.
- Dictámenes N° 357 262 y 357 263 del 28 de septiembre de 1995.

Pliego de bases y condiciones [*cahier des charges*] del 23 de diciembre de 1971.  
 Directiva N° 2002/39/CE del 10 de junio de 2002.  
 Directiva N° 2003/54/CE del 26 de junio de 2003.  
 Directiva N° 2003/55/CE del 26 de junio de 2003.  
 Directiva N° 2004/51/CE del 29 de abril de 2004.  
 Directiva N° 2007/58/CE del 23 de octubre de 2007.  
 Directiva N° 2008/6/CE del 20 de febrero de 2008.  
 Directiva N° 2009/72/CE del 13 de julio de 2009.  
 Directiva N° 2009/73/CE del 13 de julio de 2009.  
 Directiva N° 88/301/CEE del 16 de mayo de 1988.  
 Directiva N° 90/388/CE del 28 de junio de 1990.  
 Directiva N° 91/440/CE del 29 de julio de 1991.  
 Directiva N° 95/18/CE del 19 de junio de 1995.  
 Directiva N° 96/19/CE del 13 de marzo de 1996.  
 Directiva N° 96/92/CE del 19 de diciembre de 1996.  
 Directiva N° 98/30/CE del 22 de junio de 1998.  
 UE, COM (1994) 440 final, 25 de octubre de 1995.  
 UE, Reglamento (CE) N° 2887/2000 del 18 de diciembre de 2000.  
 UE, Resolución del Consejo del 22 de julio de 1993.  
 UE, Resolución del Consejo del 7 de febrero de 1994.  
 UE, Resolución del Parlamento del 20 de abril de 1993.

## Jurisprudencia citada

### 1. Consejo Constitucional

- C.C., déc. N° 76-71 DC del 30 de diciembre de 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, rec. p. 15.  
 C.C., déc. N° 78-95 DC del 27 de julio de 1978, *Loi complétant les dispositions de l'article 7 de la loi N° 60-791 du 2 août 1960 relative à l'enseignement et à la formation professionnelle agricoles*, rec. p. 26.  
 C.C., déc. N° 84-173 DC del 26 de julio de 1984, *Loi relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé*, rec. p. 63.  
 C.C., déc. N° 86-217 DC del 18 de septiembre de 1986, *Loi relative à la liberté de communication*.  
 C.C., déc. N° 86-224, del 23 de enero de 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, rec. p. 8.  
 C.C., déc. N° 88-248 DC del 17 de enero de 1989, *Loi modifiant la loi N° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, rec. p. 18.  
 C.C., déc. N° 89-260 DC del 28 de julio de 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, rec. p. 71.  
 C.C., déc. N° 91-304 DC del 15 de enero de 1992, *Loi modifiant les articles 27, 28, 31 et 70 de la loi N° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, rec. p. 18.  
 C.C., déc. N° 96-378 DC del 23 de julio de 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, rec. p. 99.  
 C.C., déc. N° 2001-451 DC del 27 de noviembre de 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, rec. p. 145.  
 C.C., déc. N° 2006-544 DC del 14 de diciembre de 2006.

### 2. Consejo de Estado

- C.E., 26 de diciembre de 1925, *Rodière*, rec. Leb., p. 1065.  
 C.E., 2 de noviembre de 1927, *Clostre*, rec. Leb., p. 1006.  
 C.E., 3 de febrero de 1933, *Sieur Lahure*, rec. Leb., p. 153.  
 C.E., 18 de febrero de 1949, *Dame Denayer*, rec. Leb. p. 80.  
 C.E., 3 de junio de 1949, *Syndicat des blanchisseurs de la Drôme*, rec. Leb. p. 650.  
 C.E., 28 de febrero de 1951, *Soc. Commentry, Fourchambault et Decazeville*.  
 C.E., 23 de noviembre de 1951, *Marcin-Kowsky*, rec. Leb. p. 548.  
 C.E., 6 de febrero de 1953, *Sieur Mourgeon*, rec. Leb., p. 51.  
 C.E., 12 de diciembre de 1953, *Confédération nationale des associations catholiques de chefs de famille*, D. 1954, p. 511, nota de Cl. Rossillion.  
 C.E., As., 29 de enero de 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, rec. Leb., p. 64.  
 C.E., 5 de junio de 1955, *Lapouge et Mandavy*, rec. Leb., p. 5.  
 C.E., 24 de mayo de 1957, *Chouigny*, RDP, 1958, p. 290.  
 C.E., 21 de noviembre de 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens*, rec. Leb., p. 547.  
 C.E., 22 de marzo de 1961, *Simonet*, rec. Leb., p. 211.  
 C.E., 12 de julio de 1962, *Kevers-Pascalis*, rec. Leb., p. 475, D. 1963, p. 606, nota J. M. Auby.  
 C.E., 19 de octubre de 1962, *Canal*, rec. Leb. p. 552.  
 C.E., 10 de marzo de 1967, *Soc. Les ardoisières d'Angers*, AJDA, 1967, pp. 399 y 430.  
 C.E., Secc., 11 de diciembre de 1970, *Crédit foncier de France c/ Demoiselle Gaupillat et Dame Ader*, rec. Leb., p. 750.  
 C.E., As., 10 de julio de 1981, *Retail*, RDP, 1981, p. 1687, nota J. M. Auby; D., 1981, p. 622, nota de Y. Gaudemet.  
 C.E., Ass., 12 de marzo de 1982, *CGT*, rec. Leb., p. 107.  
 C.E., 23 de abril de 1983, *Epoux Delplace*, N° 34.773.  
 C.E., As., 20 de mayo de 1985, *Labbé et Gaudin*, rec. Leb., p. 157.  
 C.E., 24 de junio de 1987, *Thierry*, JCP G., 1987 IV, p. 352.  
 C.E., 3 de febrero de 1989, *Cie. Alitalia*, RFDA, 1989, p. 392, concl. N. Chahid-Nourai.  
 C.E., Ass, 7 de julio de 1989, *Ordonneau*, rec. Leb., p. 161.  
 C.E., 27 de septiembre de 1989, *SA Chopin et a. c. CNIL*, rec. Leb., p. 432.  
 C.E., 16 de noviembre de 1990, *S.A. La Cinq*, rec. Leb., p. 329.  
 C.E., 21 de noviembre de 1991, *Ponnau*, N° 121.509.  
 C.E., 18 de febrero de 1994, *Sté. Performances S.A. RFM et a.*, rec. Leb., p. 91.  
 C.E., 13 de enero de 1995, *Sté. Télévision française 1 (TF1)*, rec. Leb., p. 31.  
 C.E., Secc. 26 de marzo de 1999, *Société EDA et autres*, cons. N° 4.  
 C.E., 7 de mayo de 1999, *CGT-FO, Dr. Adm.*, N° 201, 1999, p. 23.  
 C.E., 26 de enero de 2000, *M. Jean Pauc*, rec. Leb., p. 798.  
 C.E., 3 de julio de 2000, *Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et autres*, rec. Leb., p. 289.  
 C.E., 16 de marzo de 2001, *Société coopérative Greenpeace Energy EG*, rec. Leb., p. 134.  
 C.E., 29 de julio de 2002, *Société CEGEDIM*, cons. N° 5.  
 C.E., 16 de junio de 2004, *Mutuelle générale des services publics et autres*, cons. N° 3.  
 C.E., 20 de julio de 2005, *Société Fiduciale Informatique et Fiduciale Expertisse*, cons. N° 7.

### 3. Otras jurisdicciones

- CJUE, *Procédure pénale contre Paul Corbeau*, 19 de mayo de 1993, aff. C-320/91, rec. I-02533.  
 C.A. Burdeos, 1, 9 de diciembre de 1993, *Laloubère c/ décision du directeur de l'Institut national de la propriété industrielle*, PIBD, N° 561-III, 1994, p. 107.  
 C. Cas., 1ra civ., 10 de febrero de 1998, *SA Saint-Louis Union Académie c/ Mme Bonjour*.  
 C.A. París, 25 de junio de 1998, *Buckel c/ Sté Fermière du casino municipal de Cannes et a.*, D. Aff., 1998, p. 1730.



# Hacia una objetivización del principio de proporcionalidad en el control de las sanciones administrativas

Towards an objectification of the proportionality principle in the judicial review of administrative sanctions

José Miguel Valdivia Olivares\*  
Tomás Patricio Izquierdo Serrano\*\*

El control judicial de la determinación y cuantificación de las sanciones administrativas a través del principio de proporcionalidad ha adquirido relevancia práctica en el derecho chileno. Su aplicación, no obstante, denota cierta insuficiencia de criterios objetivos, arriesgando la eficacia del régimen sancionatorio. Este trabajo pretende identificar parámetros dotados de cierta objetividad que, sin obviar su importancia, permitan racionalizar el empleo del principio de proporcionalidad.

**Palabras clave:** Sanciones administrativas, Principio de proporcionalidad, Discrecionalidad administrativa.

The “proportionality principle” has acquired relevance in the judicial review of administrative sanctions in Chilean Law. Its application, however, denotes a certain insufficiency of objective criteria, which entails some risks. This paper aims to identify parameters endowed with a certain objectivity that, without ignoring its importance, allow rationalizing the judicial use of this principle.

**Keywords:** Administrative sanctions, Proportionality, Administrative discretion.

RESUMEN / ABSTRACT

\* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad París II: Panthéon-Assas, Francia. Correo electrónico: jmvaldivia@derecho.uchile.cl. Dirección postal: Avenida Santa María 200, Providencia, Santiago de Chile.

\*\* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho Público por la Universidad de Chile. Correo electrónico: tomas.izquierdo@derecho.uchile.cl. Dirección postal: Avenida Santa María 200, Providencia, Santiago de Chile.

Artículo recibido el 20 de marzo de 2023 y aceptado el 15 de junio de 2023.

## Introducción

Durante los últimos años, el principio de proporcionalidad se ha transformado en uno de los más utilizados instrumentos de control de las sanciones administrativas. Los tribunales emplean comúnmente este principio, ya sea para anular, ya sea para modificar la cuantificación y determinación de las sanciones impuestas por la administración, sobre todo aquellas de naturaleza pecuniaria.

De una primera observación de la jurisprudencia se echa en falta la utilización de criterios objetivos que respalden el control de las sanciones a través del principio de proporcionalidad. Esta falta de objetividad, que fluye de la indeterminación conceptual del principio, supone algunos riesgos; puede pasar a llevar el adecuado desempeño de las potestades sancionadoras de la administración, donde la discrecionalidad administrativa cumple un rol fundamental.

Con fundamento en las bases conceptuales del principio de proporcionalidad y en la dogmática del derecho administrativo, pretendemos aportar en la construcción de criterios objetivos de aplicación del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria. El propósito consiste en descubrir pautas dotadas de alguna objetividad, que resulten consistentes con la funcionalidad de las potestades sancionatorias de la administración.

Este trabajo se dividirá en cinco partes. En primer lugar, se hará referencia a los orígenes del principio de proporcionalidad (I). A continuación, se esbozarán aspectos teóricos sobre el principio (II). En seguida, se abordarán las especificidades que reviste el principio de proporcionalidad en el derecho administrativo, sobre todo en el derecho administrativo sancionador (III). Luego, se propondrán criterios que pretenden contribuir a la objetivización del principio (V), previa enunciación de los problemas que su aplicación muestra en la actualidad (IV). Por último, se referirán algunos casos recientes resueltos por la Corte Suprema que muestran tendencias novedosas (VI). Por último, se formularán algunas conclusiones.

### I. Orígenes del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad emana de la filosofía política liberal, reinante en el derecho occidental desde el siglo XIX. La expresión jurídica primaria del principio de proporcionalidad se puede encontrar en el surgimiento prístino del derecho penal. Ya en el siglo XVII, Beccaria sostenía que “Mientras más se opongan los delitos al bien común, y mayor sean los incentivos para cometerlos, mayores deben ser los obstáculos que lo impidan. Este principio establece la necesidad de una proporcionalidad entre los delitos y las penas”<sup>1</sup>. Subyace a estos primeros planteamientos la idea de que un poder del Estado –a lo menos en su versión punitiva– cuya intensidad debe ajustarse a la gravedad de las afrentas que pretende castigar.

<sup>1</sup> La cita fue desprendida de BERNAL 2015, 245.

Con el paso de los años, el principio de proporcionalidad penal ha ido adquiriendo matices y ha sido escenario de sofisticadas discusiones doctrinales. Es posible señalar que hoy en día el principio integra la dogmática penalista en todas sus versiones, desde las más canónicas a las más disruptivas. La doctrina del derecho penal nacional ha caracterizado al principio de proporcionalidad como una máxima que dispone, en términos generales, una correspondencia “de la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole de bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de la culpabilidad del hechor”<sup>2</sup>. El principio de proporcionalidad consiste en un mandato que obliga al legislador y al juez a prescribir e imponer penas que se correspondan tanto con la dañosidad social del hecho punible como con su reprochabilidad.

En su conceptualización penalista, el principio de proporcionalidad parece estar revestido de cierta rigidez. Aunque esta inflexibilidad parece insoslayable –sobre todo, como veremos, al contrastarlo con el principio de proporcionalidad en materia administrativa– alguna literatura ha contribuido a morigerarla. Andrew von Hirsch, importante teórico en la materia, a partir de la distinción entre la proporcionalidad *ordinal* y *cardinal*, contradice la comprensión rígida que preside el entendimiento del principio en el derecho penal. A su juicio, una concepción tendiente a convertir los postulados del principio en una fórmula exacta “presupone una suerte de intuicionismo heroico, en que se puede ‘ver’ el castigo que diversos crímenes merecen. Nadie, sin embargo, parece tener intuiciones tan iluminadoras”<sup>3</sup>. Von Hirsch comprende que no es posible predefinir con precisión la reprimenda punitiva que cada acción delictiva tiene asociada. Estas críticas de von Hirsch demuestran que, aun en el derecho penal, el principio de proporcionalidad admite algún grado de maleabilidad; además, da cuenta de la imposibilidad de disponer un listado perfectamente tasado de respuestas jurídicas a las infracciones de la ley.

La relación entre el principio de proporcionalidad y el derecho administrativo es también de larga data. La historia del derecho administrativo identifica el origen de este principio en el derecho germánico del Siglo XIX. Como explica un autor, el Tribunal Superior Administrativo Prusiano “constantemente invocaba la violación al principio de proporcionalidad como razón para anular medidas coercitivas que limitaban los derechos individuales de manera excesiva”<sup>4</sup>.

A lo largo de los años, la vinculación entre la proporcionalidad y el derecho administrativo ha crecido en relevancia, como consecuencia de la proliferación de principios jurídicos limitativos de la acción del Estado propugnada por el constitucionalismo de posguerra. La coyuntura (traumática) de media-

<sup>2</sup> POLITOFF et al. 2003, 71.

<sup>3</sup> VON HIRSCH, 1992, 76.

<sup>4</sup> BERNAL 2015, 247.

dos del siglo XX propició una revitalización del liberalismo y de los principios jurídicos que de él surgen. Se instala la idea de que el Estado, que asume en Europa un rol social relevante, debe ser celosamente controlado. La acción estatal limitativa de derechos es vista, si no con recelo, con precaución, y los principios jurídicos ayudan a crear barreras contra sus posibles excesos.

La importancia de la proporcionalidad en el derecho administrativo se expresa con especial fuerza en el derecho alemán, ordenamiento paradigmático en lo que se refiere a la revigorización de los derechos constitucionales<sup>5</sup>. Como explica Barnés, en el derecho público alemán el principio de proporcionalidad “ha adquirido carta de ciudadanía en todos los manuales y tratados”<sup>6</sup>. Si bien la proporcionalidad no tiene reconocimiento constitucional explícito, en la actualidad no se discute su incorporación en cláusulas generales de la Ley Fundamental de Bonn, como la cláusula del Estado de derecho; e incluso en la noción de justicia material que, conforme a la doctrina, recorre la totalidad del texto constitucional<sup>7</sup>.

El principio de proporcionalidad ha calado en las normativas comunitarias y, en seguida, en los sistemas jurídicos de las diversas naciones europeas continentales<sup>8</sup>. Como explica Ruffert, la proporcionalidad constituye uno de los más ilustrativos ejemplos de importación (desde Alemania) y subsecuente exportación (hacia al resto de sistemas) de instituciones jurídico-administrativas a través del derecho transnacional<sup>9</sup>. Este trasplante jurídico<sup>10</sup> se aprecia con mucha claridad, por ejemplo, en el derecho español. En la actualidad, son muchos los ordenamientos jurídicos que utilizan el principio de proporcionalidad como herramienta de control de la actuación administrativa.

## II. Bases teóricas del principio de proporcionalidad

El propósito central del principio de proporcionalidad consiste en “la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos”<sup>11</sup>. De este objetivo genérico puede desprenderse la transversalidad del principio de proporcionalidad en las distintas ramas del derecho que involucren acciones del Estado potencialmente gravosas para los particulares. Tal extensión permite concebirlo como un “principio general del derecho”,

<sup>5</sup> WAHL 2013, 32 y ss.

<sup>6</sup> BARNÉS 1994, 499.

<sup>7</sup> BARNÉS 1994, 501.

<sup>8</sup> La Carta Europea de Derechos Humanos dispone que “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (Art. 52).

<sup>9</sup> RUFFERT 2007, 44-45.

<sup>10</sup> Idea propia del derecho comparado. Véase, a propósito, BACKENKÖHLER 2019.

<sup>11</sup> ARNOLD et al. 2012, 68.

catalogación que la doctrina, más o menos reflexivamente, le ha otorgado<sup>12</sup>. Su observancia parece, pues, predicable de todo órgano público.

El principio de proporcionalidad, en términos teóricos y pragmáticos, es más que un principio orientador o finalista<sup>13</sup>. Se trata de un mecanismo orientado a conjurar e incluso suprimir excesos en que la autoridad pueda caer.

Por cierto, para funcionar correctamente, este mecanismo requiere de esquemas de razonamiento que permitan identificar estos excesos y luego corregirlos. La más conocida e influyente explicación del principio de proporcionalidad (a lo menos en nuestro medio, y posiblemente en el resto de países de habla hispana) la provee la obra de Robert Alexy. Las ideas de Alexy han adquirido un reconocimiento general en buena parte de los sistemas jurídicos occidentales, siendo su explicación de común utilización en los ordenamientos latinoamericanos<sup>14</sup>, incluido Chile<sup>15</sup>.

Alexy trifurca el principio de proporcionalidad en grandes test. Se trata de los test de idoneidad (o adecuación), el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, que revisaremos brevemente. En primer lugar, el test de idoneidad. Se trata de un mecanismo consistente en excluir “la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado”<sup>16</sup>. Así, un medio solo será admisible si sirve para favorecer (de algún modo, incluso el más mínimo)<sup>17</sup> el fin para el cual ha sido dispuesto. En segundo lugar, el test de necesidad. Esta máxima exige que “entre dos medios igualmente idóneos respecto a un [fin] deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo” respecto del principio o bien jurídico sacrificado<sup>18</sup>. Así, “si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra”<sup>19</sup>. Por último, el test de proporcionalidad en sentido estricto, que se traduce en la célebre ley de la ponderación. Este test, a diferencia de los otros dos (que analizan la comparación entre dos grandes valores en función de un mismo principio) se vincula a la colisión de diversos principios –típica pero no necesariamente constitucionales– entre sí. La ley de la ponderación proclama que “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia

<sup>12</sup> Sobre la operatividad de los principios generales del derecho en el derecho administrativo, véase GARCÍA DE ENTERRÍA 1984.

<sup>13</sup> Sobre la comprensión del principio (y, sobre todo, de la máxima de ponderación) en términos finalistas, véase, en general, Rodríguez de Santiago 2000.

<sup>14</sup> ATIENZA 2016, 20.

<sup>15</sup> Conforme a una búsqueda preliminar, es posible identificar 237 sentencias del Tribunal Constitucional y 10 de la Corte Suprema que lo citan expresamente. Fuente: [https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content\\_type:2/Robert+Alexy](https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2/Robert+Alexy)

<sup>16</sup> ALEXY 2011, 13.

<sup>17</sup> GARCÍA AMADO 2009, nota 13.

<sup>18</sup> ALEXY 2011, 14.

<sup>19</sup> ALEXY 2011, 14.

de la satisfacción del otro”<sup>20</sup>. La ponderación supone un ejercicio de razonamiento sofisticado –cerca a la filosofía analítica, y con cierta pretensión aritmética– que permite definir cuál principio prevalece en un caso concreto.

En términos generales, los tres test de Alexy establecen distintas fórmulas orientadas a medir si la consecuencia de una determinada medida “se ajusta o está en consonancia con el motivo que dice justificarla”<sup>21</sup>. Los test no serán superados cuando la medida no se ajuste, por exceso, al fin que pretende realizar; es decir, cuando se haya sacrificado en exceso un principio jurídico.

Aunque los test de Alexy han sido ampliamente recogidos por la doctrina y jurisprudencia en distintos ordenamientos, parece necesario formular algunas prevenciones a su respecto, tanto de orden político como jurídico.

Ante todo, estos test derivan de una comprensión ortodoxa y radicalmente liberal del sistema jurídico. Los test no son mecanismos neutrales, sino políticamente delineados. Su reconocimiento presupone una particular visión (posiblemente restrictiva de los poderes del Estado) sobre la relación entre los derechos de los ciudadanos y las atribuciones de la autoridad para modelarlos y dirigirlos. Es desde luego posible concebir una idea de proporcionalidad que supere la estrechez que estos test imponen (lo que parece haberse logrado en los sistemas anglosajones, con menos tradición en el control judicial de la administración<sup>22</sup>); incluso, desde una posición política divergente, parece concebible formular una oposición a su empleo.

En segundo lugar, la racionalidad jurídica de estos mecanismos ha sido enfrentada críticamente por la literatura. Vale la pena exponer, sobre todo, las formidables críticas expuestas por Juan Antonio García Amado. Este autor sugiere que la proporcionalidad tiende a camuflar la arbitrariedad del juez decisor. Al sopesar principios y fines, los razonamientos que propone la proporcionalidad descansarían necesariamente en la previa valoración de los factores que se someten a ponderación y de las magnitudes de afectación que se asignan a tales factores. Todas estas valoraciones, a falta de un patrón objetivo que las envuelva, dependerían de la exclusiva voluntad del juez.

Por ejemplo, el *test de idoneidad* dependería de una predefinición acerca de qué principio se considera como fin justificatorio de una medida<sup>23</sup>. El *test de necesidad*, por su parte, exigiría una predeterminación tanto del principio que se estima afectado como de las magnitudes de afectación que, respecto de tal principio, importan la medida juzgada y la medida hipotética a la que se atribuye menor lesividad<sup>24</sup>. Es la definición de estos valores la que

<sup>20</sup> ALEXY 2011, 15.

<sup>21</sup> VALDIVIA 2018, 235.

<sup>22</sup> Como demuestra MACRORY 2006, 21 y ss., donde la proporcionalidad es utilizada como un mero principio orientador de la imposición de sanciones.

<sup>23</sup> GARCÍA AMADO 2009, 3-4.

<sup>24</sup> García Amado las explica en términos algebraicos: “i) la valoración que S y S’ [los sujetos] hagan de m1 y m2 [magnitudes de afectación del principio]. ii) Las alternativas que sepan o quieran

determinaría el resultado de análisis y no la lógica del principio de proporcionalidad por sí sola.

Desde luego, esta crítica es acertada. Basta una rápida observación de la jurisprudencia (sobre todo de la jurisprudencia constitucional<sup>25</sup>) para notar que bajo el manto del principio de proporcionalidad se suelen esbozar decisiones que nada tienen que ver con la operación de su racionalidad. El razonamiento que propone el principio depende, en efecto, de decisiones previas; muy posiblemente, son ellas (por sí solas) las que determinan el resultado del razonamiento que en cada caso se intenta. La proporcionalidad no es, en ningún caso, un mecanismo neutral: está sometida a las razones en que el decisor hace reposar los valores que evalúa.

La proporcionalidad –en esto concordamos con García Amado– no es un ejercicio aritmético ni mágico, sino un juicio subordinado a la valoración previa de principios y magnitudes. Ahora bien, desprendido ese manto de ficción, cabe observar la aplicación de tales valoraciones en su propio mérito. Es posible que tras la proporcionalidad se esconda la mera arbitrariedad del juez, pero también es posible –si confiamos en la potencialidad del derecho para disciplinar el razonamiento judicial– que estas valoraciones descansen en criterios objetivos. Si al trasparentar tales criterios se arriba a esta última conclusión, cabría concluir que la aplicación del principio no es arbitraria, y que por tanto su utilización es razonable.

El análisis que este texto persigue pretende justamente dotar a la proporcionalidad de cierta base objetiva sobre la cual erigirse. Por cierto, esto implica asumir una posición política, conforme a la cual el principio de proporcionalidad resulta valioso. También somos conscientes de que la proposición de un fundamento objetivo tiende a debilitar a la proporcionalidad en cuanto principio: la proporcionalidad dejaría de resultar necesaria, al confundirse con un ejercicio meramente subsuntivo<sup>26</sup> de aplicación de criterios objetivos que podría operar autónomamente. Si los problemas supuestamente resueltos por la vía ponderativa pueden resolverse en términos meramente binarios, ¿por qué ponderar? ¿por qué no utilizar simplemente tales criterios e incorporarlos de forma corriente al silogismo jurídico? Posiblemente, estas preguntas no puedan responderse de forma teóricamente satisfactoria. Nos conformaremos con una solución pragmática: los tribunales utilizan la proporcionalidad y es necesario objetivarla. Procuramos contribuir a aquello.

---

plantearse a la hora de organizar la interrelación entre  $m_1$  y  $m_2$ ". En consecuencia, "la regla de necesidad está siempre al albur de la imaginación: en cuanto alguien acierta a imaginar una medida verosímelmente mejor, deja de ser necesaria la medida examinada". GARCÍA AMADO 2009, 8.

<sup>25</sup> Típicamente, la sentencia "Cascadas" (Sentencia TC Rol N° 2922-2015). Una crítica a esta sentencia puede verse en SOTO 2017.

<sup>26</sup> Así, como explica García Amado, "el método subsuntivo y el ponderativo son intercambiables en cada caso (o al menos en cada caso mínimamente difícil), sea de legalidad estricta o de constitucionalidad; y que ambos, por tanto, pueden ser indistintamente usados tanto por los tribunales ordinarios como por los tribunales constitucionales". GARCÍA AMADO 2009, 21.

### III. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo

Tras haber delimitado las bases teóricas del principio de proporcionalidad, corresponde aproximarnos al tema central de este trabajo. A continuación, describiremos el rol que el principio cumple en el derecho administrativo, particularmente en la actividad sancionadora de la administración.

Como se ha visto, el principio de proporcionalidad incumbe a la administración pública en cuanto órgano estatal. Ahora bien, para que el principio de proporcionalidad pueda efectivamente aplicarse a la administración, deben confluír dos elementos. Primero, la actividad administrativa que se juzgue debe ser, en alguna medida, gravosa para los ciudadanos. Solo en tal caso tal actividad podría considerarse excesiva; y es el exceso lo que el principio de proporcionalidad pretende corregir. Segundo, la actividad de que se trate debe descansar en una potestad discrecional, esto es, encontrarse dentro del espacio de decisión que la ley otorga a la administración; solo así la actuación podrá ser completamente atribuible a la administración. Por el contrario, si se trata de una actividad completamente reglada, el juicio de proporcionalidad se trasladaría a la ley (“control de atribución” y no “de ejercicio” de la discrecionalidad cuestión muy tratada por la dogmática constitucionalista nacional<sup>27</sup>), que sería en definitiva la generadora de tales excesos<sup>28</sup>. Además, como sostiene Barnés, es en los márgenes de libertad de los órganos administrativos donde aparecen los mayores riesgos para los derechos de los ciudadanos<sup>29</sup>.

En consecuencia, el principio de proporcionalidad puede concebirse como un instrumento con que cuentan los ciudadanos para enfrentar decisiones excesivas de la administración cuando actúa dentro de sus potestades discrecionales<sup>30</sup>. En esta línea, la doctrina nacional ha afirmado que la proporcionalidad forma parte de un set de elementos denominados “técnicas de control del ejercicio de las potestades discrecionales”<sup>31</sup>. Esta fórmula, aunque conceptualmente algo equívoca (la idea de un “control de la discrecionalidad” es contradictoria en sus términos, pues el control reposará exclusivamente en los aspectos reglados que rijan a la actividad respectiva), expresa elocuentemente el lugar que ocupa la proporcionalidad en el derecho administrativo, a saber, como una genuina herramienta de revisión de actuaciones administrativas discrecionales.

<sup>27</sup> Véase, al respecto, ZÚNIGA 2010, GARCÍA 2016 y NAVARRO 2018.

<sup>28</sup> Conceptualmente, se ha entendido que la actuación de la administración en espacios de discrecionalidad consiste en completar, en sede aplicativa, un supuesto de hecho imperfecto previsto por una norma. El estudio del concepto de discrecionalidad administrativa ha sido emprendido con prolijidad en Mariano Bacigalupo 1997. Los siguientes párrafos le deben gran parte de su matriz teórica a esta obra.

<sup>29</sup> El principio de proporcionalidad interviene preferentemente en “aquellos supuestos en los que el poder público tiene atribuido un cierto margen de libertades”. BARNÉS 1994, 501.

<sup>30</sup> SOTO 2017, 296.

<sup>31</sup> BERMÚDEZ 1996, 278.

A continuación, revisaremos las bases de la operación del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo chileno. Nos concentraremos en su progresivo proceso de autonomía de sus raíces penalistas (1) y en el uso que ha hecho de él la Corte Suprema (2).

1. Desde el simplismo principialista hacia una noción del principio de proporcionalidad anclada en el derecho administrativo

El ejercicio de historiografía jurídica consistente en determinar las causas del arribo del principio de proporcionalidad al derecho administrativo chileno no es sencillo, y posiblemente no estemos en condiciones de encontrar hallazgos certeros en este campo. La relativa novedad de su utilización (a lo menos de forma amplia) y su concentración en el derecho de las sanciones administrativas<sup>32</sup> nos permiten aventurar algunas conjeturas.

Ante todo, parece evidente que el uso de la proporcionalidad en el derecho administrativo encuentra ejemplos iniciales en el marco del control de la actividad administrativa de policía. Así lo muestra el caso Fuchs y Plath de 1908, donde se observa una aplicación implícita de la proporcionalidad (bajo una retórica que recuerda a la máxima de necesidad) en el control del orden público<sup>33</sup>. Por otra, del principio de proporcionalidad penal, con fundamento en la asimilación que parte de la doctrina realizó (y continúa realizando) entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, conforme a la existencia de un único *Ius Puniendi* estatal<sup>34</sup>. Como explica Cordero, se trataría de un principio que se incorpora como parte del “contenido implícito” de la Constitución, con fundamento en esta raíz común<sup>35</sup>.

A grandes rasgos, esta teoría aduce que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal se encuentran hermanados, pues ambos provienen de una hipotética raíz común, que justifica ambas potestades estatales: el *Ius puniendi*, que autoriza a los órganos públicos a imponer sanciones estatales a los particulares. Los ciudadanos deben someterse, en ambos casos, a una relación asimétrica que puede decantar fácilmente en arbitrariedad.

<sup>32</sup> La concentración jurisprudencial casi exclusiva en el campo sancionatorio se distingue de la situación en los derechos europeos, que visitan el principio en los más diversos contextos. Ejemplos de relevancia son los siguientes: la evaluación y control de las medidas fundadas en una potestad administrativa de planificación u otras actividades amparadas por una programación legal finalista (Rodríguez de Santiago 2016, pp. 150 y ss.); la limitación de las potestades de policía, particularmente aquellas que pueden influir con mucha intensidad en la libertad e integridad de los ciudadanos (Barcelona 1994, 351 y ss.); y el control de actos administrativos de gravamen no sancionatorios, como los actos expropiatorios (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO 2008, 186 y ss.). Otros ejemplos pueden observarse en BARNÉS 1994.

<sup>33</sup> Sostuvo la Corte de Apelaciones de Santiago en ese fallo que “[e]l deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público no la faculta para adoptar el primer medio que se le presente ni la exime de la obligación de recurrir, entre varios, a los que menos daños ocasionen al derecho de los particulares”. Corte de Apelaciones de Santiago, 11 enero 1908.

<sup>34</sup> Esta posición tiene su origen en la doctrina española. Véase PARADA 1972 y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2008 tomo II, 163 y ss.

<sup>35</sup> CORDERO 2014a, 382.

Esta indefensión, que ambos regímenes compartirían, justificaría la introducción de principios jurídicos expresivos de la excepcionalidad de las sanciones estatales y de las garantías que asisten a los ciudadanos frente a su imposición. Las garantías que pacíficamente se aplican en el derecho penal resultarían asimismo aplicables, con fundamento en tal hermandad ontológica, al derecho administrativo sancionador.

Este traslado de principios penales al derecho administrativo ha sido defendido en nuestro medio por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde hace casi dos décadas, y recientemente con especial vehemencia. En una sentencia del año 1996, el TC señalaba que “[...] los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”<sup>36</sup>. Otros fallos cercanos a estos días dan cuenta de una utilización extensiva de los principios penales en materia sancionatoria. El principio de proporcionalidad ha sido, precisamente, uno de los que han contribuido a esta hipertrofia principialista, como lo muestra el célebre caso “Cascadas”<sup>37</sup>.

La teoría del *ius puniendi* ha sido atacada por la doctrina, al punto que sus premisas se han debilitado y sus pretendidos efectos se han matizado<sup>38</sup>. Este trabajo suscribe tales críticas. Las sanciones administrativas son, ante todo, instrumentales a las funciones que desempeña la administración. La supuesta conexión con el derecho penal obedece a una predilección por explicaciones abstractas (relativas a la potestad estatal en la que descansan), que omite por completo los aspectos funcionales: las sanciones administrativas no son penas, sino medidas adoptadas por la autoridad para disciplinar determinado sector de interés público sujeto al control de la administración.

Del mismo modo, subyace a la teoría del *ius puniendi* una predilección por una regulación sancionatoria realizada “mediante una serie de principios jurídicos que actúan como fórmulas simplistas aplicables a todas las sanciones administrativas”<sup>39</sup>. La asimilación con el derecho penal permite prescindir de decisiones regulatorias complejas en favor de la comodidad de los principios. El principio de proporcionalidad, como otros principios clásicos trasladados desde el derecho penal (entre ellos, la presunción de inocencia, la tipicidad y la culpabilidad), obedece a esta simplificación principialista.

Como hemos adelantado, la línea argumental de este trabajo difiere por completo de las nociones simplistas en que descansa la doctrina del *ius puniendi*. El empleo del principio de proporcionalidad en el derecho

<sup>36</sup> Sentencia TC Rol N° 244-1996 (1996).

<sup>37</sup> Sentencia TC Rol N° 2922-2015 (2015).

<sup>38</sup> Las posiciones críticas a la doctrina del *ius puniendi* deben mucho a la obra de Alejandro Nieto (NIETO 2012). De gran importancia son también las obras de Alejandro Huergo, 2017 y de Luciano Parejo, 2014. En la doctrina chilena, las mejores críticas se encuentran en la obra de Raúl Letelier; principalmente LETELIER 2017.

<sup>39</sup> LETELIER 2020, 77.

administrativo sancionador debe coincidir con la genuina naturaleza funcional de las sanciones administrativas: no son sino medios con que cuenta la administración para hacer efectivas las normas de conducta impuestas en el marco de sus competencias<sup>40</sup>. Las sanciones administrativas, como explica Huergo, son uno de los tantos instrumentos con que cuenta la administración para disciplinar un sector de intervención: "tienen un carácter auxiliar de la intervención administrativa. La administración solo sanciona en materias o ámbitos en los que ya tienen competencias de gestión, ya sea de vigilancia o supervisión, de fomento o de gestión o servicio público"<sup>41</sup>.

Desde luego, la autonomía del derecho sancionador respecto del derecho penal importa desprender a la proporcionalidad de la observancia de aquellas exigencias que conciernen a su vertiente penal, o a lo menos atenuar su aplicación. La proporcionalidad más o menos estricta que exige el derecho penal es una de ellas. En efecto, en materia penal la proporcionalidad se sustenta en la lógica de la correspondencia entre una pena y la reprochabilidad que merece un delito, idea *a priori* ajena a los propósitos preventivos propios del derecho administrativo sancionador. Por otra parte, aunque la culpabilidad y los elementos subjetivos poseen cierta relevancia en materia sancionatoria (sobre todo en la creación de atenuantes), se encuentra muy lejos del carácter elemental que revisten en el derecho penal. El texto constitucional vigente, por su parte, no parece exigir la transferencia de este principio al derecho administrativo<sup>42</sup>.

En efecto, la mejor literatura ha dado cuenta de que la culpabilidad en materia sancionatoria es un elemento accesorio y sujeto a múltiples matices<sup>43</sup>. Incluso quienes abogan por el carácter ineludible de la exigencia de culpabilidad en materia sancionatoria reconocen que ella se satisface con la imputación de culpa infraccional, muy distinta a aquella que se requiere en el ámbito penal<sup>44</sup>, cuestión que ha sido refrendada por la jurisprudencia<sup>45</sup>. Como explica Huergo, en el marco de las sanciones administrativas es el propio legislador quien afirma "que quien incumple esa norma actúa por ello mismo culposamente"<sup>46</sup>.

En síntesis, la implementación del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria no se ve constreñida por la rigidez que impone el derecho penal, sino que debe ceñirse a los mismos criterios que se predicán para el resto de actuaciones de la administración. Consiste, como hemos explicado

---

<sup>40</sup> Véase, al respecto, Cristián Montero, "Reflexiones en torno a la construcción de la noción de sanción jurídica: el indispensable recurso a la teoría general a objeto de distinguir la sanción administrativa de la pena judicial", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 4, 2021.

<sup>41</sup> HUERGO 2000, 139.

<sup>42</sup> SOTO 2021, 145 y ss.

<sup>43</sup> NIETO 2012, 303.

<sup>44</sup> SOTO 2021, 310 y ss.

<sup>45</sup> CORDERO 2015a.

<sup>46</sup> HUERGO, 389.

más atrás, en un instrumento con que los jueces pueden determinar y censurar excesos en el ejercicio de la actividad sancionadora de la administración, generalmente atribuidos a su determinación o cuantificación discrecional<sup>47</sup>.

## 2. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Recogiendo las bases dogmáticas planteadas por la doctrina nacional, el principio de proporcionalidad ha ido adquiriendo peso en la jurisprudencia de la Corte Suprema en el control concreto de sanciones administrativas.

Al respecto, resultan ilustrativos los fallos Roles N° 7.560-2015 y 17.736-2016. En el primero, citando el manual de Jorge Bermúdez<sup>48</sup>, la Corte Suprema sostiene que la aplicación del principio de proporcionalidad "obliga a encontrar una solución justa, frente al espectro de posibilidades sancionatorias que tiene la Administración"<sup>49</sup>. En el segundo, citando a Eduardo Cordero<sup>50</sup>, afirma que "en el ámbito del Derecho administrativo la proporcionalidad constituye un principio general que cumple una importante función dentro de los mecanismos destinados a controlar el ejercicio de las potestades discrecionales que el ordenamiento atribuye a los órganos administrativos"<sup>51</sup>. Conforme a la Corte, el principio se define como "un límite al margen de la discrecionalidad que tiene la autoridad administrativa al momento de la determinación de una sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo"<sup>52</sup>.

De estas decisiones derivan dos conclusiones de mucho interés. Primero, sin perjuicio de cierta insistencia relativa a su arraigo en el *Ius Puniendi*, la Corte Suprema ha desprendido al principio de proporcionalidad de su origen penal, caracterizándolo como un instrumento de control de la discrecionalidad por completo equiparable a otras técnicas de control que residen en la legalidad. Segundo, en el ámbito sancionatorio la Corte utiliza el principio de proporcionalidad con frecuencia y naturalidad para controlar la determinación o cuantificación de las sanciones. Ya es habitual, en efecto, leer sentencias donde se reiteran alusiones al "principio de proporcionalidad que debe imperar en materia de sanciones administrativas"<sup>53</sup>.

Sin lugar a dudas, la proporcionalidad es una de las herramientas de más amplia utilización en el control de la discrecionalidad en el derecho ad-

<sup>47</sup> Discrecionalidad que, de hecho, es necesaria para dar flexibilidad y adaptabilidad al sistema sancionatorio, como pone de manifiesto el informe MACRORY 2006, 26 y ss.

<sup>48</sup> BERMÚDEZ 2011, 290.

<sup>49</sup> *Fitch Chile Clasificadora de Riesgo Limitada con Superintendencia de Valores y Seguros* (2016).

<sup>50</sup> CORDERO 2014b, 404.

<sup>51</sup> *Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2016).

<sup>52</sup> *Velásquez Sánchez Néstor con Superintendencia de Valores y Seguros* (2020).

<sup>53</sup> Así, en *Sociedad Educacional Fénix Spa con Superintendencia de Educación* (2019), *Fundación Educacional Colegio Leonardo Murialdo de Valparaíso con Superintendencia de Educación* (2020), *Corporación Monte Aconcagua con Superintendencia de Educación* (2020) y *Colegio Santo Tomás Curicó Limitada con Superintendencia de Educación* (2020).

ministrativo sancionador. Ahora bien, cabe preguntarse, a la luz de las bases dogmáticas del derecho administrativo y del mismo principio si está siendo aplicada correctamente. La respuesta a esa pregunta exige un análisis de mayor profundidad conceptual, que pasa por identificar sus problemas.

#### IV. Problemas de la aplicación del principio de proporcionalidad en el control concreto de las sanciones administrativas

Las concepciones más recientes sobre el control judicial de la administración asumen como premisa el sometimiento pleno de la Administración al derecho y, por tanto, la plenitud del control de su actuación<sup>54</sup>. Esta es una exigencia de la cláusula del Estado de derecho que recogen o se reputan recoger, a lo menos, los sistemas que como el nuestro son tributarios de los ordenamientos occidentales que se inscriben en el constitucionalismo liberal<sup>55</sup>.

Ahora bien, aunque todo acto y actuación administrativos sean plenamente revisables por la jurisdicción<sup>56</sup>, los jueces no están habilitados para entrometerse en los espacios discrecionales reservados por el legislador a la administración<sup>57</sup>. Esta afirmación, que a primera vista puede parecer paradójica, trasluce la esencia de la vinculación entre la discrecionalidad y el control judicial de la administración. La revisión debe ser plena, pero sin nunca rebasar los límites fijados por las esferas competenciales de cada órgano. Es decir, el tribunal solo puede *revisar* la actuación de la administración, pero nunca *decidir* en su lugar; si lo hiciera, no estaría actuando como tribunal sino derechamente administrando<sup>58</sup>.

La frontera competencial entre la revisión de la actuación administrativa y la decisión propiamente tal está primordialmente delineada por textos normativos. En efecto, los tribunales solo tienen permitido controlar los “elementos reglados” del acto, pero nunca el ejercicio mismo de la discrecionalidad<sup>59</sup>. La razón de esta distinción obedece al objeto central del control judicial de la administración, que no es otro que garantizar el respeto al principio de legalidad<sup>60</sup>. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha hecho eco de estas ideas; por ejemplo, en fallo Rol N° 18.836-2018, tras mencionar la distinción entre la potestad reglada y la discrecional, sostuvo que el control de la decisión se ejerce solo sobre “el aspecto no discrecional” de la decisión<sup>61</sup>.

<sup>54</sup> SÁNCHEZ MORÓN 1994, 91 y ss.

<sup>55</sup> VELASCO CABALLERO 2020, 101 y ss.

<sup>56</sup> Sin perjuicio de supuestos justificados de deferencia. Véase, al respecto, CRAIG 2022.

<sup>57</sup> Con anterioridad, se trataba la discrecionalidad como una “laguna” legal. En la actualidad, la doctrina no duda en referirla como una decisión deliberada del legislador. CORDERO 2015b, 83 y ss.

<sup>58</sup> BACIGALUPO 1997, 95 y ss.

<sup>59</sup> VALDIVIA 2018, 225.

<sup>60</sup> Esta es una premisa compartida por las distintas posiciones que han marcado el debate sobre la discrecionalidad administrativa en España, incluso las más suspicaces frente a la discrecionalidad. Así puede advertirse en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2008 tomo I, 595.

<sup>61</sup> Ilustre Municipalidad de Maipú (2019).

Los límites que la discrecionalidad administrativa establece para el control judicial se extienden a todos los instrumentos de control; desde luego, y con especial importancia, a los principios generales del derecho, como el de proporcionalidad. Garantizar (o hacer probable<sup>62</sup>) que no se sobrepasen estos límites será siempre complejo, pero lo es especialmente tratándose de los principios. Dada la indeterminación característica de los principios –pensados originalmente como “máximas de optimización”<sup>63</sup>–, es particularmente difícil resguardar que el juez, al emplearlos, se abstenga de invadir el terreno reservado a la decisión administrativa. Para que este resguardo sea probable, el primer paso consiste en identificar señales capaces de alertar que la actuación del juez se está extendiendo más allá sus competencias. Aunque no se trata de una advertencia inequívoca, atendida la mencionada dependencia de la proporcionalidad respecto de la valoración previa de los fines y medios que somete a análisis, la omisión de criterios objetivos de decisión constituye, en efecto, una señal de alerta.

El ejercicio casi aritmético que propone Robert Alexy pretende dotar a la proporcionalidad de cierta racionalidad intrínseca, casi milagrosa. No obstante, como hemos visto –e incluso admiten sus más sofisticados defensores– la proporcionalidad se edifica sobre conceptos y valoraciones predefinidas. Como explica Atienza, “El esquema de Alexy no puede, pues, ser entendido como un algoritmo que, si es seguido, permite solucionar cualquier problema de ponderación sino, simplemente, como un recurso heurístico que puede ser de utilidad para quien tiene que enfrentarse a [cierto] tipo de problemas”<sup>64</sup>.

En buenas cuentas, si aquellas predefiniciones en las que el principio de proporcionalidad reposa no se fundamentan en parámetros objetivos, difícilmente podrá diferenciárselo sustantivamente de cualquier juicio subjetivo de razonabilidad. Como apunta la doctrina, el uso del principio de proporcionalidad por los jueces puede conducir al “ejercicio de un poder discrecional absoluto, ahora en manos del juez”<sup>65</sup>; al “riesgo de sustituir la eventual arbitrariedad de la administración por el tampoco deseable, subjetivismo judicial”<sup>66</sup>. Es decir, si el control a través de la proporcionalidad no se acompaña de criterios que aseguren o a lo menos potencien su objetividad, lo probable es que las decisiones reposen en razones subjetivas, de prudencia o discrecionalidad judicial. Sobra decir que tal subjetividad pone en peligro las restricciones que el juez debe observar al momento de controlar a la administración pública.

En síntesis, la ausencia de criterios objetivos pugna contra una implementación no arbitraria del principio de proporcionalidad. Con el fin de arribar a un uso más objetivo del principio de proporcionalidad, en la siguiente

<sup>62</sup> Esta expresión invoca el análisis institucional del derecho propuesto por FERNANDO ATRIA 2016.

<sup>63</sup> ALEXY 2001, 86 y ss.

<sup>64</sup> ATIENZA 2016, 21-22.

<sup>65</sup> FERRADA 2014, 259.

<sup>66</sup> BERMÚDEZ 2012, 16.

sección intentaremos descubrir criterios que permitan utilizarlo de forma menos arbitraria.

## V. Los criterios para la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de sanciones administrativas

### 1. El principio de proporcionalidad como concepto jurídico indeterminado

La misión que nos hemos propuesto no es fácil. En nuestro medio, la doctrina ha identificado con mucho rigor los criterios utilizados por la jurisprudencia para la aplicación del principio de proporcionalidad<sup>67</sup>. Esta tarea inductiva, desde luego valiosa, se ve limitada con la poca objetividad y sistematicidad que caracteriza a la aplicación jurisprudencial de este principio<sup>68</sup>. Por eso, estimamos que es necesario abordar esta tarea de objetivización mediante una técnica deductiva consistente en desprender, a partir de premisas generales, criterios coherentes para la aplicación del principio de proporcionalidad. Esta tarea de objetivización es escurridiza. Desentrañar estos criterios supone un ejercicio fino, al que intentaremos aportar nuestras reflexiones.

Ante todo, debe reiterarse que el objeto esencial del principio de proporcionalidad en el control judicial de las sanciones consiste en identificar y censurar actos excesivos o desproporcionados. El principio de proporcionalidad provee formas de razonamiento dirigidas a determinar cuándo estos actos resultan excesivos. Sin embargo, no puede soslayarse que el principio de proporcionalidad reposa casi exclusivamente en conceptos jurídicos indeterminados, vale decir, normas jurídicas sujetas a apreciaciones que no poseen un único significado posible. Los conceptos generales “desproporcionado” u “excesivo” son nociones de este tipo. Comparten la misma naturaleza, por cierto, las predefiniciones en que los test de Alexy descansan (por ejemplo, el carácter “idóneo” de una medida respecto a un fin).

Los conceptos jurídicos indeterminados han sido estudiados por los teóricos del derecho público. La característica fundamental de estos conceptos es su doble dimensión, que alegóricamente se presentan como dos esferas: por una parte, zonas de certeza; por otra, una zona de incertidumbre<sup>69</sup>. El concepto se encontrará en una zona de certeza cuando, en una determinada situación, sea incuestionable (o certero, evidente, claro<sup>70</sup>) que el concepto aplica o no aplica. Si es claro que el concepto aplica, entonces nos encontra-

<sup>67</sup> El trabajo más completo de recopilación de criterios de la Corte Suprema sobre el principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador se encuentra en GÓMEZ 2018, 372 y ss.

<sup>68</sup> A pesar de que recientes sentencias denotan un avance en este sentido. Véase capítulo VI.

<sup>69</sup> Este razonamiento es atribuido a Georg Jellinek (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª Ed., 1919, p.103). Citado en: BACIGALUPO 1997, 138.

<sup>70</sup> Estas afirmaciones, aplicadas de forma concreta en el ámbito judicial, evocan preguntas sobre el estándar probatorio que debería cumplirse en cada uno de los casos. No es intención de este trabajo responder esa pregunta, por lo que estas nociones se utilizarán indistintamente.

remos en su zona de certeza positiva; si, por el contrario, es claro que el concepto no aplica, nos encontraremos en su zona de certeza negativa.

Con todo, en algunas situaciones no es posible dilucidar con claridad si el concepto aplica o no; es decir, la situación no es abarcable de forma certera en ninguno de los dos polos de certeza. En tales casos, el concepto se encontrará en una "zona de incertidumbre". Para buena parte de la doctrina, esta zona de incertidumbre equivale a la discrecionalidad, en el sentido de que, cuando un concepto se encuentra en esta zona, no existe una única respuesta correcta<sup>71</sup>. Cuando corresponda al aplicador (en este caso, a la administración) decidir dentro de esta zona, puede realizar una de dos acciones: bien acercar el concepto a su zona de certeza positiva (y aplicar el concepto) bien acercar el concepto a su zona de certeza negativa (y no aplicarlo)<sup>72</sup>. Como la discrecionalidad, esta operación no es controlable en su mérito, sino solo en su perímetro reglado, es decir, en función de las reglas jurídicas sobre las cuales reposa.

Como adelantamos, este esquema conceptual es plenamente aplicable al principio de proporcionalidad como instrumento de control de las sanciones administrativas. Pueden existir sanciones administrativas claramente excesivas o desproporcionadas y otras que evidentemente no lo sean. Pero en muchos otros casos la respuesta será incierta; en tales casos, el principio caerá en una "zona de incertidumbre". En cuanto esta zona es equiparable a la discrecionalidad, la decisión le corresponde al aplicador (la administración) y no al controlador (el juez): este último no se encuentra habilitado para censurar la actuación de que se trata. Si a pesar de ello el control operase, habría que concluir que el juez se está excediendo en sus competencias, pues no estaría revisando sino derechamente reemplazando la decisión administrativa.

Así las cosas, la incertidumbre sobre la proporcionalidad o desproporcionalidad de una sanción opera como un límite al control judicial a través del principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad solo puede funcionar legítimamente cuando la sanción administrativa se pruebe ciertamente desproporcionada. El juez no puede valorar libremente los criterios y principios en cuestión, pues está obligado a respetar aquel espacio de decisión que no le corresponde a el órgano judicial sino a la administración. En

<sup>71</sup> En contra de esta idea se posiciona la denominada doctrina de la "única solución justa", cuyos más reconocidos representantes en la doctrina española son Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. El relato de esta controversia, y la solución que consideramos correcta, puede encontrarse en BACIGALUPO 1997, 206 y ss. La posición de la única solución justa aparece con mucha claridad en Eduardo García de Enterría 1962. También en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2008 tomo I, 467 y ss.

<sup>72</sup> En estos casos la administración debe realizar una operación "disyuntiva", consistente en decidir si el supuesto de hecho se acerca a la zona de certeza negativa o positiva. De decidirse por la aplicación de la norma (acercamiento a la zona positiva), a la operación disyuntiva se sumará una operación "acumulativa", idéntica a la que opera en casos de discrecionalidad. BACIGALUPO 1997, 190-191 (que sigue en este punto a H.J. Koch, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Frankfurt: METZNER, 1979).

contextos discrecionales, el principio de proporcionalidad no funciona (léase: no puede funcionar) como una forma de razonamiento difusa y disponible genéricamente, sino como un medio de control excepcional. Tal excepcionalidad brinda nuevas razones que explican la necesidad de acudir a criterios que den cuenta con certeza de que una sanción es desproporcionada.

Por cierto, los criterios más evidentes –y normativamente más robustos– se pueden encontrar en el texto expreso de la ley. Muchas disposiciones legales fijan márgenes o al menos techos máximos que rigen la cuantificación de las sanciones<sup>73</sup>. Las sanciones que superen estos techos o márgenes serán indudablemente excesivas. Para alguna doctrina estas hipótesis obedecerían a una aplicación del principio de proporcionalidad<sup>74</sup>, pero tal opinión omite que, cuando una sanción excede los márgenes determinados por la ley, la ilegalidad de objeto de la decisión salta a la vista sin necesidad de invocar el principio de proporcionalidad. En tales casos, el juez no necesita recurrir a un principio para anular (o rebajar) sanciones que excedan estos márgenes, sino simplemente aplicar (binariamente) la letra de la ley. Como sostiene un autor: “si se estuviese vulnerando el máximo o mínimo, más que el principio de proporcionalidad, hay un problema de legalidad: se estarían contraviniendo los elementos reglados del acto”<sup>75</sup>.

Además de márgenes o techos máximos, en algunos casos las mismas leyes<sup>76</sup> o actos administrativos de aplicación general<sup>77</sup> fijan criterios para la cuantificación de sanciones. Esto es habitual en las normas sancionadoras más modernas. Por ejemplo, la Ley N° 21.091, que crea la Superintendencia de Educación Superior, fija los siguientes parámetros de evaluación de sanciones pecuniarias: “la naturaleza y gravedad de la infracción; el beneficio económico obtenido con motivo de ésta; la intencionalidad y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; la conducta anterior del infractor; el cumplimiento de los planes de recuperación, en su caso y la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes”. Por cierto, estos criterios recogen las lógicas del principio de proporcionalidad, por lo que es correcto estimarlos como derivaciones o especificaciones de dicho principio. No obstante, al estar reconocidos por la ley, su aplicación no obedece a la actuación de un principio jurídico (esencialmente distinto a una regla) sino a la ley misma que los consagra.

<sup>73</sup> Es el caso de todas las normas sancionatorias que rigen en nuestro sistema jurídico. Incluso las normas más anticuadas y menos garantistas, como el Código Sanitario, cuentan con márgenes de cuantificación.

<sup>74</sup> GÓMEZ 2018, 375-376.

<sup>75</sup> JUNCEDA 2008, 127.

<sup>76</sup> Por ejemplo, las Leyes N° 20.529 (que crea la Superintendencia de Educación), N° 21.091 (que crea la Superintendencia de Educación Superior) y N° 21.000 (que crea la Comisión para el Mercado Financiero).

<sup>77</sup> Por ejemplo, las bases metodológicas para la determinación de sanciones elaboradas por la Superintendencia del Medio Ambiente, establecidas por la Resolución Exenta N° 85, de 31 de enero de 2018.

Además, el lector se habrá percatado de que todos los parámetros de cuantificación señalados por las leyes son, como sucede con la misma proporcionalidad, conceptos jurídicos indeterminados, que por tanto cuentan con zonas de incertidumbre. Estos parámetros parecen estar dirigidos preferentemente a orientar la decisión administrativa y no tanto a robustecer su revisión<sup>78</sup>. No obstante, estos criterios también pueden conducir a una sofisticación del control judicial de las sanciones, siempre que los jueces los implementen con cautela, esto es, dentro de las zonas de certeza de cada uno de los conceptos<sup>79</sup>. ¿Qué se considera “beneficio económico”? ¿qué conducta anterior es susceptible de modificar la cuantificación de una sanción? ¿a qué se refiere la “intencionalidad”? Por más que reflexionemos sobre estas ideas, en muchos casos será necesaria la concurrencia de la decisión administrativa para su especificación.

Como hemos visto, son muy excepcionales las hipótesis en que al juez le basta un ejercicio interpretativo simple para descubrir actuaciones excesivas. Por ello, parece necesario articular criterios dotados de mayor objetividad que habiliten a los jueces a abarcar una mayor cantidad de supuestos.

## 2. Los test de Alexy como base inicial para la formulación de criterios

¿Cómo elaborar estos criterios? Sin renunciar a las críticas que se han formulado sobre su pensamiento, los test de Alexy<sup>80</sup> facilitan significativamente esta tarea. Como se ha explicado, el objetivo de estos test consiste en determinar la relación entre una medida y su fin. En el caso de las sanciones, la medida consiste indudablemente en la sanción aplicada. Los fines de las sanciones son múltiples y probablemente inconmensurables<sup>81</sup>. Son muchos los principios jurídicos que una sanción puede pretender hacer efectivos, diversidad de la que ninguna lectura originalista o interpretación formalista nos permite escapar. Esta heterogeneidad axiológica dificulta la racionalidad de los test, pudiendo tornarlos impredecibles, abriendo, a la larga, un espacio para la arbitrariedad.

Ahora bien, el problema de la subjetividad puede aminorarse si predefinimos los “fines” de las sanciones desde una perspectiva funcional, considerando que tales fines consisten en hacer efectiva una norma de conducta obligatoria<sup>82</sup>. Como explica la doctrina, las sanciones cuentan “como la irrogación institucionalizada de un mal que expresa desaprobación frente al

<sup>78</sup> En términos conceptuales, son primordialmente normas de conducta, y en menor medida normas de control. Sobre esta distinción, véase, en general, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO 2015.

<sup>79</sup> Esto sucederá, por ejemplo, si la ley contempla como parámetro la “capacidad económica del infractor” y se establece una multa multimillonaria que afecta a personas naturales de medianos ingresos.

<sup>80</sup> La tarea de adaptación de los test al lenguaje del derecho administrativo sancionador es tributaria de la obra de DANIEL SARMIENTO 2007.

<sup>81</sup> URBINA 2012, 54 y ss.

<sup>82</sup> “Son, si se quiere, una de entre varias formas de hacer efectivas –de conceder *enforcement* a las reglas de conducta expresadas en disposiciones jurídicas” LETELIER 2018a, 210.

(previo) quebrantamiento de un estándar jurídico de comportamiento<sup>83</sup>. Una sanción administrativa consiste en una medida jurídica que el legislador aloja en las competencias de la administración para reaccionar ante determinadas infracciones que se produzcan en sus espacios de intervención.

De este modo, la relación entre “medida” y “fin” que presuponen los test de Alexy coincidirían en el derecho administrativo sancionador con el vínculo entre una medida sancionatoria y la valoración que se le otorga a una infracción concreta –mediada, en su determinación o cuantificación, por una decisión discrecional.

Bajo esta premisa, el test de idoneidad o adecuación conduciría a identificar sanciones que no sean adecuadas como reacción frente a una determinada infracción. Por su parte, el test de necesidad apuntaría a la búsqueda comparativa de la medida menos lesiva para un fin determinado.

La proporcionalidad en sentido estricto, no obstante, perdería su utilidad, pues la ponderación que este test supone solo resulta funcional ante una multiplicidad de fines o principios orientadores<sup>84</sup>, en tanto la premisa utilizada limita el fin a uno solo. En tanto máxima de ponderación, la proporcionalidad en sentido estricto se torna irrelevante cuando se trata de dilucidar si una medida cumple o grava un fin o principio determinado, pues su objeto es establecer comparaciones entre la afectación o satisfacción de dos o más principios.

En el contexto de sanciones administrativas predefinidas normativamente<sup>85</sup>, la verificación de la idoneidad resulta a todas luces superfluo. No es necesario aplicar ningún principio si una norma define que frente a una determinada infracción corresponde aplicar una sanción. Si tal conexión se infringe, y por tanto se aplica una sanción prevista por las normas o se impo-

<sup>83</sup> MAÑALICH 2014, 547.

<sup>84</sup> La ponderación es, en efecto, una forma de razonamiento complejo, que excede el carácter binario que los otros test poseen. Este método es un instrumento de gran relevancia para la administración en el contexto de decisiones que reposan en altísimos grados de libertad, cuando están en juego múltiples bienes jurídicos. El contexto más ilustrativo es el de la potestad planificadora. En estos casos, el legislador suele asignar un rol preponderante a la administración, sujetándola principalmente a máximas normativas de tipo finalista; es decir, a mandatos de optimización y no a reglas. En estos casos se despliega un tipo singular de discrecionalidad (denominada precisamente discrecionalidad planificadora) cuyo razonamiento debe responder a las máximas de la ponderación. Este mecanismo no es extensible a la determinación o cuantificación de sanciones administrativas. Al determinar o cuantificar la sanción aplicable a un caso, la administración está sometida a un marco normativo conformado por reglas y no por máximas de optimización. Por una parte, el ejercicio ponderativo es previo, pues ya fue realizado por el legislador al crear la norma sancionatoria. Por otra, la labor que corresponde a la administración no requiere de un juicio de ponderación sino de subsunción, consistente en conectar un supuesto de hecho (incompleto e imperfecto, y por ello discrecional) con una consecuencia jurídica. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO 2016, 101 y ss.

<sup>85</sup> En el estado actual de la jurisprudencia toca a la ley definir infracciones y sanciones administrativas, al menos en cuanto a su “núcleo esencial” (entre otros, Sentencia TC Rol N° 244 (1996)). Aunque referidas a sanciones que no son propiamente administrativas (sino impuestas por un Juzgado de Policía Local), en materia municipal parece detectarse una morigeración de esta regla.

ne una que no ha sido prevista, no es el principio de proporcionalidad el que las censura, sino la ley misma. La discrecionalidad no permite soslayar esta exigencia, pues no es inmune al control de los elementos reglados del acto entre los cuales se encuentra tal consagración legislativa.

Más complejo resulta el caso del test de necesidad. Las reglas sancionatorias suelen conferir a la administración márgenes más o menos importantes para cuantificar las sanciones que imponen, dentro de los cuales deben decidir discrecionalmente. Estos márgenes, sobre todo tratándose de multas pecuniarias, consisten en escalas relativamente definidas que prescriben sanciones más y menos gravosas. Este orden numérico otorga certeza a la definición, muchas veces compleja, de aquello que la proporcionalidad considera más o menos lesivo. Si aplicamos el test de necesidad a este orden escalonado de sanciones pecuniarias, una primera lectura parece conducir a una conclusión extraña: la administración debería aplicar la medida que más abajo se encuentre en tal escala, pues es la menos gravosa. Esta interpretación resulta obviamente inaceptable, pugnano contra la misma existencia de márgenes sancionatorios y la funcionalidad de las sanciones.

No obstante, cabe una apreciación más razonable de este test. Para ello, resulta necesario sostenerse en una nueva premisa, consistente en que el fin de una sanción solo será idéntico al de otra sanción cuando la infracción sea también idéntica<sup>86</sup>. Es decir, si se considera que el fin de una sanción administrativa cambia en tanto cambie la infracción frente a la cual la sanción reacciona. En ese contexto, el test de necesidad conduciría a suponer que, ante una infracción idéntica, el fin de la sanción que la reprima será el mismo<sup>87</sup>. En cambio, si la infracción es diferente, el fin de la sanción también será distinto, y por lo tanto se pierde la base sobre la que el test opera, tornándolo impracticable.

El análisis recién expuesto, en función de las premisas que hemos establecido, conduce a la siguiente afirmación: ante igual infracción, es *innecesario* que la administración aplique una sanción más gravosa, pues la sanción menos lesiva sería suficiente para cumplir el fin correspondiente. Atendido el valor imperativo del principio de proporcionalidad como mecanismo de control, esta afirmación puede expresarse en forma de máxima prohibitiva: a igual infracción, se prohíbe una mayor sanción. Aún más, si el tipo de infracción es idéntico, pero solo cambia su magnitud (por ejemplo, dos sanciones en materia de distribución eléctrica por falta de prevención de interrupciones, pero con un menor o mayor número de clientes afectados), la máxima puede también prohibir la imposición de sanciones mayores ante infracciones

<sup>86</sup> Ahora bien, subsiste un ítem indeterminado: ¿qué infracción es realmente idéntica a otra? Como con todo concepto jurídico indeterminado, el tribunal deberá declarar idénticas solo aquellas infracciones que lo sean con certeza o claridad.

<sup>87</sup> Por cierto, la asimilación de una infracción a otra también reposa sobre conceptos jurídicos indeterminados que, como todos, solo podrán ser aplicados cuando se encuentren en su "zona de certeza".

de la misma especie, pero de menor entidad, de modo que también “ante menor infracción se prohíbe una mayor sanción”<sup>88</sup>.

Por cierto, la medición de esta máxima no puede construirse en abstracto, pues, como se ha reiterado, la determinación y cuantificación de las sanciones están reservadas a la discrecionalidad administrativa. Solo la administración puede determinar cuál es la sanción que corresponde imponer ante determinada infracción. Por ende, para que la máxima no afecte estas legítimas potestades, su evaluación debe realizarse a partir de las evaluaciones que el mismo órgano sancionador ha realizado en otras ocasiones, esto es, a través de la revisión del precedente administrativo. Así, en el examen del precedente administrativo, el juez deberá constatar que, ante una infracción o un conjunto de infracciones sustancialmente idénticas, el ente sancionador ha aplicado sanciones menores.

En términos conceptuales, algunos podrían calificar esta operación dentro de lo que la doctrina denomina “reducción a cero de la discrecionalidad”<sup>89</sup>. El agotamiento de la discrecionalidad conlleva la posibilidad de que el juez defina la sanción por sí solo, pues las circunstancias habrían llevado a la conclusión de que solo hay una respuesta posible. La administración, al haber aplicado una sanción a una infracción determinada habría acotado su margen de decisión, autogenerándose la obligación de volver a aplicar la misma sanción en casos idénticos. Sin referirse a esta idea, es relativamente habitual que la jurisdicción se entienda habilitada para modificar por sí misma el monto de las sanciones administrativas (lo que es más problemático, aun sin previa determinación de criterios<sup>90</sup>).

No obstante, como explica Silvia Díez, el precedente administrativo no es nunca suficiente para agotar la discrecionalidad. Esta insuficiencia se explica por dos razones. Primero, porque el precedente administrativo no tiene jerarquía normativa<sup>91</sup>. Segundo, porque la decisión adoptada en un caso concreto (por tanto, frente a hechos concretos) no puede clausurar el margen de discrecionalidad establecido normativamente frente a un supuesto de hecho que, aunque similar, siempre será nuevo<sup>92</sup>. Por consiguiente, “[l]a consecuencia que tiene la invocación de un precedente administrativo idóneo es [solo] imponer una especial obligación de motivar las razones del cambio de criterio”<sup>93</sup>. Si no lo hace, es decir, si no se logra convencer al juez de que existen

<sup>88</sup> No sucedería lo mismo si la naturaleza de las sanciones no es evidentemente idéntica.

<sup>89</sup> HUERGO 2000, 319 y ss.

<sup>90</sup> De hecho, tal como la falta de criterios objetivos, este tipo de decisiones judiciales muestran que el juez está excediendo sus poderes. Estas determinaciones obedecen a una comprensión (al menos) poco ortodoxa de los poderes con que cuenta el juez en el control judicial de la administración. Un análisis sobre los poderes del juez tras declarar la ilegalidad de los actos administrativos se encuentra en VALDIVIA 2017.

<sup>91</sup> Esta falta de jerarquía normativa expresa, asimismo, un déficit de justificación jurídica que puede ser satisfecho por el principio de proporcionalidad.

<sup>92</sup> DÍEZ 2008, 295.

<sup>93</sup> DÍEZ 2008, 296.

buenas razones para cambiar el precedente, entonces el tribunal estará llamado a anular la sanción.

Este razonamiento puede aplicarse al control de la proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador. Si la sanción aplicada en un caso resulta más gravosa que la aplicada en otro caso con ocasión de infracciones idénticas, el tribunal estará habilitado para declarar que la sanción es desproporcionada, y en consecuencia podrá anularla.

Como se deja ver, la única aplicación objetiva del *test de necesidad* que observamos se confunde con el reconocimiento de un cierto carácter vinculante del precedente administrativo, lo que a su vez debe reflejarse en un requisito típico del acto administrativo, como es la motivación. El juez deberá, en consecuencia, examinar el precedente administrativo, evaluando si ante infracciones de idéntica entidad el órgano sancionador ha aplicado, en otras ocasiones, sanciones menores. Si ello ha sucedido, la sanción se consideraría (al menos en principio) excesiva. Una vez realizada esa operación, el juez deberá fijar su atención sobre la motivación del acto, valorando si otorga o no suficientes fundamentos para justificar el cambio de criterio. Si no lo hace, el juez deberá declarar la infracción al principio de proporcionalidad y anular la sanción.

### 3. Recapitulación

En suma, en términos analíticos, la aplicación del *test* se verifica a partir de un modelo puramente subsuntivo (y no ponderativo) del siguiente tipo:

1. En principio, y siempre que se encuentre dentro de los límites legales, la cuantificación de la sanción será correcta, pues obedece a una potestad discrecional de la administración. 2. Sin embargo, la sanción se considerará desproporcionada si confluyen los siguientes elementos:

- a) Ante igual infracción se hayan aplicado sanciones más gravosas, y
- b) La mayor cuantificación no ha sido especialmente motivada.

Como se aprecia, subsisten algunos elementos de indeterminación (¿qué infracción es "igual" a otra?, ¿qué significa que un acto esté "especialmente motivado"?), pero de mucho menor entidad a los observados en un inicio. Se ha logrado depurar y objetivar el contenido de la máxima de necesidad. Esta adaptación del *test de necesidad* parece consistir en una (¿la única?) aplicación razonable del principio de proporcionalidad en el control concreto de las sanciones administrativas. La proporcionalidad puede funcionar con objetividad, de este modo, dotando de relevancia jurídica a una aplicación específica del precedente administrativo como límite a las sanciones excesivas.

Esta afirmación final delata la lógica subsuntiva a que la proposición de criterios objetivos nos ha llevado, que parece subvertir la lógica principialista de la proporcionalidad. Aunque un ejercicio conceptual podría eventualmen-

te arribar a una conclusión más radical, en este trabajo no pretendemos cuestionar la terminología ni las bases dogmáticas del principio, que indudablemente está asentado en nuestro sistema jurídico como forma de control de las sanciones administrativas. Así, cualquiera sea la raíz teórica del paradigma de control propuesto, atenerse a él puede fomentar un control más razonable de la cuantificación y determinación de las sanciones, remediando de tal forma la subjetividad judicial que el principio parece haber propiciado en el campo sancionatorio.

## VI. La jurisprudencia reciente en la materia ¿motivo de optimismo?

Sin hacer referencia explícita al test de necesidad ni a la obligatoriedad del precedente administrativo, la Corte Suprema ha formulado recientemente algunos razonamientos que parecen ir en la línea de la objetivización del principio de proporcionalidad.

En "*Chilquinta con Superintendencia de Electricidad y Combustibles*", la Corte debía evaluar si una sanción impuesta a una empresa distribuidora de electricidad originada por un corte de energía era o no proporcionada. Para analizarlo, la Corte examinó otras sanciones aplicadas por el mismo órgano ante infracciones similares, arribando a la siguiente conclusión: "si bien la falta de diligencia que se reprocha a la reclamante amerita, desde luego, una sanción, no constituye, sin embargo, una conducta de tal gravedad que justifique la aplicación de un castigo desproporcionado, desigual o extremo, considerando las actuaciones previas de la misma autoridad, que, ante eventos semejantes, ha aplicado penas inferiores a la actual, proceder que se ve agravado si se considera que la autoridad reclamada no expuso razonamiento alguno que permita comprender cuáles serían las motivaciones que condujeron a su parte a fijar una sanción considerablemente más alta que otras aplicadas, con anterioridad, ante situaciones de similar entidad"<sup>94</sup>.

Fundamentos similares sostuvo en la sentencia *Transelec con Superintendencia de Electricidad y Combustibles*, donde también se discutía una sanción fundamentada en interrupciones de servicio en relación con el suministro de energía. La Corte afirmó, como fundamento para rechazar la demanda, que "el castigo que en estos autos se cuestiona se encuentra dentro del rango promedio de los 21 precedentes asimilables, recopilados por esta Corte Suprema en el baremo de sanciones impuestas por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, ordenado confeccionar para estos efectos"<sup>95</sup>.

De forma parecida, en la muy reciente *Colbún Transmisión*, la Corte planteó que "en su recurso de apelación la actora menciona, a título meramente ejemplar y reiterando los antecedentes ya expuestos en su reclamación, un total de siete casos previos, donde cinco de ellos conoció esta Corte, de casos homologables y más graves en cuanto a la extensión de clientes

<sup>94</sup> *Chilquinta Energía S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2021).

<sup>95</sup> *Transelec S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles Corte Suprema* (2021).

afectados y la duración o tiempo de interrupción que fueron sancionados por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, aplicando multas inferiores a la impuesta al apelante”<sup>96</sup>.

Sin duda, estos fallos demuestran un paso adelante de la jurisprudencia en el razonamiento de sentencias que invocan el principio de proporcionalidad para controlar sanciones administrativas, en la línea de lo que hemos concluido en las secciones previas. Las sentencias, no obstante, no están exentas de problemas.

En primer lugar, tanto en *Chilquinta* como en *Colbún*, la Corte decide determinar por sí misma el monto de las sanciones, en lugar de simplemente anular y reenviar el expediente al órgano administrativo (que es lo que correspondería, según los criterios que se han articulado en este trabajo). La Corte pondera por sí misma las circunstancias atenuantes y agravantes que la ley dispone, ejercicio que obviamente conduce a una intromisión en las potestades discrecionales del órgano sancionador.

Además, en todos los casos, el planteamiento de la Corte descansa –con mayor o menor rigor– en precedentes judiciales, que no administrativos. Solo tiene presente aquellos casos– que la Corte ha resuelto previamente, y no el conjunto extenso de casos que conforma el precedente administrativo –en *Colbún*, de hecho, solo emplea los precedentes invocados a título ejemplar por la reclamante. Esta limitación de la exploración del precedente puede prestarse para equívocos, pues podría pensarse que los casos sometidos a la jurisdicción suelen ser precisamente aquellos en que la cuantificación de la sanción resulta cuestionable.

## Conclusiones

En este breve texto hemos emprendido la búsqueda de criterios objetivos destinados a depurar la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de las sanciones administrativas. Tras un análisis de las raíces históricas y los matices teóricos del principio de proporcionalidad, en conexión con la doctrina de la discrecionalidad administrativa, hemos arribado a una solución que parece satisfactoria.

La falta de proporcionalidad de una sanción se produce cuando el juez verifica en el precedente administrativo que, ante una infracción similar (o menor), la administración ha aplicado sanciones de menor grado. Esta conclusión resulta de una vinculación de una forma depurada del test de necesidad de Alexy con las características dogmáticas de la discrecionalidad que caracteriza la cuantificación de sanciones administrativas.

Una vez declarada la desproporción, corresponde que el juez reenvíe el expediente a la administración, a fin de que rebaje la multa o bien agregue buenas razones que justifiquen conservar el monto determinado originalmente.

<sup>96</sup> *Colbún Transmisión S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2022).

De lo contrario, al resultar insuficiente el precedente administrativo para “reducir a cero” la discrecionalidad, se estaría excediendo en sus competencias.

Por supuesto, este análisis deja varias preguntas abiertas. Por ejemplo, no resuelve cuál es el estándar de convicción sobre el cual deberá descansar el razonamiento judicial. Tampoco soluciona problemas concretos que solo podrán analizarse caso a caso. Sin embargo, sus lineamientos pueden aportar coherencia y racionalidad en la aplicación del principio de proporcionalidad, haciendo más probable su correcta y efectiva utilización como instrumento de control de la cuantificación y determinación de las sanciones administrativas.

## Bibliografía citada

- ALEXY, Robert (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALEXY, Robert (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional* (91), 11-29.
- ARNOLD, Rainer et al. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Constitucionales* (1), 65-116.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2016). A vueltas con la ponderación. En Atienza, Manuel y García Amado, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación* (9-37), Lima-Bogotá, Pales-tra-Temis.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2016). *La forma del derecho*. Marcial Pons.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando y Salgado, Constanza (2018). *El Tribunal Constitucional desatado (2): La Constitución protege el abuso*. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2018/01/25/la-constitucion-protege-el-abuso/> [fecha de consulta: 18 abril 2023].
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano (1997). *La discrecionalidad administrativa*. Marcial Pons.
- BACKENKÖHLER CASAJUS, C.J. (2019). Transplante jurídico. *Revista en cultura de la legalidad*, N° 17, 262-275.
- BARCELONA LLOP, Javier (1994). Responsabilidad por daños derivados de actuaciones policia-les. *Documentación Administrativa* (237-238), 333-390.
- BARNÉS, Javier (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración Pública* (135), pp. 495-522.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1996). El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (XVII), 275-284.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General*. LegalPublishing.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2012). Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública. *Revista de Derecho Administrativo* (7), 3-26.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2015). La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. En Carbonell, Miguel, Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego [coords], *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo* (235-276), México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- CASINO RUBIO, Miguel (2021). La graduación ad hoc de las infracciones. Motivos para la discusión. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época* (16), 53-70.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014a). *Derecho administrativo sancionador*. LegalPublishing.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014b). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XLII), 399-439.
- CORDERO VEGA, Luis (2015a). La culpa infraccional en el Derecho Administrativo sancionador. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?id=903950&path=/Od/cb/> [fecha de consulta: 20 abril 2023].

- CORDERO VEGA, Luis (2015b). *Lecciones de derecho administrativo*, 2ª Edición. LegalPublishing.
- CORDERO VEGA, Luis (2020). El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia. Ediciones DER.
- CRAIG, Paul (2022). Varying Intensity of Judicial Review: A Conceptual Analysis. *Forthcoming, Public Law*.
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2008). *El precedente administrativo*. Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (1994). *De la arbitrariedad de la administración*. Civitas.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2014). La articulación de las potestades administrativas y jurisdiccionales en la aplicación de sanciones administrativas en el Derecho chileno: poderes distintos, pero complementarios. En ARANCIBIA, Jaime y ALARCÓN, Pablo [coords.], *Sanciones administrativas* (239-261). Thomson-Reuters/La Ley.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2018). Bases del derecho administrativo y sentencias del Tribunal Constitucional. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2018/03/27/bases-del-derecho-administrativo-chileno-y-sentencias-del-tribunal-constitucional.aspx> [fecha de consulta: 20 abril 2023].
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2009). El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia. Disponible en: <https://edwinfigueroaag.files.wordpress.com/2015/08/lecturas-6-garcia-amado-juicio-de-ponderacion-y-sus-partes-25-p.pdf> [fecha de consulta: 18 abril 2023].
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos", en: *Revista de Administración Pública* (38), 160-205.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo (1984): *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2008). *Curso de Derecho Administrativo*, 14ª Ed. Thomson-Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª Ed. Thomson-Civitas.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2016). El principio de proporcionalidad como parámetro de control de la legislación de interés especial. *Anuario de Derecho Público* 2016. Ediciones Universidad Diego Portales, 429-448.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2018). Discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración. Límites y mecanismos de control a su ejercicio (Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2019). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *Revista Ius et Praxis* (26), 2, 193-218.
- HUERGO LORA, Alejandro (2000). Pretensiones de condena en el contencioso-administrativo Navarra, Aranzadi.
- HUERGO LORA, Alejandro (2017). *Las Sanciones Administrativas*. Iustel.
- JUNCEDA MORENO, Javier (2008). Los principios de proporcionalidad y prescriptibilidad sancionadores. *Revista Documentación Administrativa* (280-281), 119-131.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2015). La ejecutoriedad de las sanciones administrativas, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el caso Mackenna. *Anuario de Derecho Público* 2015 Ediciones Universidad Diego Portales.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Polít. crim.* (12), 24, 622-689.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2018a). El precio del *statu quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. *Revista de Derecho (Valdivia)* (XXXI), 1, 209-229.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2018b). El retroceso a Soto Kloss. Tribunal Constitucional y sanciones administrativas en materia de aguas". Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-retroceso-a-soto-kloss-tribunal-constitucional-y-sanciones-administrativas-en-materia-de-aguas/> [fecha de consulta: 20 abril 2023].

- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2018c). Sentencia TC SERNAC: una sentencia no minimalista. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/01/23/Sentencia-TC-Sernac-una-sentencia-no-minimalista.aspx> [fecha de consulta: 20 abril 2023].
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2020). Sanciones administrativas regulatorias: tres premisas sobre su función. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 65-83.
- LODOÑO MARTÍNEZ, Fernando (2014). Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio. *Revista de Derecho (Valdivia)* (27), 2, 147-167.
- MACRORY, Richard (2006). Regulatory Justice: Making Sanctions Effective. Disponible en: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121205164501/http://www.bis.gov.uk/files/file44593.pdf> [fecha de consulta: 20 abril 2023].
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2008). La pena como retribución. *Estudios públicos* (108), 117-205.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2014). El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Polit. Crim.* (9), 18, 543-563.
- MONTERO CARTES, Cristián (2021). Reflexiones en torno a la construcción de la noción de sanción jurídica: el indispensable recurso a la teoría general a objeto de distinguir la sanción administrativa de la pena judicial. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* (4), 125-151.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2018). Notas sobre el principio de proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional. *Revista de Derecho Público*, N° especial, 309-322.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª Ed. Tecnos.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006). El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (2), 76 y ss.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (1972). El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal. *Revista de Administración Pública* (69), 41-93.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2014). Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa. *Revista General de Derecho Administrativo* (36), 1-26.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio et al. (2003). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, 2ª Ed. Editorial Jurídica.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2000). La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo. Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2008). Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española. *Revista de Administración Pública* (178), 157-194.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2015). Normas de conducta y normas de control", en: *In Dret* (1/2015), 2-46.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2016). *Metodología del derecho administrativo*. Marcial Pons.
- RUFFERT, Matthias (2007). The transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project. Ruffert, Matthias [ed.], *The Transformation of Administrative Law in Europe* (München, Sellier), 3-52.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1994). Discrecionalidad administrativa y control judicial. Tecnos.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel (2007). *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo*. Universidad del Externado de Colombia.
- SOTO DELGADO, Pablo (2015). Un mal caso para flexibilizar la tipicidad en el derecho administrativo sancionador. Comentario al fallo 'Empresa de Servicios Sanitarios ESSBIO S.A. con Seremi de Salud del Biobío' de la Corte Suprema, Rol N° 7397-2012. *Revista Chilena de Derecho* (42), 2, 701-714.
- SOTO DELGADO, Pablo (2017). Sanciones administrativas, principio de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revisa un acto administrativo. El Tribunal Constitucional como contencioso de multas en el Caso Cascada. *Anuario de Derecho Público 2017*. Ediciones Universidad Diego Portales. 287-332.
- SOTO DELGADO, Pablo (2021). El reproche personal en el derecho administrativo sancionador. Tirant lo Blanch.

- URBINA MOLFINO, Francisco (2012). A critique of proportionality. *The American Journal of Jurisprudence*, N° 57, 49-80.
- URBINA MOLFINO, Francisco (2018). Fallo SERNAC: un problema de justificación". Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2018/03/27/bases-del-derecho-administrativo-chileno-y-sentencias-del-tribunal-constitucional.aspx> [fecha de consulta: 20 abril 2023].
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2017). Reflexiones sobre las acciones en derecho administrativo", en: Marín, Juan Carlos y Schopf, Adrián [eds.], *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*. Thomson Reuters.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018a). Constitucionalidad de las sanciones administrativas en materia de aguas. Disponible en: <http://regcom.cl/2018/01/04/constitucionalidad-las-sanciones-administrativas-materia-aguas/>, 2018 [fecha de consulta: 20 abril 2023].
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018b). *Manual de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2020): *Administraciones públicas y derechos administrativos*. Marcial Pons.
- VON HIRSCH, Andrew (1992). Proportionality in the Philosophy of Punishment, *Crime and Justice* (6), 55-98.
- VON HIRSCH, Andrew (1993). *Censure and Sanctions*. Oxford University Press.
- WAHL, Rainer (2013). Los últimos cincuenta años de derecho administrativo alemán. Marcial Pons.
- ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira (2010). El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Ius et Praxis* Año 16, N° 2, 249-272.

## Normativa Citada

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 52. 18 de diciembre de 2000.
- Ley N° 20.529 de 2011. Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación parvularia, básica y media y su fiscalización. 11 de agosto de 2011. D.O. N° 40.046.
- Ley N° 21.000 de 2016. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. 10 de febrero de 2016. D.O. N° 41.379.
- Ley N° 21.091 de 2018. Sobre Educación Superior. 11 de mayo de 2018. D.O. N° 42.054.
- Resolución Exenta 85 de 2018 [Superintendencia del Medio Ambiente]. Aprueba bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales. 31 de enero de 2018.

## Jurisprudencia citada

- Chilquinta Energía S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2021): Corte Suprema, 12 de febrero de 2021 (Rol N° 83.664-2020). Tercera Sala. [Reclamo de ilegalidad].
- Colbún Transmisión S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2022): Corte Suprema, 12 de enero de 2022 (Rol N° 75.624-2021). Tercera Sala. [Reclamo de ilegalidad].
- Colegio Santo Tomás Curicó Limitada con Superintendencia de Educación (2020): Corte Suprema, 14 de febrero de 2020 (Rol N° 24.006-2019). Tercera Sala. [Recurso de Reclamación].
- Control de constitucionalidad respecto del artículo 29 del Decreto Ley N° 3538, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, 29 de septiembre de 2016 (Rol N° 2922-2015). Pleno. [Control de Constitucionalidad].
- Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna, 26 de agosto de 1996 (Rol N° 244-1996). Pleno. [Control de Constitucionalidad].
- Corporación Monte Aconcagua con Superintendencia de Educación (2020): Corte Suprema, 10 de marzo de 2020 (Rol N° 20.943-2020). Tercera Sala. [Recurso de Reclamación].

- Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente (2016): Corte Suprema, 13 de diciembre de 2016 (Rol N° 17.736-2016). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Fitch Chile Clasificadora de Riesgo Limitada con Superintendencia de Valores y Seguros (2016): Corte Suprema, 19 de mayo de 2016 (Rol N° 7.560-2015). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Fuchs y Plath con Fisco (1908): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 enero de 1908.
- Fundación Educacional Colegio Leonardo Murialdo de Valparaíso con Superintendencia de Educación (2020): Corte Suprema, 5 de junio de 2020 (Rol N° 25.738-2019). Tercera Sala. [Recurso de Reclamación].
- Ilustre Municipalidad de Maipú (2019): Corte Suprema, 17 de junio de 2019 (Rol N° 8.487-2018). Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Sociedad Educacional Fénix Spa con Superintendencia de Educación (2019): Corte Suprema, 20 de diciembre de 2019 (Rol N° 11.987-2019). Tercera Sala. [Recurso de Reclamación].
- Transec S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles Corte Suprema (2021): Corte Suprema, 5 de julio de 2021 (Rol N° 38.165-2021). Tercera Sala. [Reclamo de ilegalidad].
- Velásquez Sánchez Néstor con Superintendencia de Valores y Seguros (2020): Corte Suprema, 31 de julio de 2020 (Rol N° 29.982-2019). Tercera Sala. [Reclamo de ilegalidad].



# El impacto económico de las normas de indemnización de perjuicios en la expropiación de concesiones mineras de explotación en Chile entre los años 1925 a 2010

The economic impact of the regulations of compensation for damage in the expropriation of mining concessions in Chile between the years 1925 to 2010

Juan Guillermo Torres Fuentealba<sup>1</sup>

La certeza jurídica requiere, dentro de otras materias que, en caso de expropiación de los bienes de los privados, se les indemnice por el daño patrimonial efectivamente causado. En este artículo revisaremos las normas jurídicas que han regulado, a nivel constitucional y legal, a contar del Código de Minería de 1932, la manera de determinar la indemnización de perjuicios que se le ha de pagar a un concesionario minero de explotación, producto de una expropiación. Se realizará un especial análisis de la ley que Nacionalizó a la Gran Minería del Cobre en 1971, revisando si en las discusiones de la ley o en la doctrina, se

Legal certainly requires, among other matters, that in the event of expropriation of your assets, you be compensated for the patrimonial damage caused. In this article, we will review the legal norms that have regulated, at the constitutional and legal level, as of the Mining Code of 1932, the way to determine the compensation for damages that must be paid to a mining exploitation concessionaire, product of an expropriation. A special analysis of the law that Nationalized Large Copper Mining Companies in 1971 will be carried out, reviewing whether in the discussions of the law or in the doctrine, the eventual eco-

RESUMEN / ABSTRACT

<sup>1</sup> PhD. en Derecho en Pontificia Universidad Católica de Chile ©. Magíster en Derecho, mención Regulatorio y Magíster en Derecho, mención Empresa, ambos de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: jgtorres1@uc.cl; Dirección postal: Compañía de Jesús N° 1390, of. 1509, Santiago, Chile.

Artículo recibido el 9 de marzo de 2023 y aceptado el 10 de junio de 2023.

consideran los eventuales impactos económicos –costos y beneficios– de su aplicación. Finalmente, haremos un análisis de nuestra actual legislación minera, en lo que respecta al art. 11° N° 3 de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, la que tuvo criterios económicos para su consagración y donde acreditaremos la efectividad de ésta y procuraremos la mantención de este numeral y la normativa en materia de expropiación e indemnizaciones consagradas en la Constitución Política de la República de 1980.

**Palabras clave:** expropiación, indemnización, concesiones mineras, gran minería del cobre.

economic impacts –costs and benefits– of its application were taken into account.

Finally, we will make an analysis of our current mining legislation, with regard to art. 11° N° 3 of the Organic Constitutional Law of Mining Concessions, which had economic criteria for its consecration and where we will accredit its effectiveness and we will seek the maintenance of this numeral and the regulations on expropriation and compensation enshrined in the Political Constitution of the Republic of 1980.

**Keywords:** expropriation, compensation, mining concessions, Large Cooper Mining Companies.

## Introducción

La determinación de la indemnización de perjuicios que se le pagará al titular de una concesión minera de explotación en caso de expropiación y su forma de pago constituyen las materias esenciales, dentro de otras, que considera un inversionista extranjero o nacional para invertir en el rubro. Esto se encuentra regulado en el art. 11° N° 3 de la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (“LOCCM”). Durante décadas esta normativa no había sido cuestionada, en razón de la atracción de inversiones privadas mineras en Chile. Recientemente, durante el proceso fallido de la Convención Constitucional se propusieron cambios en estos asuntos, pero sin sopesar los impactos económicos de dichas medidas en la industria minera. Por lo cual, se hace necesario hacer un trabajo que profundice en este asunto, al no existir trabajos que versen sobre ello, verificando en la “historia fidedigna” de este numeral de la LOCCM si se sopesaron los impactos económicos que tendría esta normativa, así como la legislación que existió con anterioridad y sus consecuencias económicas en la minería privada.

En nuestra postura, el artículo 11° N° 3 de la LOCCM ha sido determinante para el incremento de las inversiones mineras en Chile. Esto en razón de que no limitó la potestad soberana del Estado para expropiar las concesiones mineras de explotación, siempre y cuando se sujetaren a los presupuestos constitucionales; y, con relación a los concesionarios, les garantizó que en el evento de que se expropiaren sus pertenencias mineras, entendidas bajo un régimen de propiedad plena del concesionario, se les pagaría una indemnización por el daño efectivamente causado, esto es, por el Valor Presente de los Flujos Netos de Caja (VPFNC).

Identificaremos las normas jurídicas que han regulado y consagran actualmente el derecho de propiedad y la expropiación a contar del año 1925 hasta el año 2010. Esto, con la finalidad de exponer las similitudes y dife-

rencias que han tenido estas materias en nuestro país en el referido periodo de tiempo y si se analizaron en sus discusiones parlamentarias los efectos económicos de dicha normativa, previendo éstos. Procederemos, también, a describir la normativa del derecho minero que ha regido y rige en Chile a contar del año 1925 hasta el año 2010, solo en lo que respecta al dominio del Estado sobre las minas y al derecho del concesionario minero. Esto, con la finalidad de exponer las similitudes y diferencias que han tenido estas materias en nuestro país en el referido periodo de tiempo. No profundizaremos en un estudio de las normas jurídicas, según el Análisis Económico del Derecho, sin perjuicio de que se hará un tratamiento somero según sus métodos. Se llevará a cabo para verificar (o no) si incidió el cambio de normativa que expusimos previamente en las inversiones mineras en el ámbito privado. Finalmente, demostraremos que el art. 11° N° 3 de la LOCCM ha sido esencial para que se desarrollen proyectos mineros por los privados en Chile y se debe mantener incólume.

#### I. El derecho del concesionario minero respecto de las minas, su afectación por medio de la expropiación y la forma de determinar la indemnización de perjuicios, bajo la constitución política de 1925 y del código de minería de 1932

La Constitución Política de 1925 ("CPR de 1925"), en lo que respecta al derecho de propiedad, lo consagró en su art. 10 N° 10, en sus diversas especies, precisando sus facultades de adquirirlo y conservarlo, además de sus atributos<sup>2</sup>. Desde su entrada en vigor, el referido artículo había sido modificado en virtud de la Ley N° 15.295, debidamente refundido en la ley N° 16.215, de 20 de enero de 1967<sup>3</sup>. En lo que nos atañe a este artículo, consagraba el referido numeral, que se podía privar del derecho de dominio a su titular por acto de expropiación, lo que se debía materializar en virtud de una ley general o particular, siempre y cuando tuviese como fundamento la utilidad pública o el interés social. Como toda expropiación constituye una causal de extinción del dominio del bien del afectado, la misma carta fundamental consagró la forma de compensarlo, esto es, por medio de una indemnización de perjuicios,

<sup>2</sup> "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: [...] La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna. Nadie puede ser privado de su dominio; ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente. El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública". CHILE, Constitución Política de la República de 1925, art. 10 N° 10.

<sup>3</sup> La otra modificación que tuvo la garantía de la propiedad en la Constitución Política de 1925, previo a la reforma constitucional de 1971, que se aprobó, fue en 1963. La última reforma a dicho articulado sería mediante el Acta Constitucional N° 3, el día 13 de septiembre de 1976. Así resumido en: GARCÍA 2019, 75.

cuyo monto se determinaría considerando no solo el interés del expropiado, sino que también de la colectividad. Este artículo fue modificado por la ley que permitió la nacionalización de la Gran Minería del Cobre (“GMC”)

### 1. Antecedentes de la Nacionalización de la GMC

En el año 1971, dentro del gobierno del Presidente Allende, se ingresó por medio de un mensaje presidencial, una reforma constitucional que permitiría efectuar la nacionalización-y no expropiación- de las empresas de la GMC y estableció las formas de determinación del monto que se pagaría a los expropiados por concepto de indemnización de perjuicios, en el evento de ser procedentes. Dentro de su “historia fidedigna”, consta que se pretendió con esta ley un cambio drástico del modelo de desarrollo de la industria minera<sup>4</sup>.

Debemos recordar que, en el año 1971, en el cual tuvo lugar la discusión legislativa de la ley que nacionalizó a las empresas de la GMC, estaba plenamente vigente el conflicto de la guerra fría. El Gobierno del Presidente Allende quería hacer un cambio sustancial en materia económica y las formas de producción en Chile. El Estado tendría un papel preponderante, lo que fue cimentado desde unos años antes, a contar de la política de la “Nueva Frontera” propugnada por el Presidente de Estados Unidos John Fitzgerald Kennedy, y asentada en los gobiernos de Chile de don Jorge Alessandri Rodríguez y de don Eduardo Frei Montalva, que dieron lugar a la reforma agraria. Durante el gobierno de la Unidad Popular se continuaría el proceso de expropiación de la propiedad rural, pero ahora se extendería a otros rubros, abarcando con ello a la GMC. Si no se modificaba el régimen jurídico que regulaba estos asuntos, era imposible concretar el anhelado cambio en la industria minera, por lo cual, el gobierno de la época instó en su primer año de gobierno a la reforma constitucional en comento<sup>5</sup>. En la discusión legislativa no hay constancia de estudios, de acuerdo al Análisis Económico del Derecho, esto es, que dieran cuenta de los impactos que tendría ésta en la industria minera una vez que estuviere vigente, en la inversión de los privados o los beneficios que reportaría la explotación de estos yacimientos para el Estado, considerando que no tenía la expertise idónea para su continuidad. Se desatendió establecer criterios objetivos de evaluación de la

<sup>4</sup> La nacionalización de la GMC ya se encontraba en los programas de gobiernos de los entonces candidatos a la Presidencia, don Salvador Allende y don Radomiro Tomic. Inclusive, los parlamentarios opositores al gobierno, para justificar su apoyo al proyecto de ley de reforma constitucional hicieron presente estos argumentos para la materialización de éste. Si la ciudadanía eligió a Salvador Allende, señalaban ellos, en cuyo programa de gobierno se encontraba la nacionalización de la Industria Minera, la ciudadanía validó con ello, el presente proyecto de ley. En lo que respecta a la fundamentación de los partidos políticos de derecha al proyecto de ley, véase la declaración del H. Senador señor Bulnes en: Sesión del Senado (“SS”), Sesión 23, del 19 de enero de 1971, p. 850.

<sup>5</sup> El H. Senador señor Miranda estimaba que la adecuación de las normas jurídicas relativas a la GMC debía ajustarse a la maduración de la aspiración de la nación de ejercer plena soberanía sobre sus recursos naturales. Nuevamente, las consecuencias económicas de este cambio no se fundaban en analizar los impactos económicos que tendría este cambio legislativo para el país. Así, véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, p. 841.

indemnización de perjuicios que se pagarían producto de las expropiaciones, el incumplimiento del pago de las acciones por parte del Estado en razón del capital accionario comprado y prometido comprar a las empresas mineras norteamericanas, en razón del proceso de chilenización del cobre, y como afectarían tales cambios jurídicos a la atracción o desafección de nuestro país para la inversión extranjera y nacional. Solo se aludió en su discusión parlamentaria a obtener la independencia económica de Chile y la recuperación de los minerales, obedeciendo a motivos ideológicos, más que económicos<sup>6</sup>.

Esta modificación se sustentó, entre otras razones, en que el interés colectivo se debía superponer al interés del individuo, por lo tanto, el interés de los privados que permitió el desarrollo de las empresas mineras ahora debía supeditarse al interés de la nación o del Estado<sup>7</sup>.

Debemos recordar que durante la Presidencia de don Eduardo Frei Montalva se llevó a cabo la "chilenización" del Cobre. Producto de ella, la GMC estaba constituida por sociedades anónimas mixtas, donde sus socios eran empresas privadas extranjeras y el Estado de Chile-o sus empresas-. Este último se constituyó en accionista de éstas en virtud de contratos-leyes<sup>8</sup>. Se vendió- y prometió vender- por las empresas norteamericanas sus acciones al Estado de Chile, las cuales se pagarían en cuotas y que le permitirían a este último aumentar su participación en estas sociedades mixtas<sup>9</sup>. La legislación que se dictó para tales efectos y también, en virtud de ella, se ejecutaron actos por el Poder Ejecutivo que generaron obligaciones contractuales y que tuvo como su punto de culminación la adquisición de las referidas acciones, que le permitió al Estado, por medio de sus empresas, estar asociado a los privados para explotar sus yacimientos mineros<sup>10</sup>.

En lo que a este trabajo atañe, resulta de especial interés los derechos adquiridos por las partes y las obligaciones emanadas de sus actos, para efectos de determinar las implicancias y consecuencias económicas de la modificación constitucional que permitió la nacionalización de la GMC y sus impactos económicos en la industria minera y si se efectuó alguna previsión

<sup>6</sup> SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, p. 832.

<sup>7</sup> SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, p. 832. Relativo a la ideología marxista de Allende, véase en: CASTRO y otros (2019) p. 34.

<sup>8</sup> No profundizaremos en la discusión que existió en ese entonces, respecto a la existencia o validez de los contratos-ley, ya que se aleja del objeto de este trabajo.

<sup>9</sup> Para conocer los requisitos formales requeridos para la constitución de las sociedades mineras mixtas, véase: MONTERO 1969.

<sup>10</sup> Sin perjuicio de los avances obtenidos en este periodo, existía en ese entonces un malestar en el Partido Socialista, que estimó que el Estado no fue beneficiado "justamente" por la explotación de sus recursos naturales, sino que solo las empresas extranjeras habían obtenidos réditos de su existencia. El mismo H. Senador señor Altamirano aludía de que al momento de discutir las normas que dieron lugar a la Chilenización del Cobre, se había cometido el error de avaluar de manera excesiva las inversiones realizadas por las empresas mineras extranjeras y que luego (una vez aprobada dicha legislación), habían existido problemas en la administración de las empresas mixtas llevadas a cabo por las transnacionales. Así, puede observarse en: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 858.

de estas consecuencias. El gobierno solo se enfocó en encontrar la fórmula jurídica que le permitiese legalmente hacerse de los bienes de la minería, haciendo caso omiso-y deliberadamente- a las obligaciones emanadas de estos contratos, según se puede apreciar en las actas del Senado donde consta la discusión de este proyecto de ley. En las actas del Senado no se aluden a los impactos previsibles que tendría el intentar evadir estas obligaciones, sino que solo tuvo como objetivo que el Estado de Chile tuviera el dominio de las minas y con ello, dominar la producción del cobre y se hizo caso omiso a los compromisos adquiridos<sup>11</sup>.

## 2. Antecedentes dogmáticos del dominio minero del Estado en las minas, previo a la Reforma Constitucional de 1971

Han existido diversas posiciones doctrinarias, previa a la ley de expropiación de la GMC, que pretendieron resolver el vínculo jurídico entre el Estado y las minas<sup>12</sup>. Por un lado, la teoría del “dominio eminente”, permitió fundar la propiedad original de éste, pero era solo transitoria, ya que su propiedad, valga la redundancia, fenecía al momento de que se efectuaba un descubrimiento por los privados, que terminaba con la constitución de la concesión minera<sup>13</sup>. La CPR de 1925 y el Código de Minería de 1932 (“CM de 1932”) fueron las fuentes normativas de mayor jerarquía del Derecho minero chileno, cuya normativa se encontraba vigente en esa fecha. A juicio de la doctrina mayoritaria de la época, el Estado tenía una especie de tuición de las minas, cuya prerrogativa tendría por objeto la de entregárselas a los particulares. El Estado no tenía, siguiendo esta línea argumentativa, un derecho de propiedad definitivo sobre las minas, por lo cual, velando por el derecho de propiedad de los privados, estos últimos podían adquirirlos una vez descubiertas las minas, siempre y cuando hubieren cumplido con los requisitos legales<sup>14</sup>.

La otra doctrina del dominio minero del Estado sobre las minas fue la “regalista” en virtud de la cual se consagraba la propiedad del Estado sobre todas las minas. Los privados no tienen derecho alguno sobre las minas, por lo cual, al perder su principal activo, se desincentiva la inversión privada en el rubro. El Estado no dispone de los recursos necesarios para explotar todos los yacimientos mineros, y menos aún, puede realizar inversiones mineras cuantiosas, ya que son altamente riesgosas y tiene recursos limitados para satisfacer necesidades sociales. Lo que se debía potenciar por tanto era el de-

<sup>11</sup> SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 836 y 837.

<sup>12</sup> Para conocer las teorías del dominio minero del Estado sobre las minas que se tenían a la vista en dicho período, véase: URIBE, 1948 27-33. En cuanto al titular de la pertenencia minera, de acuerdo al Código de Minería de 1932, su régimen de propiedad se basaba en el de la propiedad inscrita, lo que se materializa con la inscripción del acta de mensura en el Conservador de Minas respectivo. Esto, en: URIBE 1948, 259-260.

<sup>13</sup> VERGARA 2018, 209.

<sup>14</sup> Al igual que a Vergara, no nos satisface que se le prive del derecho de propiedad de las minas al Estado, ya que del solo análisis exegético de la norma del Código Civil y de su historia fidedigna, aparece prístinamente consagrado el dominio del Estado sobre ellas, sin perjuicio del derecho de los particulares. Véase: VERGARA 2018, 207-247.

recho de propiedad sobre las minas del privado<sup>15</sup>. Su justificación legal descansaba en el artículo primero del CM de 1932 que establecía expresamente que “[e]l Estado era el dueño de todas las minas de oro, plata, cobre [...]”<sup>16</sup>.

Los concesionarios mineros, en virtud de lo que la doctrina denominó y acogió como posición jurídica predominante de nuestra legislación fue la del “dominio eminente”. Los privados por ende tenían las facultades de catar y cavar las minas, la de constituir concesiones de exploración o de explotación, y éstos se encontraban protegidos por el derecho de propiedad constitucional. El Estado otorgaba por medio de la autoridad judicial competente estas concesiones de exploración y de explotación en favor de los privados. Los concesionarios mineros, atendido lo dispuesto en el CM de 1932 y de su concesión minera, eran propietarios de todas las sustancias minerales que se encontraran dentro de los límites de su concesión, salvo excepciones<sup>17</sup>. A su vez, los concesionarios solo tenían la obligación de pagar una patente minera anual. Por lo tanto, la única forma constitucional de que se afectase el derecho de propiedad de los concesionarios mineros por parte del Estado era mediante la expropiación, y no la nacionalización-por lo cual también fue un motivo para hacer una reforma constitucional que lo incorporase-, cuya regulación se encontraba regulada en el extinto artículo 10 N° 10 de la CPR de 1925. La doctrina del “dominio eminente” fue la que imperó, en forma previa a la reforma constitucional que permitió la nacionalización de la GMC.

## II. Nacionalización de la GMC. dominio del estado sobre las minas y la participación de los privados, de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 17.450

Para que el Estado pudiese expropiar los bienes de las empresas de la GMC, debía asentar que el Estado tenía el dominio exclusivo, excluyente, absoluto e imprescriptible de las minas<sup>18</sup> y con ello, rechazar la doctrina del “dominio

<sup>15</sup> Para tener un conocimiento de las diversas doctrinas sobre el dominio minero, véase: BULNES 2012<sup>a</sup>, 29-44.

<sup>16</sup> Al momento de comentar en su obra acerca de los orígenes de este artículo, hacen alusión de que reiteró lo ya consagrado en los Códigos de Minería de los años 1888 y de 1930. Profundizando en sus alcances, hacen mención a las desestimaciones de modificaciones propuestas a este artículo, cuyo debate se dio en la Comisión Revisora de 1932. Según éstos, el señor Alejandro Lira hizo presente que el Estado no tiene dominio patrimonial sobre las minas, salvo aquellas sustancias reservadas para el mismo. Agregan los autores, que en los Códigos pretéritos pese a la discusión doctrinaria que existía acerca del dominio del Estado sobre las minas, no había derivado aquello en juicios. Así en: RUIZ y DÍAZ 1940, 29 y 30.

<sup>17</sup> El profesor Ruiz estimaba que la redacción legal no era la idónea, ya que el concesionario minero no se hacía propietario solo de las sustancias minerales, sino que también de las minas o de los depósitos naturales de éstas. Para fundar esta aseveración, indicaba que las sustancias mineras durante la explotación se presentan mezcladas con las otras. Los privados, de acuerdo a dicho cuerpo normativo, no se hacían dueños de las sustancias reservadas al titular del predio superficial, al Fisco, ni las minas del carbón. Así, véase: Ruiz 1949, 116-120. Respecto de las sustancias mineras, ver: Chile, Código de Minería de 1932, art. 82.

<sup>18</sup> Se excluyen, tal como en nuestra actual legislación minera vigente, a las arcillas superficiales.

eminente". Se pretendió desde el primer momento por el Ejecutivo de que no existieran interpretaciones doctrinarias contradictorias en este asunto. Primó la teoría "regalista", por sobre la teoría del "dominio eminente" del Estado y así se pudo excluir del monto de la indemnización de perjuicios a pagarse a los expropiados el valor de las concesiones mineras de explotación, ya que, por temas lógicos, no corresponde el pago de éstos, ya que el Estado era el único dueño de las pertenencias<sup>19</sup>.

#### 1. El Estado como dueño de las minas

Se consagró mediante el art. 1° de la Ley N° 17.450 (modificando ello el art. 10° N° 10 de la CPR de 1925) que el Estado es el dueño absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales.

Si el Estado es el dueño de las sustancias mineras concesibles, situación que acaeció con la modificación constitucional, se relativizó el derecho del privado como concesionario minero. Del solo tenor de esta disposición, se impidió al privado tener un dominio pleno de las minas, pese a que hayan constituido sus concesiones mineras, bajo las prerrogativas de la CPR de 1925 y del CM de 1932. Al tener lugar esta modificación constitucional, se cambiaron drásticamente las reglas del juego y que, en definitiva, debilitó el título minero del privado, siendo aún concesionario minero, pero no es el dueño de las minas<sup>20</sup>. En la década de los setenta, la industria minera requería de grandes inversiones y que suponían un alto riesgo, y en el evento de que sea fructífero, les permitirían finalmente desarrollar un proyecto minero. Las rentabilidades de su explotación se obtenían luego de años, por lo cual, es fundamental tener un ordenamiento jurídico estable y que resguarde el derecho de propiedad de los privados. Con la modificación constitucional se cercenó el derecho de propiedad del titular del proyecto, en este caso de las empresas de la GMC, ya que les privó de su insumo más importante, que son las minas. Se desincentivó a los privados nacionales y extranjeros para que invirtieran en la industria minera. No se analizó por el gobierno del Presidente Allende, ni tampoco en el Congreso Nacional, según da cuenta el mensaje presidencial y las actas del Senado, si las pérdidas soportadas por el Estado y la nación toda, considerando el eventual beneficio que se obtendría por éste de la explotación de dichos yacimientos mineros, sería conveniente llevar a cabo este proceso de nacionalización en los términos que finalmente se dieron.

<sup>19</sup> Así, véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 833.

<sup>20</sup> El H. Senador señor Miranda dejó constancia de este asunto, pero a pesar de ello, aprobó la reforma constitucional. Véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, p. 842. Así también, el H. Senador Aylwin, pero precisando que estimaba que sería el concesionario minero el titular de un derecho real administrativo, cuyo título serpia precario frente al del Estado. Así en: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 847.

A su vez, se determinó que el Estado es el propietario de las sustancias mineras concesibles, y se debió precisar a su vez la calidad y que derechos tendría, al tenor de esta reforma constitucional, el titular de una concesión minera. El concesionario minero tenía un derecho administrativo. No se encontraban delimitados sus derechos y obligaciones. Peor aún, se reconoció que no podían coexistir derechos que se contrapongan el título de dominio del Estado con el del concesionario minero, esto último fue con el fin de evitar que se pueda considerar un aumento de la indemnización de perjuicios que se debía pagar a los afectados de las expropiaciones<sup>21</sup>. Por lo cual se excluyó de toda base cálculo el pago de indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante provenientes por una expropiación del yacimiento minero. Se debilitó el título del concesionario minero, ya que, implícitamente se reconoció que la concesión no otorgaba un título de propiedad sobre las sustancias mineras que se emplazaban en el área de la concesión minera. El efecto negativo inmediato que tuvieron los concesionarios mineros fue que la banca no le suministró los créditos necesarios para su explotación, en razón de que el principal insumo que tenían las empresas para caucionar eran sus yacimientos mineros. Si las sustancias mineras son del Estado, ya no tendrían los privados el bien máspreciado para garantizar sus obligaciones.

Con esto, se consagró la calidad de concesionario del titular de una concesión minera de exploración o de explotación, pero no de las minas. Se constituyó un derecho real administrativo, distinto del derecho de dominio del Estado<sup>22</sup>. Los concesionarios mineros no tuvieron el resguardo de sus derechos adquiridos, por causal de caducidad establecida legalmente con posterioridad a la constitución de éstas, independiente de que sea por un hecho ajeno<sup>23</sup>. Esa fue la posición defendida por Uribe ante el Senado, pero reconociendo que había un desarrollo doctrinario y jurisprudencial privatista, esto, acorde con el desarrollo de la actividad minera por el sector privado, sobre todo a contar de fines del siglo XIX.

## 2. Nacionalización de la GMC

Al aprobarse la reforma constitucional, atendido lo establecido en el nuevo art. décimo séptimo transitorio de la CPR de 1925, el interés nacional y el ejercicio del derecho soberano del Estado, se nacionalizó y se declaró incorporado de pleno y exclusivo dominio de la nación, las empresas que constituyeron la GMC, además de la Compañía Minera Andina. Pasando con ello, a dominio fiscal todos los bienes de dichas empresas.

<sup>21</sup> Véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 867.

<sup>22</sup> Así lo reafirmó el señor Uribe, haciendo presente que el régimen de amparo minero constituía un régimen de caducidad y que no otorgaba derecho a indemnización alguna. Así, en: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 992.

<sup>23</sup> Lira reconoce que entre el periodo entre la dictación de la Ley N° 17.450 y la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, no tuvo existencia esta concesión administrativa derivada de la Nacionalización de la GMC. Agregaba este autor que esta nueva institucionalidad no fue la idónea para otorgarle seguridad jurídica al inversionista minero. Así, en: LIRA 2012, 38 y 39.

El artículo 10° N° 10 de la CPR de 1925 aseguraba a todos los habitantes de la nación la inviolabilidad del derecho de propiedad. En casos excepcionales, como lo es la utilidad pública, calificada por ley, se podía expropiar y con ella privar de ella, o de sus atributos, o facultades a los concesionarios mineros. El afectado tenía derecho a una indemnización de perjuicios que, de acuerdo a su regulación constitucional, era la que se “ajuste con él” o que se determine en el juicio correspondiente en el evento de no llegar a acuerdo.

No efectuaremos un análisis respecto de las diferencias o discusiones doctrinales que se hicieron respecto de la nacionalización y de la expropiación, sino más bien, aludiremos a sus consecuencias prácticas<sup>24</sup>. Como se comentó, lo que se pretendió con las normas jurídicas en comento fue conseguir el objetivo planteado por el Presidente Allende de tener y ejercer plena soberanía sobre la industria minera de Chile, y así excluir de sus rentabilidades a las empresas extranjeras. El Estado de Chile por medio de la reforma constitucional en comento privó del dominio de sus bienes a las empresas de la GMC, haciendo uso de la legislación, asumió que con la utilización de subterfugios legales se podía eludir los perjuicios económicos que reportaron tales actos atentatorios de la buena fe contractual y la seriedad institucional del Estado de Chile y sus instituciones. El problema suscitado en el Congreso fue determinar qué se debía nacionalizar. Se atendió más que a un criterio económico, a mecanismos jurídicos que impidieran a las empresas extranjeras poder demandar al Estado de Chile por indemnizaciones de perjuicios elevadas.

Chile tuvo un punto de inflexión bajo el gobierno del Presidente Allende al nacionalizar a la GMC y no pagar las indemnizaciones legales que correspondían. Una de las prioridades del gobierno de la Unidad Popular fue la nacionalización del cobre<sup>25</sup>, lo que terminó con la entrada en vigor de la Ley N° 17450, que modificó el artículo 10 N° 10 de la CPR de 1925. La nacionalización, a diferencia de la expropiación, partía del supuesto que las riquezas que tenían los Estados producto de sus recursos naturales podían volver a su patrimonio, puesto que primaba la satisfacción de un interés colectivo<sup>26</sup>. La nacionalización estuvo focalizada en la GMC, en la cual participaban, en calidad de socios u accionistas en las sociedades mixtas aludidas anteriormente, empresas de los Estados Unidos de Norteamérica. A diferencia de una expropiación, la nacionalización se distinguía, según quienes profesaban su existencia, entre otras cosas, en que la indemnización podía no existir, atendido sus fines<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Se siguió la literatura jurídica en lo referido al concepto de nacionalización asentado por el profesor búlgaro Katarov. La nacionalización se refiere a universalidades. La nacionalización es diferente a la expropiación, ya que, en ese caso, no necesariamente sea efectuaría un pago total de las indemnizaciones de perjuicios por los bienes nacionalizados.

<sup>25</sup> NOVOA 1972,104.

<sup>26</sup> NOVOA 1972, 137-146.

<sup>27</sup> NOVOA 1972, 145.

Se tuvo a la vista, pero no se trató en profundidad en la discusión parlamentaria del proyecto de ley, el hecho de que, al concretarse la nacionalización en los términos planteados por el gobierno, se afectaría su credibilidad, la fe pública y que nuestras autoridades, en representación del Estado, no cumplieran con sus compromisos legales. A pesar de estos alcances, aun así, se prosiguió con la tramitación del proyecto, donde se afectarían todos y cada uno de los puntos tratados. Se estaban cambiando las reglas del juego, se pretendió sustentar en un entramado de normas jurídicas que permitieron hacer viable la nacionalización, no teniendo a la vista la afectación de los derechos adquiridos por los privados. El objeto de los bienes a expropiar es un tema de gran relevancia, ya que, con el fin de no indemnizar conforme a derecho a las empresas extranjeras, se excluyó como bien de su propiedad a los yacimientos mineros. Debemos recordar que los minerales mientras no sean descubiertos, no tienen significancia económica. Inclusive, luego de su alumbramiento, dependerá de otros factores que conviertan un yacimiento viable económicamente. Es más, puede ser que en un momento dado no exista la tecnología o los medios idóneos para el procesamiento de mineral, pero en el futuro sea factible económicamente explotarlos por razones económicas, y así se obtengan ganancias significativas<sup>28</sup>.

Se excluyó también la posibilidad de nacionalizar a las sociedades anónimas mixtas. El Estado –sus empresas– tenía un acuerdo de adquisición del capital accionario restante en un plazo determinado. Por lo tanto, al nacionalizarse a las empresas, continuaba existiendo la razón social y como consecuencia de ello, se debían pagar los pasivos de éstas, cumplir con todos los contratos que hubiere celebrado y también, se debía compensar atendido el precio y valor estipulados en los estatutos de cada sociedad. Se rechazó finalmente, ya que el Gobierno no deseaba pagar una indemnización compensatoria<sup>29</sup>.

Otra de las alternativas que se discutió fue la de nacionalizar las acciones que tenían las empresas mineras extranjeras en las sociedades anónimas mixtas. El Estado ya era socio de éstas y bastaba con que se expropiasen las acciones restantes, debiendo considerarse el valor de ellas, atendido el patrimonio de las empresas<sup>30</sup>. Las razones esgrimidas por el gobierno, nuevamente, para evitar el pagar la indemnización que era procedente conforme a derecho fue rechazar esta idea y así, evitar un conflicto con la aplicación de la normativa de los Estados Unidos de Norteamérica.

Definitivamente, siguiendo el objetivo de la nacionalización se indicó que ésta afectaría solo a los bienes y derechos directamente destinados a la explotación de las empresas mineras de la GMC<sup>31</sup>. Adicionalmente a los

<sup>28</sup> Ya el H. Senador señor Bulnes aludía a la posible fragilidad en la que se encontrarían los concesionarios mineros, al poder ser conculcados sus derechos por un acto legislativo.

<sup>29</sup> Así, en: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 880 y 881.

<sup>30</sup> Véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 846.

<sup>31</sup> Se incorporaron también los bienes de la Compañía Minera Andina, cuyo principal accionista era Cerro Corporation, pese a que no cumplía con los requisitos de producción para pertenecer

argumentos referidos en este trabajo, para acreditar que no se tuvieron a la vista los impactos económicos para la industria y para el país de los cambios normativos, fue que inclusive para seleccionar los bienes de las empresas que serían objeto de la nacionalización, se atendía a criterios antojadizos del Gobierno. Se incorporó a la Compañía Minera Andina<sup>32</sup>, pese a no formar parte de este nivel industrial y se excluyó a otra empresa minera que se encontraba en la misma situación que esta compañía, que la tuvieron a la vista los legisladores en razón de su alta rentabilidad económica, pero de acuerdo a los estudios geológicos, la explotación de ella no abarcaría un tiempo mayor de ocho años, siendo un plazo muy corto para aprovechar sus rentabilidades<sup>33</sup>.

Con el objeto de proseguir con la explotación del yacimiento minero luego de la nacionalización y en el entendido de que muchos bienes necesarios para tales fines son suministrados por terceros -relacionados o no- se consagró la expropiación de estos bienes. Jurídicamente es sumamente cuestionable dicho actuar, ya que no son parte de las empresas nacionalizadas, al no pertenecer estos bienes a la GMC, ni tampoco están dentro de la empresa Andina. Como bien se precisó en la discusión en el Senado, al estar expuestos los terceros a los efectos de la nacionalización, se previó por los congresistas que los terceros iban a evitar invertir en los referidos bienes para su continuidad operacional, ya que no se encontraba resguardado su derecho de propiedad. Por lo tanto, los proveedores de bienes a la GMC también soportaron los efectos de la nacionalización, haciendo caso omiso a los impactos económicos previsibles que tuvieron, al consagrar esto. Adicionalmente, la nacionalización de la GMC permitió deducir toda acreencia que puedan existir en contra de la empresa nacionalizada por empresas que les suministraban productos o servicios. Es un régimen normal, estos tienen derecho a impetrar las acciones personales correspondientes en contra de la empresa expropiante, pero a raíz de la reforma constitucional, se encontró impedido de ello. Se había hecho la prevención en el Senado de que se les afectaría su derecho si en el cálculo de la indemnización no recibían las compañías de la GMC suma alguna de dinero, ya que las empresas contratistas no les correspondía percibir indemnización alguna, lo que perjudicará directamente a empresas que serán privadas de su derecho de dominio indirectamente por actos del Estado<sup>34</sup>. Este costo económico no fue debidamente considerado y sopesado por el Estado, más los otros, y no se ponderaron los eventuales

---

a la GMC, pero se atendió a su alta producción de cobre. A la fecha del proyecto de ley se requería un mínimo de producción 75.000 toneladas métricas para pertenecer a la GMC. La Compañía Minera Andina producía 66.000 toneladas métricas. Véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 894.

<sup>32</sup> Dentro de las GMC, las sociedades mineras mixtas afectadas fueron: Sociedad Minera El Teñiente S.A., donde la empresa norteamericana Braden Copper Company tenía el 49% restante; la Compañía de Cobre Chuquicamata S.A. y Compañía de Cobre Salvador S.A.

<sup>33</sup> Así, SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 894.

<sup>34</sup> Véanse los comentarios del H. Senador señor Bulnes en: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 950 y 951.

beneficios de la explotación de éstos por el Estado o sus empresas, para compensar estos costos.

### 3. Indemnización de las empresas afectadas por la nacionalización de la GMC

El asentar la teoría del dominio patrimonial de las minas por parte del Estado tuvo una finalidad práctica y fue la de evitar que a raíz de las nacionalizaciones que se iban a ejecutar se considerara para efectos de la indemnización de perjuicios el activo más valioso que tenían las sociedades anónimas mixtas-y con ellos las empresas norteamericanas en calidad de socios-, los cuales eran sus yacimientos mineros. Para los efectos de considerar los bienes a indemnizar debía excluirse *per se* de su contabilización el valor de las minas<sup>35</sup>, y solo se debían tener a la vista el valor de los bienes que permitieran la continuidad de la producción de aquéllas. No se realizó un análisis económico del derecho que permitiera sopesar los efectos que tendría el excluir el yacimiento minero como propiedad del concesionario mediante una norma jurídica, los efectos económicos que tendría ésta para la industria y las demandas internacionales que impetrarían las afectadas. Atendido lo acontecido, no se sopesaron los beneficios y costos de su implementación, lo que tendrá serias repercusiones para Chile.

Del mensaje presidencial del proyecto de ley de reforma constitucional y de las actas del Senado donde consta la discusión, se hizo presente que estas normas jurídicas que posibilitaron la nacionalización y, a su vez, fijó la fórmula de pago de indemnización de perjuicios, solo debían aplicarse a la GMC y no a otros rubros de la economía<sup>36</sup>. Implícitamente existió un reconocimiento de que el aplicar indiscriminadamente estas normas a otros rubros de producción, podía ser contraproducente. El impacto económico directo que tendría en otras ramas productivas sería la pérdida de seguridad jurídica por la afectación del derecho de propiedad y la determinación antojadiza de la determinación del monto del pago de la indemnización. Es lógico que, si alguien teme perder su propiedad por un acto de autoridad, no realizará ninguna mejora en sus bienes de producción, ni tampoco incurrirá en nuevas inversiones, salvo de que sea un inversionista temerario. Por estas razones, se dejó expresamente señalado en la historia fidedigna de la ley que estas normas solo se referirían a la GMC.

Para el cálculo de la indemnización de perjuicios se consideró solo el valor libro al 31 de diciembre de 1970, deducidas las revalorizaciones efectuadas por dichas empresas con posterioridad al 31 de diciembre de 1964

<sup>35</sup> Así, véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 844 y 846. De manera expresa se estableció en el art. Décimo séptimo de la CPR. De 1925 que: "[...] no habrá lugar a indemnización alguna por los derechos sobre los yacimientos mineros."

<sup>36</sup> El H. Senador Aylwin es enfático en precisar que no se aplique este régimen a otros rubros. Hace presente que si ese fuere el objetivo pretendido debía efectuarse un estudio "[...] bastante más serio [...]. Así en: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 879.

(art. décimo séptimo transitorio de la CPR de 1925). Para los efectos de determinar el monto que se pagarán como indemnización a los expropiados se consideró el costo original de los bienes de la empresa minera expropiada, deducidas las amortizaciones, depreciaciones, castigos, agotamiento de las minas y desvalorización por obsolescencia. Se debió también deducir al monto que les pudiere corresponder por este concepto, el dinero que hubieren percibido las empresas producto de los convenios que dieron lugar a las sociedades mineras mixtas. Se aplicaron, por tanto, normas de efectos retroactivos, de acuerdo a lo antes referido, que afectaron los derechos patrimoniales adquiridos por estas entidades de conformidad a la legislación que rigió al momento de realizar sus inversiones o de celebración de los contratos, producto de la conformación de las sociedades anónimas mixtas. Se castigó a las empresas extranjeras por ejercer sus derechos contractuales, como lo es haber percibido los dineros por parte del Estado producto de las compraventas de las acciones que tenían en las sociedades anónimas mixtas, cuyas cuotas se encontraban pendientes de pago y también las ganancias que les hubiere correspondido percibir por los contratos de promesa de compraventa de acciones, que hubieren dado lugar a su contrato definitivo.

La indemnización se pagaría en dinero en efectivo, en un plazo de treinta años, cuyas cuotas serán anuales, iguales y sucesivas. Chile en ese periodo –y será así durante muchos años– tenía una inflación alta y que fue creciendo con el correr de los años. Al aumentar la inflación, el dinero pierde su valor. La forma de pago se pactó en pesos, por ende, al valer menos éste, producto de su depreciación, finalmente, las empresas mineras percibirían en la práctica, atendido el plazo señalado, un monto inferior al que se les hubiere pagado al contado.

Del mismo modo, se aprobó la facultad para deducir del monto de indemnización, las rentabilidades excesivas que hubieren obtenido las afectadas, que hubieren percibido con posterioridad a la dictación de la Ley N° 11.828, de 1955<sup>37</sup>. Las empresas mineras norteamericanas pagaron los impuestos que les correspondió en razón de las leyes que se encontraban vigentes. En base a ello, pudieron haber tenido pérdidas o rentabilidades. Las primeras, en perjuicio de sus accionistas, mientras que las segundas, obtenidas legítimamente por las inversiones realizadas y por el riesgo asumido. Esta reforma constitucional castigó retroactivamente a las empresas mineras norteamericanas-y a sus accionistas-, que ahora forman parte de las sociedades anónimas mixtas por rentabilidades excesivas.

Se consagró una fórmula para calcular la eventual indemnización que correspondería pagar por las nacionalizaciones en favor de las empresas ex-

<sup>37</sup> La reforma constitucional facultó al Presidente de la República a descontar de las indemnizaciones que fije el Contralor General de la República, las rentabilidades excesivas que hubieren percibido las empresas mineras expropiadas. Para lo cuál debía considerar “[...] la rentabilidad normal que éstas hayan obtenido en el conjunto de sus operaciones internacionales o los acuerdos que en materia de rentabilidad máxima de empresas extranjeras establecidas en el país, haya celebrado el Estado de Chile”.

tranjeras, socias de empresas mineras nacionalizadas. Se les pagaría a éstas proporcionalmente en consideración a su participación societaria, por el costo original de los bienes de ésta, deducidas las amortizaciones, depreciación, castigos y desvalorización por obsolescencia. Para poder entender los resguardos constitucionales del derecho de propiedad que se hizo en la Constitución Política de 1980 y de los derechos de propiedad de los concesionarios mineros en ésta y en la Ley Minera, hay que entenderlo por las consecuencias económicas de la Nacionalización de la GMC.

A su vez se consagró una norma que permitió descontar el monto de las indemnizaciones que fueren procedentes en el evento de que los expropiados no hagan entrega de los estudios geológicos u otro antecedente que les permita explotar los yacimientos mineros. Estos estudios geológicos, de geofísica y de geoquímica los realizaron las empresas expropiadas a su costo y beneficio y el Estado ni siquiera les consideró la inversión que llevaron a cabo para cuantificar las reservas mineras medibles, sino que solo les interesó la información relativa de su producción y rentabilidad que generaba cada una de las empresas.

Con el fin de llevar a efecto el proceso de nacionalización y no pagarles el justo precio a los afectados, solo se facultó impugnar el monto determinado por el Contralor General de la República, pero se inhibió a las partes la revisión de lo determinado por rentabilidades excesivas. Una de las piedras angulares de todo Estado de Derecho es poder impugnar por medio de recursos judiciales este tipo de actuaciones, como lo es la de fijar el monto de dinero por concepto de rentabilidades excesivas de las GMC, lo cual dejó a la Administración como juez y parte. Continuando con estos actos arbitrarios, más no inconstitucionales, ya que la reforma fue aprobada por la unanimidad de sus miembros, la decisión del Contralor en lo que respecta a las indemnizaciones serían impugnables ante un Tribunal Especial del Cobre, y sustrajeron el conocimiento del asunto de la Corte Suprema. De esta manera se aseguraron por medio de la conformación de este tribunal que estuviere constituido por personas afines a la Administración.

Todos estos actos derivados de la nacionalización de la GMC, al afectar el derecho de propiedad, no solo afectaba la inversión de los privados en todas las industrias nacionales, sino que tuvo como consecuencia inmediata que nos cerraron las puertas del mercado internacional. Comenzó el periodo de demandas internacionales, peticiones de embargos sobre los concentrados de cobre, entre otros. Las consecuencias, como suele pasar, las soportaron los chilenos y en especial, su clase media y baja.

### III. Impactos económicos de la nacionalización de GMC

Ya nos hemos referido latamente a los mecanismos jurídicos que se emplearon para evitar las consecuencias económicas de la nacionalización, pero la realidad se impuso al derecho modificado. El cálculo que determinó la Contraloría General de la República para el pago de las indemnizaciones,

deducidas las rentabilidades excesivas evaluadas por el Presidente Allende, concluyó que dos empresas norteamericanas quedaran con saldos adeudados al Fisco de Chile<sup>38</sup>. El mecanismo de impugnación establecido para tales efectos fue ante Tribunal del Cobre, el cual, producto de una cuestión de previo y especial pronunciamiento determinó que no tenía competencia para conocer del asunto de la deducción que se hizo de las rentabilidades excesivas de las empresas mineras. Finalmente, se rechazaron los recursos de las mineras afectadas y dentro de los votos en contra se encontraba el de un Ministro de la Corte Suprema, que aplicó el derecho<sup>39</sup>. Las expropiadas alegaron ante otros tribunales extranjeros que sufrieron por los Tribunales de Chile denegación de justicia. En este artículo no trataremos en detalle las tramitaciones de cada uno de los juicios, sino las implicancias económicas que tuvieron para Chile<sup>40</sup>.

Se produjeron problemas para Chile para las empresas estatales que continuaron la explotación y comercialización de los minerales de las mineras expropiadas. El mineral de cobre se exportaba y dependiendo del país que recibía o donde se encontraba su puerto, dependiendo de sus leyes y de la competencia de sus tribunales, decretaron medidas de protección en favor de las afectadas que impedían la comercialización de los minerales. En ese entonces ya éramos un país que dependía para su desarrollo de las ventas del cobre en el comercio internacional. Si no se podía comercializar, primero, se le privaría al Estado de las eventuales ganancias que le pudiera reportar, a su vez, si no hubiese llevado a cabo la nacionalización, podría haber percibido los impuestos que le hubieren correspondido por la comercialización del cobre que hubieren llevado a cabo las sociedades mineras mixtas y el pago de las patentes mineras. Una consecuencia absolutamente previsible.

Otra consecuencia de esto fue que existían pagarés que se suscribieron para la adquisición del cincuenta y un por ciento de las acciones de las sociedades mineras mixtas por parte del Estado. En el caso de alguna de ellas, si bien se pagó el precio al contado, la expropiada le prestó al Estado de Chile el dinero para llevar a cabo las compras del capital accionario, y que, a su vez, fueron garantizados por una compañía de seguros norteamericana, lo que agravó todo. Los problemas que debía resolver la Junta Militar, asumiendo el nuevo gobierno, no eran sencillos, ya que por un lado el proceso de nacionalización era irreversible. A su vez, debió solucionar en tribunales o mediante una negociación los conflictos con los expropiados.

Finalmente, la Junta de Gobierno con el objeto de no ocasionarle más perjuicios económicos a Chile, derivado del proceso de nacionalización, con-

<sup>38</sup> Estas empresas son la Anaconda y la Kennecott Copper Corporation.

<sup>39</sup> Véase: NOVOA 1972, 256. Para efectos de conocer los antecedentes que tuvo al respecto la Junta Militar para resolver los juicios vigentes en esos entonces producidos por la Nacionalización del Cobre, Véase: Acta N° 56, de fecha 28 de diciembre de 1973, de la Junta de Gobierno.

<sup>40</sup> Conocieron de estas demandas diversos tribunales de Europa.

vino en la celebración de transacciones con las afectadas<sup>41</sup>. Se pagaron las indemnizaciones de perjuicios detalladas en las transacciones suscritas, estableciendo un periodo de tiempo necesario para dar cumplimiento al pago de éstas<sup>42</sup>.

A raíz de la Nacionalización de la GMC quedaron de propiedad de Codelco, mediante la Dictación del Decreto Ley N° 1350 de 1976 los yacimientos de Chuquicamata, El Salvador, Andina y El Teniente, los que se extraía el ochenta y cuatro por ciento de la producción chilena de cobre comerciable<sup>43</sup>. En relación a la inversión privada, los impactos en la producción de cobre para el país durante el gobierno de la Unidad Popular se pueden resumir así. En el año 1971 se planificó una producción de cobre de 821.000 toneladas, pero finalmente se redujo por ODEPLAN a 675.000, producto en su mayoría de la falta de técnicos que pudieren continuar con la explotación de los yacimientos mineros nacionalizados<sup>44</sup>. Hubo un pequeño crecimiento de la producción en un 13,8%, pero atribuible a la puesta en marcha de las operaciones de Compañía Minera Exótica y la Compañía Minera Andina<sup>45</sup>. Sin perjuicio de este pequeño aumento de la producción de cobre el precio del cobre fue en descenso desde el año 1969 y repunto solo en 1973<sup>46</sup>. Los costos aumentaron significativamente (treinta por ciento) por nuevas contrataciones, menor eficiencia, huelgas y paros<sup>47</sup>, lo que repercutía en menores utilidades para el Estado de Chile. Esto último, puede apreciarse en que estos se redujeron en US\$44.000.000 en 1971 y US\$7,5 en 1972<sup>48</sup>.

#### IV. ¿Se podrían haber previsto las consecuencias económicas que tuvo la reforma constitucional del año 1971?

En la época de discusión del proyecto de reforma constitucional que permitió la nacionalización de las GMC, en Chile ya se tenía conocimiento de los avances académicos realizados en los Estados Unidos de Norteamérica que tuvieron por objeto la aplicación de la economía al derecho. En la década de los años sesenta tuvo un desarrollo el "Análisis Económico del Derecho". Los economistas de Chicago implementaron sus métodos económicos para prever los posibles impactos que tendría la entrada en vigencia de una norma jurídica en la población. Toda ley tiene necesariamente beneficiarios y a su vez, otros que soportarían las pérdidas, por lo tanto, debía encontrarse

<sup>41</sup> Braden Copper Company, Kennecott Copper Corporation y Kennecott Sales Corporation.

<sup>42</sup> Decreto Ley N° 710, de fecha 24 de octubre de 1974.

<sup>43</sup> Véase: MOGUILLANSKY 1998, 11.

<sup>44</sup> Así en: CASTRO *et al.* 2019, 701.

<sup>45</sup> Véase: CASTRO *et al.* 2019, 702.

<sup>46</sup> En 1971 el precio fue de 1.79, en 1972 fue de 1.69 y en 1973 fue de 2.48, todos precios en dólares por libra. Así en: CASTRO *et al.* 2019, 704.

<sup>47</sup> CASTRO *et al.* 2019, 704.

<sup>48</sup> Véase en: ZAUSCHQUEVICH, 56.

el fundamento que permitiera que ésta fuera eficiente económicamente<sup>49</sup>. La ley debía tender, por ende, a que se minimicen los costos y se maximicen a su vez los beneficios netos que se adopten por la autoridad por medio de ella<sup>50</sup>. En el caso de las normas jurídicas que afectasen derechos de propiedad se debían, por medio de las herramientas que se obtienen de la disciplina del análisis económico del derecho, evitar que un país soportara pérdidas económicas irrecuperables, si no se consideraban las variables económicas por los legisladores y solo velaren por el cumplimiento de las formalidades jurídicas. El Análisis Económico del Derecho analiza las consecuencias reales de las normas jurídicas, precisando sus costos y beneficios<sup>51</sup>.

Como se expuso anteriormente, en toda la discusión legislativa se tuvieron a la vista los intereses del Estado, el que podía resumir en recuperar la riqueza minera por medio de la nacionalización de la GMC. Las sociedades mixtas tenían una reserva calculada de 37 millones de toneladas de cobre fino y se estimaba que éstas equivalían al veinte un por ciento de las existentes en el mundo<sup>52</sup>. Por lo cual, solo se consideraron las eventuales rentabilidades que le reportaría al Estado al explotar estos yacimientos mineros expropiados, teniendo a la vista sus reservas de mineras y su producción, más no sus costos.

Desde el momento que se adoptó el concepto de nacionalización, por sobre el de expropiación, por medio de formalismos jurídicos se pretendió evitar las consecuencias económicas de tal decisión y así evitar demandas y pagos de indemnizaciones de perjuicios a los afectados. Todo Estado es soberano y en virtud de esta soberanía puede expropiar los bienes de propiedad de privados, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales y el pago de la indemnización. Resulta que, con este concepto de aplicación reciente en ese periodo, esto es, la nacionalización, una de sus diferencias se encontraba en que en consideración a que el Estado recuperaba universalidades que le pertenecían en ejercicio de su soberanía, no estaba obligado a pagar una indemnización o en su defecto, podía ser mucho menor que la

<sup>49</sup> BEYER 2002, 3.

<sup>50</sup> BEYER 2002, 12.

<sup>51</sup> DOMÉNECH 2014, 104.

<sup>52</sup> De todos los antecedentes económicos que pudieron haberse considerado dentro del proceso de reforma constitucional para llevar a cabo la Nacionalización de la GMC, solo se consideraron las reservas mineras de cobre fino que tenía nuestro país. Sin embargo, es un antecedente insuficiente para determinar los impactos económicos que tendrían las modificaciones de estas normas jurídicas. Faltó el debido análisis de los costos que tendría para el Estado la explotación de estos yacimientos mineros, los costos en remuneraciones de los trabajadores, reposición de bienes que quedarían inutilizables con un uso intensivo de ellos, gastos de petróleo considerando los carguíos de mineral que se debían efectuar, entre otros. Esta sumatoria preliminar de costos, solo permitía estimar los eventuales beneficios que le reportaría al Estado y con ello, a la nación, la nacionalización de la Gran Industria Minería del Cobre. Se careció de un análisis de los costos que soportarían los afectados, las eventuales demandas que pudieren interponer las afectadas –y que hicieron dicho sea de paso– y finalmente, la pérdida de la seguridad jurídica de Chile que conllevaría a la falta de inversiones extranjeras. Un somero análisis económico se alude en: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 1035.

que correspondería pagar en caso de proceder derechamente por medio de una expropiación. Esta fue la base sobre la que se intentó evitar todo pago a los expropiados.

Cualquier legislador o asesor podría haber tenido a la vista los estudios del Análisis Económico del Derecho o a lo menos, instintivamente, debería haberse analizado los potenciales afectados por tales medidas, sus beneficiarios, los beneficios y costos que tendría la reforma constitucional. Los afectados se encontraban debidamente determinados ya que se precisó que solo se nacionalizaría a la GMC. Este criterio se sustentaba, según la legislación vigente de la época, en la producción anual que debían tener. El beneficiario sería el Estado de Chile, que recuperaría la riqueza del cobre, y por lo tanto, si explotaba por medio de sus empresas los yacimientos nacionalizados, le reportarían mayores ingresos que permitirían satisfacer necesidades de la nación. Los costos que tendría, y que analizaremos más adelante y eran previsible, sería asumir las demandas que interpondrían estas compañías por indemnización de perjuicios donde harían presente que la nacionalización correspondía en definitiva a expropiaciones indirectas y el costo para el país que derivaría de la pérdida de la credibilidad de los inversionistas extranjeros y nacionales por carencia de la seguridad y certeza jurídica de Chile. No solo los empresarios mineros estarían resentidos con estas medidas, sino que también todos los demás rubros, ya que, por medio de una reforma constitucional, se podría seguir la misma metodología, que permitiría nacionalizar sus bienes, no pagando la indemnización de perjuicios que corresponde en consideración al daño soportado.

Hay que recordar, ante todo, que el derecho influye sobre el comportamiento humano, constituyendo incentivos o desincentivos<sup>53</sup>. Toda ley tiene consecuencias que se pueden evaluar anticipadamente para determinar si es eficiente económicamente. Si se nacionaliza la industria del Cobre, situación que perfectamente puede pasar en cualquier país, siempre y cuando se ajuste a las causales constitucionales y no se quieran pagar las indemnizaciones respectivas, aludiendo a artilugios jurídicos, fácilmente puede preverse un descenso de la inversión privada, nacional y extranjera, en minería y en todos los rubros. La seguridad y certeza jurídica son difíciles de lograr, pero una vez obtenida, es muy sencillo perderlas rápidamente, como aconteció con la nacionalización de la Gran Industria el Cobre. Si se hubiesen ponderado los costos económicos de la reforma constitucional se debió haber seguido adelante solo si el costo de mantener la situación actual es mayor que los costos que existirían con la nacionalización en vigencia<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> DOMÉNECH 2014, 102.

<sup>54</sup> Si bien el autor lo trata a propósito de los aportes efectuados al Análisis Económico del Derecho por el profesor Coase, el costo de oportunidad deriva del sentido común que tiene toda persona en este caso. Así, en: BEYER 2012, 9.

## 1. Dominio regalista del Estado en las minas

El Gobierno al nacionalizar a la GMC para evitar pagar los montos de indemnización que hubieren correspondido, según la CPR de 1925, previo a la reforma constitucional de 1971, necesitó de ésta para dejar de pagar las indemnizaciones de perjuicios pertinentes. Se efectuó un estudio preliminar por los autores del proyecto de que, para conseguir tal objetivo concluyó que solo se debía modificar la regulación de la propiedad minera. Se consideraron variables económicas y costos, pero solo de manera parcial y errada.

Pretendieron los legisladores que por medio de la utilización de formalismos jurídicos evitarían incurrir en mayores costos económicos para la nación. Nuestra legislación minera consagraba la propiedad minera del titular inscrito, y sin la reforma del año 1971, en caso de expropiación, se le debía indemnizar a los privados por la pérdida de las facultades del derecho de dominio<sup>55</sup>. Con la reforma constitucional, el concesionario minero solo sería titular de las facultades de uso u goce de las minas, pero la de disposición quedó radicada en el Estado. Se podrían haber evitado las sanciones económicas que nos aplicaron como país si se hubiese utilizado la metodología del análisis económico del derecho. Inclusive, se hicieron presente las dificultades que tendría, en el evento de considerar que las minas sean de propiedad del privado para los efectos de avaluar el monto de indemnización por nacionalización, ya que no existía un procedimiento de cálculo para determinar el valor real de una mina, el estimar el valor económico de éstas. Existen dificultades relativas a la determinación de su precio y como se ha de determinar considerando que el futuro es incierto y la explotación de los yacimientos puede durar décadas, las variaciones de la moneda y las fluctuaciones del mercado internacional.

## 2. Indemnización

Existió displicencia en la época por los legisladores, en relación a los intereses de los privados en la GMC, ya que no previeron los costos económicos de la nacionalización. El Estado chileno tenía una limitación financiera para pagar eventuales indemnizaciones de perjuicios y asumía que los privados deberían aceptar esta realidad, ya que los cambios constitucionales les privarían de su derecho real sobre las minas, en consideración de que todo país supone un riesgo de inversión, según señalaron ellos en su discusión en el Congreso Nacional<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Como bien se aludía en la discusión parlamentaria del proyecto de ley, hasta el civilista Luis Claro Solar entendía que nuestra historia legal minera se consagraba el dominio eminente del Estado sobre las minas, por lo tanto, una vez descubiertas las minas por el privado, tenía éste las facultades de uso, goce y disposición de éstas. Véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 1069.

<sup>56</sup> Ver: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 1173.

## V. El derecho del concesionario minero respecto de las minas, su afectación por medio de la expropiación y forma de determinar la indemnización de perjuicios, bajo la Constitución Política de 1980 y de la LOCCM de 1983

La Constitución Política de 1980 ("CPR de 1980") en lo que respecta a la protección del derecho de propiedad del concesionario minero, lo hizo en el inciso noveno del art. 19° N° 24, sin perjuicios de sus otros incisos. Se reiterará en el art. 6° de la LOC 18.097. A diferencia de la anterior Administración y de la legislación que se implementó durante el gobierno militar, ahora el desarrollo económico descansaba en la iniciativa privada. La actividad minera no sería la excepción a ello, pero existía en ese entonces la difícil tarea de consagrar una legislación robusta, que le diera garantías a las empresas nacionales e internacionales para invertir capital de riesgo en esta industria y que no se repetirían las experiencias pasadas de la nacionalización de las grandes empresas del cobre –u otras–, sin el pago de las indemnizaciones de perjuicios por los daños efectivamente causados. La CPR de 1980 consagró que se podían expropiar los bienes de los privados por causa de utilidad pública o interés general de la nación y se les indemnizaría por el daño patrimonial efectivamente causado, siendo esto último una diferencia sustancial con lo establecido en la CPR de 1925.

### 1. Dominio del Estado sobre las minas en la CPR de 1980

Para incentivar las inversiones que los privados efectuarían en la industria, se debía regular y fortalecer el derecho de dominio de los concesionarios mineros respecto de las sustancias mineras concesibles que se emplacen en el área de su concesión, sin perjuicio del derecho que tiene el Estado sobre las minas. En la CPR de 1980 se reprodujo casi literalmente la norma tratada anteriormente que reformó la CP de 1925 y que permitió la nacionalización de la GMC, consagrándose el dominio del Estado de las minas, siendo este derecho absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible. Se reiteraba el dominio regalista del Estado sobre las minas, lo cual, obviamente, no disipaba los temores de los privados para invertir en Chile, al no tener reglas del juego que les dotara de protección su derecho de propiedad sobre ésta. Si este dominio de las minas no se complementaba con normas que fortalecieran el derecho de propiedad del concesionario minero sobre las sustancias mineras concesibles, quedarían expuestos los concesionarios mineros a que nuevamente en caso de expropiación, sea de sus empresas, bienes u otros, no se podrá considerar para los efectos de determinar la indemnización de perjuicios que se les pagará el valor del yacimiento minero, donde reside el activo económico más importante del minero.

La existencia de concesiones de exploración y de explotación quedó estatuida en la CPR de 1980, pero en lo que respecta a los derechos y obligaciones de éstos, quedarán finalmente regulados en una ley orgánica constitucional. Podemos destacar como garantías que otorga el constituyente

al inversionista minero que sus concesiones serían otorgadas o extinguidas por los tribunales de justicia, por lo cual, en caso de controversia relativa a expropiaciones y forma de determinación de la indemnización de perjuicios, no sería sometida a autoridades administrativas como lo hizo la reforma constitucional de 1971, descansado en la Contraloría General de la República, o en caso de determinación de utilidades excesivas de dichas empresas por el Presidente de la República, como se expuso anteriormente, ya que esto no se condice con la indemnización del daño. Se les asegura en la CPR de 1980 a los concesionarios mineros que en el evento de que les expropian sus concesiones se les pagará por el daño efectivamente causado, al contado, en dinero en efectivo y previo al acto de la expropiación, a falta de acuerdo.

El constituyente de 1980 tuvo especial cuidado de robustecer el derecho de propiedad en sus diversas especies, después de las vulneraciones que se hicieron con la reforma agraria, y luego, por las nacionalizaciones de las empresas de la GMC en 1971<sup>57</sup>. A su vez, como la soberanía que ejerce el Estado, y que está radicada en la nación, no puede privársele a éste de ejercer actos en beneficio de la nación toda, reguló la forma en que podría expropiar los bienes y la fórmula para indemnizar si así lo hiciera. En el evento de que se le prive del derecho de propiedad, de sus facultades o sus atributos, al concesionario minero de exploración o de explotación por parte del Estado, podrá hacerse mediante la expropiación, por una ley general o especial, siempre y cuando lo exija la utilidad pública o el interés general de la nación<sup>58</sup>.

Se pueden distinguir claramente en la expropiación diversas fases, como vimos en el párrafo anterior, la que comienza con una ley general o especial

<sup>57</sup> Como nos indica Cea, la intención de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución (1980) fue la de consagrar y resguardar la economía de libre mercado, por sobre una economía dirigida por el Estado, esta última que imperó bajo el gobierno de la Unidad Popular. La regulación del derecho de propiedad de manera extensa y robusta en la CPR de 1980 se basaba en la convicción de los comisionados de que sobre los cimientos de este derecho se podía construir un Estado Subsidiario, que les permitiría a los privados tener certeza y seguridad jurídica para invertir en Chile. Así, en: CEA 2019, 601. Guzmán por otro lado, estima que debía resguardarse el derecho a la propiedad y de propiedad, considerando que es indispensable para que se consagre el principio de subsidiaridad, la consagración de tales derechos. Esto último, ver en: GARCÍA 2019, 204 y 205. Para conocer el pensamiento de Evans relativo al derecho de propiedad y la preponderancia de su posición en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, véase en: GARCÍA 2019, 73-82. Para profundizar en la parte dogmática de este derecho, véase en: VIVANCO 2021, 822-849.

<sup>58</sup> Las facultades del dominio son usar, gozar y disponer del bien. En relación con los atributos de dicho derecho encontramos que es perpetuo, absoluto, exclusivo y de ejercicio discrecional. El Estado por medio de la expropiación puede privar del dominio completamente a su titular, o alguna de sus facultades o atributos sobre éstos. Véase en: CEA 2019, 610-619.

Las únicas causales que establece nuestra Constitución para hacer procedente la expropiación de bienes, corresponden a la utilidad pública y al interés general de la nación. Respecto de la primera causal corresponde a un provecho o adelanto de la comunidad nacional. Relativa a la segunda, guarda relación con cualquier beneficio que le reporte a la población. Ambas causales pueden referirse a toda la población del país o también, a solo a una parte de éste. Así, en: CEA 2019, 616.

que posibilite la expropiación, siempre y cuando se funde en las causales indicadas. Luego, vendrá la etapa administrativa, que debe ejecutar la orden emanada del Poder Legislativo. La autoridad competente, por medio de un acto administrativo, determinará el bien a expropiar, lo delimitará debidamente con el estudio de títulos respectivo, procederá a su tasación, y ordenará que se ponga en conocimiento del expropiado<sup>59</sup>.

Por sugerencia de los constituyentes de 1980 se estableció que se indemnizaría todo daño patrimonial efectivamente causado, el que puede integrar, por cierto, el daño emergente o el lucro cesante, pero no el daño moral<sup>60</sup>. Como el objetivo de todo acto indemnizatorio es dejar indemne a quien soportó un daño, por lo tanto, al establecer esta norma de rango constitucional se estaba resguardando el derecho del expropiado de ser indemnizado debidamente, pero nunca, como bien quedó establecida en la historia de la ley, conllevar a un enriquecimiento ilícito.

## 2. Protección del concesionario minero en la LOCCM y determinación de la fórmula para indemnizar en caso de expropiación

La concesión minera es un derecho real inmueble que otorga a su titular las facultades exclusivas de explorar o de explotar y beneficiar, según sea el caso, las sustancias minerales concesibles que existan en sus límites<sup>61</sup>. En el art. 2° de la LOC N° 18.097 se nos indica, dentro de otras características, que los derechos de los concesionarios mineros son distintos a los de los titulares del predio superficial-aunque puedan coincidir- y tienen derechos oponibles al Estado. Por lo tanto, tenemos que aquellas sustancias concesibles que aún no se han concesionado, por mandato constitucional, le pertenecen al Estado, pero una vez que se hayan constituido las concesiones, el derecho de dominio respecto de las sustancias concesibles que se emplacen en su concesión minera será del privado, y, por lo tanto, oponible a terceros. En el comienzo de esta ley se delimita el dominio del Estado y del privado, otorgándole seguridad y resguardo a este último de que, en el ejercicio de sus derechos mineros, el Estado no podrá perturbarle, sin perjuicio de lo que diremos más adelante en lo que concierne a la expropiación, tema central de nuestro trabajo.

Con el fin otorgarle protección al concesionario minero respecto de su derecho de propiedad, se reitera que su concesión minera estará protegida por el art. 19° N° 24 de la CPR de 1980, pero se alude a que la privación de

<sup>59</sup> Para efectos de conocer la discusión que se suscitó en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución acerca de los métodos de impugnación (o no) de la ley expropiatoria o el acto expropiatorio. Una síntesis de la etapa administrativa en caso de expropiación de bienes puede verse en: CEA 2019,622. Solo el acto administrativo expropiatorio será objeto de eventual impugnación por el afectado ante los tribunales ordinarios de justicia. Véase para estos efectos: CEA 2012, 510-519. Para conocer la jurisprudencia relativa a la indemnización en caso de expropiaciones de bienes, véase en: VIVANCO 2021, 832-839.

<sup>60</sup> "Historia de la Ley" del art. 19 N° 24, 550.

<sup>61</sup> LIRA 2012, 76.

su facultad de iniciar o continuar su exploración, extracción y apropiación de las sustancias concesibles de su concesión, se entenderá constitutiva como una privación de los atributos o facultades del dominio de ésta (art. 6° de LOC 18097).

El derecho del concesionario es un derecho de dominio que se encuentra reconocido, como hemos visto, por el legislador, que se ejerce sobre una cosa, como lo son las sustancias mineras concesibles que se emplacen en el perímetro de sus concesiones. Por razones lógicas, es un derecho real que se ejerce sobre los bienes, independiente de las personas que sean sus titulares. Goza de las mismas prerrogativas dispuestas en el Código Civil, salvo en lo que se opongan a esta ley y del Código de Minería de 1983 (la ley estaba condicionada para su entrada en vigencia a la vigencia a su vez, del nuevo Código de Minería).

Por último, estas normas constitucionales que establecían los fundamentos que debe tener la ley expropiatoria y que consagra el derecho del afectado a ser indemnizado por el daño patrimonial efectivamente causado, indicó que, a falta de acuerdo, la indemnización se pagaría en efectivo, esto es, en moneda nacional. Con eso se evitó, atendida nuestra historia reciente, que el Estado, sea por actos discrecionales o por falta de recursos económicos, le pagara en otra forma de pago, como lo pueden ser bonos que pueden perder su valor.

Respecto de la forma de pago que debía solucionarse al expropiado, debía considerar el daño efectivamente causado. Hay que recordar que de las Actas Constitucionales se desprende que la "Teoría del Dominio Eminente" fue la posición respaldada mayoritariamente en el órgano, pero, finalmente, se impuso la posición de la Junta de Gobierno de consagrar un régimen patrimonialista minero, tal como se encontraba vigente a la época, derivado de la modificación que nacionalizó a la GMC en 1971, de acuerdo al aporte del profesor don Carlos Ruíz. Por lo tanto, la regulación definitiva de los elementos esenciales para asegurar el derecho de propiedad del concesionario minero quedó sujeto a una ley orgánica constitucional.

## VI. Solución económica para un problema jurídico. José Piñera Echenique y su ley minera

La teoría del Análisis Económico del Derecho le otorga al derecho, un enfoque económico en su regulación y uno de sus objetivos es facilitar las operaciones dentro del mercado<sup>62</sup>. El "teorema de Coase" promueve la eficiencia económica, minimizando los costos de transacción. Se buscan soluciones legales que reduzcan los costos de transferencia. Es así como el Ministro de Minería de la época, José Piñera<sup>63</sup>, tiene que resguardar el derecho de pro-

<sup>62</sup> POSNER 2005, 8.

<sup>63</sup> Economista de la Pontificia Universidad Católica, Máster y Doctorado en Economía en la Universidad de Harvard. Como Ministro del Trabajo y Previsión Social logró la aprobación del Plan

piedad del concesionario minero respecto de su concesión y a su vez, debe aunar ello, con el derecho que tiene el Estado respecto de su titularidad y su derecho para expropiarlas. Para no ahuyentar la inversión, el Ministro identificó los costos que tenía para el privado verse expuesto a tal acto, y buscó la herramienta legal-económica que minimizara el costo de dicha medida por medio del pago de una indemnización de perjuicios que se fijaría en razón de criterios económicos. El remedio legal que se estableció fue el más eficiente, económicamente hablando, ya que se hacía cargo de un hecho incierto que podría ser una eventual expropiación de las pertenencias mineras<sup>64</sup>. Su consagración fomentará la inversión privada en el sector minero como señalaremos a continuación. A Piñera le fue encomendada la redacción de la LOCCM.

Los derechos que tienen los titulares de concesiones mineras de exploración y de explotación y en el caso de esta última serían indefinidas en su duración<sup>65</sup>. Pero al ser la actividad minera distinta a otras actividades, donde el riesgo de perder las inversiones en cualquiera de las etapas de las actividades mineras es tan alto y las probabilidades de explotar de manera exitosa un yacimiento minero son bajas, es que tuvo que establecer una herramienta idónea, que tuviera a la vista el tribunal que conocería de un juicio donde se discutiría el monto de indemnización en caso de expropiación de pertenencias mineras o de plantas de beneficio. Su fórmula económica le permitió, como nos relata, cortar su "nudo gordiano".

Tuvo como resultado, la consagración en la LOCCM en su art. 11° N° 3 que se consagrara que:

El Concesionario de explotación tiene derecho exclusivo: [...] a ser indemnizado, en caso de expropiación de la concesión, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado, que consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de la concesión. A falta de acuerdo, el valor de dicho daño será fijado por el juez, previo dictamen de peritos. Los peritos, para los efectos de la determinación del monto de la indemnización, establecerán el valor comercial de la concesión, calculando, sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que

---

Laboral, logrando la paz social en el mundo privado y creó el sistema de pensiones de capitalización individual consagrado en el Decreto Ley 3.500 y 3.501.

<sup>64</sup> Es así como Piñera resume cuáles eran los dos asuntos que le importaban a los inversionistas del sector minero, esto es, la fortaleza del derecho de su concesión y los criterios de indemnización en caso de expropiación. Véase: PIÑERA 2017, 15.

<sup>65</sup> La dificultad jurídica a la cual se enfrentó José Piñera al momento de confeccionar la LOCCM donde tuvo que aunar el dominio estatal del Estado sobre las Minas consagrado en la Constitución Política y a su vez, debía darle las garantías jurídicas al concesionario de que tendría un derecho de propiedad respecto de su concesión de explotación. Esta normativa jurídica debía sujetarse a las normas de costos y beneficios económicos que debían aunar la soberanía del Estado y el desarrollo económico de Chile, por medio de la inversión de los privados en la industria minera. Un resumen idóneo se puede ver en lo expuesto por el profesor Alejandro Vergara Blanco en: PIÑERA, 2018, 13.

el expropiado demuestre, el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión.

Esta fórmula económica se hizo cargo de un problema histórico, como lo fue cambiar la mala reputación de nuestro país a nivel internacional por el no pago de indemnizaciones por el Estado chileno a las empresas extranjeras expropiadas por la reforma constitucional del año 1971 y así dar seguridad de que toda inversión que se efectúe en Chile, en caso de expropiación, se considerará para efectos de determinar las indemnizaciones de las concesiones mineras expropiadas su valor comercial. Esta norma reguló de manera eficaz la indemnización que se pagaría al concesionario expropiado estableciendo el régimen que velaría tanto por los intereses de los privados como también del Estado. Las reglas del juego reguladas en esta ley han propiciado el liderazgo minero de Chile en el mundo<sup>66</sup>. El Ministro de Minería para llegar a la solución económica analizó diversos criterios.

Por un lado, no se iba a indemnizar al valor libro de sus activos, que corresponde al monto de dinero invertido, efectuando algunas deducciones<sup>67</sup>. Este criterio ocasionaba distorsiones en los eventuales pagos que se realizaran. Si una inversión minera no fue rentable económicamente, independiente de la capacidad económica o de la tecnología empleada, no correspondía que el Estado le pague y le reembolse la inversión. La minería es una actividad de grandes riesgos, altas inversiones en exploración minera y sobre todo en sondajes que no necesariamente finalizan con el descubrimiento de un pórfido, sin perjuicio de otras razones que impiden que se explote y se procesen los minerales. El privado asume el riesgo a su costo, por ello, se consagrarán reglas claras que les den certeza de que el derecho de propiedad del concesionario se resguardará y así tendrá la seguridad jurídica que obtendrá las utilidades que le correspondieren por su explotación.

Puede darse el caso de que el privado, arriesgando capital, explora y puede cuantificar los recursos y reservas mineras, explota e inclusive tiene plantas de procesamiento del mineral que le permiten comercializarlo. Su inversión le dio frutos, por lo cual, si se le priva de dicho derecho, sin que se le pague la indemnización correspondiente, nuevamente Chile seguirá siendo un país poco serio para hacer inversiones y carente de seguridad jurídica. En este caso, si se le expropia se le deberá pagar íntegramente el daño ocasionado, considerando sus reservas, entre otros asuntos.

El Ministro de Minería analizó otra postura existente de que el monto de la indemnización que ha de pagarse por los bienes expropiados tenía que equivaler al valor total de las reservas *in situ* del mineral, por el precio de éste, deducidos los costos<sup>68</sup>. Los problemas de esta fórmula son manifiestos ya que no consideraba las inversiones y reinversiones que se debían realizar

---

<sup>66</sup> PIÑERA 2002, 7.

<sup>67</sup> PIÑERA 2002, 21.

<sup>68</sup> PIÑERA 2002, 22.

para poder explotarlos, así como también la tecnología que se implementaría y el factor tiempo.

El art. 11° N° 3 de la ley consagró el derecho que tiene todo concesionario minero de explotación, sea nacional o extranjero, de que en caso de expropiación se le indemnizará por el valor que en un mercado competitivo percibiría el concesionario si vendiere su concesión minera, esto es, el valor presente de los flujos netos de caja que genere la concesión minera sobre su vida útil<sup>69</sup>. El derecho que tiene a ser indemnizado es un derecho del concesionario, se ha incorporado la concesión a su patrimonio y si se le priva, no por no pagar la patente minera, se le ha de indemnizar al precio de mercado, el cual es determinable y avaluable. Esta forma de proceder al pago de la indemnización es acorde con los derechos que tienen los dueños de pertenencias mineras, esto es, de explotar su yacimiento minero mientras se encuentra vigente la concesión. Con el fin de que el valor comercial de la concesión minera, aplicando el valor presente de sus flujos netos de caja, no consiste en efectuar lisa y llanamente una sumatoria de estas inversiones, sino que también deberá descontarse una tasa de interés relevante. Debemos recordar a diferencia de otros rubros, el negocio minero cuando es rentable puede tener como duración del mismo decenas de años, siempre y cuando se realicen las inversiones de rigor<sup>70</sup>.

Dentro de un juicio, serán los peritos que se designen quienes deberán aplicar el método económico establecido en la ley minera para determinar el valor comercial de las pertenencias mineras explotación. Se deberán considerar las reservas mineras para determinar el valor comercial, considerando que la concesión de explotación es de duración indefinida, aplicando la metodología económica del valor presente de los flujos netos de caja de la concesión. El juez, por disposiciones del Código de Procedimiento Civil, deberá ponderar el informe de peritos conforme a las normas de la sana crítica. Aplicando estos principios y de conformidad a la disposición legal y su historia de la ley, deberá determinar por consecuencia, la indemnización al valor comercial, no contraviniendo por ello esta disposición, la normativa constitucional<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Piñera manifestó que su “nudo gordiano” que impedía el desarrollo de la minería privada era la indemnización justa en caso de expropiación. Por lo cual, la “espada” que le permitió cortarlo fue la fórmula que permitía la valorización de una concesión minera de explotación, esto es, el Valor Presente de los flujos netos de caja. En relación a esta fórmula, no corresponde solo sumar los eventuales ingresos que reportaría el yacimiento minero, sino que también debe descontarse la tasa de interés variable para traerlo al presente. Así, en: PIÑERA 2017, 15 y 16. En relación a la indemnización en caso de expropiación de una concesión minera de exploración, véase en: OSSA 2012b. La norma del art. 11 N° 3 de la LOCCM solo se debe aplicar en el caso de determinación de la indemnización de perjuicios en caso de la expropiación de una concesión minera de explotación, mas no de una concesión de exploración. Respecto de esta última, solo se debería aplicar las normas consagradas en el art. 19 N° 24 de la CPR de 1980. Así en: LIRA 2012, 87 y NÚÑEZ 2020, 126.

<sup>70</sup> GÓMEZ 2020, 126.

<sup>71</sup> Historia de la Ley N° 18.097, Informe Secretaría de Legislación, 1981, 79.

Como consecuencia de la existencia de la ley minera, el día 14 de marzo de 1991 se inauguró la Mina Escondida con una inversión inicial de US\$1.200 y posteriormente el sector privado minero se vio inmerso en una espiral de inversiones y apertura de yacimientos mineros<sup>72</sup>. Desde esa fecha se han invertido en el sector la suma de US\$150.000, multiplicando en siete veces la producción de cobre del año 1981 y el setenta por ciento de dicha inversión, fue efectuada por los privados, lo que demuestra el éxito del cometido de Piñera.

## Conclusiones

Realizamos una exposición de las normas jurídicas que han existido en nuestro país a contar del año 1925 que consagraban el derecho de propiedad del concesionario minero, las causales de expropiación y la forma de determinar la indemnización de perjuicios en favor de los afectados. En lo que atañe a este trabajo, nos focalizamos en analizar la "historia fidedigna" de estas normas existentes en las CPR de 1925 y 1980 y sus leyes respectivas, y así verificar si se consideraron por los parlamentarios los efectos previsibles que tendrían estas normativas en la inversión privada en minería. Se hizo hincapié, en el principal hito jurídico que alteró nuestra regulación jurídica minera, como lo fue la Nacionalización de la GMC. Se legisló obviando las consecuencias económicas que tendrían los cambios normativos para la industria y del país, siendo totalmente previsibles las consecuencias económicas que tuvo dicha reforma para la minería nacional.

Se consagró una legislación que modificó nuestra institucionalidad minera, donde los privados solo tuvieron un título que les aseguraba el uso y goce de las minas, más no la nuda propiedad, ya que esta recaía en el Estado. Por lo cual, solo tuvieron un título precario, donde el Estado podía fenecerlo en consideración a su calidad de titular de las minas. No se previó la reacción que tuvieron las compañías mineras expropiadas, respecto de las demandas que interpondrían en contra del Estado de Chile ante los tribunales extranjeros por el no pago de las indemnizaciones de perjuicios, medidas de embargo o de retención de nuestros minerales, la pérdida de credibilidad de nuestro país, al no existir certeza jurídica, siendo del todo evidentes de considerar en su momento. Pudo haberse utilizados las herramientas dadas por el Análisis Económico del Derecho que pudo haber sopesado estos costos y si aún así, los eventuales beneficios de dicha legislación, serían mayor a eso, pero no fue ese el caso.

Las contribuciones del Análisis Económico del Derecho eran del todo conocidas en esa época. Se pudieron ponderar los costos que tendría tomar estas medidas, como lo son el perder la credibilidad, seriedad internacional y de la seguridad jurídica, el no favorecimiento de la inversión privada. Hay que recordar que antes de la reforma constitucional el privado tenía título de propiedad sobre las minas, con la reforma constitucional, carecía de ello y

<sup>72</sup> PIÑERA 2017, por CARLOS GÓMEZ, 10-12.

como consecuencia de ello, las inversiones privadas se verían fuertemente reducidas. Se podría haber llevado a cabo el proceso de nacionalización, pero pagando las indemnizaciones por los daños efectivamente causados, pero por temas ideológicos no se hizo de la manera correcta.

Para agravar el daño ocasionado a nuestra imagen país, donde ya no se respetaba el Estado de Derecho y con ello, las “reglas del juego” a los cuales se sometían los privados que invertían en minería, se fijó un nuevo concepto que permitía descontar todo o parte las eventuales indemnizaciones que pudieren dar a lugar, esto es, las rentabilidades excesivas que hubieren obtenido las empresas nacionalizadas. Primero que todo, en el evento de que hubieren existido rentabilidades que hubieren sido excesivas, en comparación a las que hubieren obtenido en otros países con una riqueza geológica similar a la nuestra, haciendo los análisis respectivos, eso no obedeció a actos ilegales por parte de las empresas mineras. Cumplieron con la legislación tributaria vigente en nuestro país y pagaron sus patentes mineras, no se les puede culpar y sancionar por actos que ejecutaron conforme a derecho, de buena fe y por una norma que les afectaba retroactivamente. Es más, demostrando el carácter político de la medida, se le encomendó la determinación de estos montos de dinero al Presidente Allende, quien había instado desde su época como legislador para hacer real este proceso de nacionalización. Este procedimiento fue arbitrario, ya que no se les otorgó a las empresas la posibilidad de impugnarlo, ni tampoco podrían haber exigido que se aplicará un procedimiento objetivo al respecto.

Hoy en día, no se puede hacer caso omiso a nuestra historia jurídica minera y tenemos una regulación minera que, pese a casi cumplir 40 años desde su entrada en vigencia, mantiene su preminencia y valor, como lo es la LOCCM y en especial su art. 11° N° 3. Se utilizaron herramientas económicas para consagrar nuestra institucionalidad minera. Si ha funcionado de manera correcta durante tantos años, lo que ha quedado demostrado por las cuantiosas inversiones privadas llevadas a cabo en la industria con posterioridad a la década del 80, no hay razón económica alguna para proceder a su derogación o modificación. Tuvimos la oportunidad de ver que por no prever con las herramientas económicas idóneas los impactos que tendrían cambios jurídicos, los costos fueron mayores que los beneficios reportados para Chile. Hoy en día no puede alegarse ignorancia del Análisis Económico del Derecho, si se utilizan sus métodos de manera correcta, tendrá como su consecuencia, que se procurará la mantención de nuestra actual legislación minera y en especial, del art. 11° N° 3 de la LOCCM.

### Bibliografía citada

- ALONSO VILLANUEVA, Alfredo y otros (1994). *Historia del Código de Minería de 1932*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- ALVEAR ARTAZA, Fernando (1967). *Sociedades Mineras Mixtas*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- ANSALDI DOMÍNGUEZ, Carmen (2007). *Derecho Minero*. Sociedad Editora Metropolitana Ltda.

- CASTRO, José Manuel y otros (2019). *Historia de Chile 1960-2010*, Tomo V. Andros Impresores.
- CEA EGAÑA, José (2012). *Renovación del Constitucionalismo en Chile*. Editorial Legal Publishing Chile.
- CEA EGAÑA, José (2019). *Derecho Constitucional Chileno*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- DUCOING, Cristián y GARRIDO, Sergio (2017). *El desarrollo de la minería moderna en Chile. El caso de la Braden Copper Company*. Editorial Universitaria.
- ERBETTA VACCARO, Osvaldo (1936). *Generalidades sobre la propiedad minera: estudio del Código de Minería*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- FIGUEROA BITTNER, Isabel (1999). *La génesis del Código de Minería de 1983 en los papeles de Enrique Morandé Tocornal*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2020). *La Tradición Constitucional de la P. Universidad Católica de Chile*, Vol. II, 1967-2019. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio (2003). *A dos Décadas de la Institucionalidad Minera Chilena*, Revista de Derecho Administrativo Económico, (1),17-21.
- GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio (2020). *Manuel de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile.
- LIRA, Alejandro (1933). *La legislación minera de Chile*. Impr. y Lit. Universo.
- LIRA OVALLE, Samuel (2012). *Curso de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile..
- MAYORGA GONZÁLEZ, Orlando y otros (1946). *Orígenes, concordancias y jurisprudencia del Código de Minería de 1932*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- FAZIO, Hugo (2013). *Nacionalización del Cobre*. En MILOS, Pedro (edit.) *Chile 1971* (99-108). Ediciones Alberto Hurtado.
- MOGUILLANSKY, Graciela (1998). *Chile: Las Inversiones en el Sector Minero 1980-2000*. Santiago. Naciones Unidas.
- MONTERO JARAMILLO, Felipe (1969). *Política Chilena del Cobre y Sociedades Mineras Mixtas*. Editorial Jurídica de Chile.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1972). *La Batalla por el Cobre*. Empresa Editora Nacional Quimantu Limitada.
- ORELLANA RETAMALES, Luis y Otros (1999). *Autonomía y supletoriedad en el derecho minero chileno: estudio histórico-jurídico y jurisprudencial de sus efectos en el nacimiento y desarrollo de un gran proyecto minero: El caso de Chuquicamata (1882-1971)*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- OSSA BULNES, José (2012a). *Tratado de Derecho de Minería*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.
- OSSA BULNES, José (2012b). *Tratado de Derecho de Minería*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.
- PIÑERA ECHENIQUE, José (2002). *Fundamentos de la Ley Constitucional Minera*. Economía y Sociedad Ltda.
- PIÑERA ECHENIQUE, José (2018). *Minería 3.0. Un motor del nuevo Chile*, Revista Economía y Sociedad N° 94, pp. 4, 5, 10-12, 13-17.
- RUIZ BOURGEOIS, Julio y DIAZ MIERES, L. (1940). *Orígenes y Jurisprudencia del Código de Minería de 1932*. Editorial Nascimento.
- RUIZ BOURGEOIS, Julio (1949). *Instituciones del Derecho Minero Chileno*. Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2004). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo V. *La Constitución de 1980. Gobierno*. Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO, Ángel y SÁNCHEZ, Francisco (2015). *El "Padre" de los Chicago Boys*. Arnold Harberger. Centro de Estudios Bicentenario.
- UNDA DÍAZ, Óscar (1955). *Elementos para una nacionalización de la pertenencia minera*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- URIBE HERRERA, Armando (1948). *Manual de Derecho de Minería*. Editorial, Nascimento.

- URIBE HERRERA, Armando (1960). *Manual de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile.
- URIBE PRADA, Bernardo (1945). *De las minas y de su adquisición según el Código de Minas actual y según el proyecto de Código*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- VALDÉS, Juan Gabriel (2021). *Los economistas de Pinochet. La Escuela de Chicago en Chile*. Fondo de Cultura Económica Chile S.A.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo (1973). *La nacionalización del cobre y el derecho internacional*. Centro de Estudios de Planificación.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2003). Breve Historia y Objetivos de las Jornadas de Derecho de Minería. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (1), 7-9.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2003). Crónica de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras de 1982 y de su real impacto en la doctrina y en la jurisprudencia. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (1), 23-33.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1992). *Principios y Sistema del Derecho Minero*. Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA, Rafael y otros (2019). *Actas de las VII, XIII y XV Jornadas de Derecho de Minería*. Legal Publishing Chile.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2021). *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1982, Tomo II*. Ediciones Universidad Católica de Chile.

### Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005. (Chile).
- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 18 de septiembre de 1925 (Chile).
- Ley de 1982. Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. 7 de enero de 1982. D.O. N° 31.171.
- Decreto Ley N° 488. Aprueba Código de Minería. 24 de agosto de 1932. D.O. N° 16.360.
- Ley N° 18248. Código de Minería. 26 de septiembre de 1983. D.O. N° 31.694.



# Algunas notas en relación con el alcance del “asunto litigioso” como causal de abstención de la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República

Some notes in relation to the scope of the “litigious matter” as a cause for abstaining from the power to interpret legal norms by the Comptroller General of the Republic

Sofía Cisterna Manzur<sup>1</sup>

Este trabajo efectúa una revisión del artículo 6° inciso tercero de la Ley 10.336, precepto que impide a Contraloría hacer uso de su potestad dictaminadora en los casos que “por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia”. Ello, con el propósito de señalar ciertas notas a su respecto que dicen relación con el alcance otorgado a la expresión asunto litigioso.

**Palabras clave:** Potestad dictaminadora, Asunto litigioso, Contraloría General de la República.

This paper reviews article 6, inc. iii of Law 10.336, a precept that prevents the Comptroller from making use of its power to interpret legal norms in cases that “by their nature are a litigious matter, or that are subject to the knowledge of the Courts of Justice”. This, with the purpose of pointing out certain notes about it, that are directly related to the scope granted to the expression “litigious matter”.

**Keywords:** Power to interpret rules, Litigious matter, Comptroller General of the Republic.

RESUMEN / ABSTRACT

<sup>1</sup> Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Diplomada en Derecho Urbanístico en la Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: sofia.cisterna@pucv.cl. Dirección postal: Av. El Golf 99, Las Condes, Santiago, Chile.

Artículo recibido el 14 de diciembre de 2022 y aceptado el 5 de junio de 2023.

## Introducción

No resulta una novedad plantear que el control constituye un requisito vital para la mantención de cualquier Estado de Derecho. En este sentido, la forma en que se lleva a cabo, los órganos competentes para efectuarlo y, en general, la regulación del mismo, serán siempre materias que deban tratarse con la mayor rigurosidad. Así, en el ámbito local, por la propia función que esta realiza, es posible afirmar con toda seguridad que el control de la Administración del Estado ocupa un rol primordial.

En razón de lo anterior, a nivel orgánico, resulta necesario destacar la labor de la Contraloría General de la República (CGR). La cual, en el marco de sus atribuciones relativas al control de legalidad de los actos de la Administración del Estado (artículo 98 de la Constitución Política de la República), ejerce la potestad dictaminadora. Atribución que, *grosso modo*, le permite a este órgano interpretar la legalidad administrativa<sup>2</sup>, en relación con la aplicación de un determinado precepto en una situación específica que ha sido sometida a su control.

Ahora, tanto por la naturaleza de esta facultad, como por el hecho de compartir un sujeto de control, es posible identificar ciertos mecanismos legales que pretenden beneficiar su adecuada coordinación con los órganos jurisdiccionales. Así, se ha impedido el ejercicio de esta potestad en aquellos supuestos en “que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia” (artículo 6° inciso iii de la Ley N° 10.336, LOCCGR).

Con todo, en lo que refiere al “asunto litigioso”, de esta disposición han resultado ciertas falencias, tanto a nivel teórico como práctico, fundadas principalmente en el hecho de que este concepto (que carece de definición legal) a la fecha no ha sido delimitado de manera uniforme. De esta manera, es posible encontrar una multiplicidad de criterios, desarrollados tanto por Contraloría, como por los tribunales superiores de justicia y la doctrina.

Por tanto, mediante esta investigación se pretenden apuntar ciertas consideraciones respecto a la naturaleza de esta causal, en el marco de la propia potestad dictaminadora, así como el alcance que se ha dado por estos actores a la señalada expresión. Todo ello para aproximarse, en definitiva, a una delimitación concreta de su contenido y, asimismo, evaluar si esta determinación ha generado algún tipo de conflicto en materia de control.

### I. El límite y alcance del artículo 6° inciso iii. Una norma que viene a delimitar la extensión de la potestad dictaminadora.

Dentro del esquema orgánico, la CGR asume el llamado control de legalidad (externo) de los actos de la Administración del Estado. Para efectos de

<sup>2</sup> VALDIVIA, 2018, 347.

desarrollar esta función, el ordenamiento jurídico le provee de diversos mecanismos<sup>3</sup>, dentro de los cuales se encuentra la potestad dictaminadora, la cual ha sido conceptualizada como “una facultad de interpretar la legalidad administrativa (...) [determinando] la manera en que la legalidad se aplica a una situación específica”<sup>4</sup>, mediante dictámenes.

El fundamento normativo de la misma descansa en el artículo 98 de la CPR<sup>5</sup>, en relación con los artículos 5, 6, 9 y 19 de la LOCCGR. De igual forma, encuentra asidero en el artículo 19 n°14 de la CPR como “derecho de petición”<sup>6</sup>, conforme lo ha desarrollado la doctrina<sup>7</sup> y la jurisprudencia generada por el ente contralor<sup>8</sup>.

En lo relativo a su extensión, resulta necesario establecer que, conforme a ella, la CGR podrá emitir pronunciamientos que sean vinculantes para todos los órganos y servicios públicos<sup>9</sup>, constitutivos de la única fuente de jurisprudencia administrativa, aún más, presentando estos la aptitud de generar precedentes<sup>10</sup>. Características de sus pronunciamientos que llevan a considerarla como la más potente dentro de la Administración del Estado.

Sin perjuicio de la afirmación anterior, esta potestad encuentra ciertas limitaciones. Así, por ejemplo, en el caso de los particulares<sup>11</sup> se limita en lo relativo a la vinculatoriedad de su producto, los dictámenes, en tanto estos admiten siempre impugnación judicial<sup>12</sup>. En esta misma línea, aparecen limitaciones absolutas, consistentes en determinadas hipótesis en las que este órgano se encuentra completamente impedido de emitir un pronunciamiento, cuestión que consagra el artículo 6° inciso iii de la LOCCGR.

<sup>3</sup> El ejercicio de la potestad dictaminadora y el trámite de la toma de razón (artículo 99 de la Constitución Política de la República), constituyen dos mecanismos directos a través de los cuales la CGR ejerce el control de legalidad, los cuales, además operan como control represivo (*ex post*) y preventivo (*ex ante*) respectivamente. VALDIVIA, 2018, 342.

<sup>4</sup> VALDIVIA, 2018, 347. También ha sido definida como aquella facultad que le permite a la CGR emitir informes en derecho o interpretaciones jurídicas sobre materias que sean de su competencia. BERMÚDEZ SOTO, 2014, 508.

<sup>5</sup> Establece de esta forma el precepto “Ejercerá el control de legalidad de los actos de la administración (...) y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”

<sup>6</sup> El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes. Artículo 8° de la Ley N° 18.575, Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

<sup>7</sup> NAVARRO, 2013, 105.

<sup>8</sup> Dictamen N° 70.857 (2015) (cfr.) Dictamen N° 79.506 (2016).

<sup>9</sup> Artículo 9° de la Ley N° 10.336. SOTO KLOSS, 1977, 188.

<sup>10</sup> Artículo 6° inciso final y 19 de la Ley N° 10.336. CORDERO VEGA, 2010, 171. (cfr.) PHILLIPS LETELIER, 2020, 149-176.

<sup>11</sup> Artículo 21 de la Ley N° 19.880, Ley de Bases del Procedimiento Administrativo.

<sup>12</sup> VALDIVIA, 2018, 350-351. STC Rol N° 3.283 de 18 de enero de 2017.

En efecto, más allá de los aspectos formales que facultan a este órgano a abstenerse<sup>13</sup>, esta disposición limita su ámbito de actuación al señalar que: “La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia (...) sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor.”

Así, mediante un examen de los términos conforme a los cuales esta se encuentra redactada y considerando una interpretación sistemática de la misma, resulta plausible plantear que ella constituye una norma de competencia<sup>14</sup>, específicamente, una hipótesis de limitación de competencia<sup>15</sup>. Carácter que implica que, verificado que sea alguno de los supuestos reseñados, esta disposición tendrá el efecto de impedir a la CGR ejercer las facultades de intervención e información, en ejercicio de la potestad dictaminante de la que es titular.

Ahora, siguiendo con esta idea, por la sola configuración que presenta esta norma, habría que establecer la imposibilidad de reconocer la existencia de un ámbito de discrecionalidad concedido a la CGR. Es decir, una hipótesis conforme a la cual este órgano podría decidir si, conforme a los hechos que los interesados pongan bajo su control, es oportuna o conveniente su intervención, dentro de los márgenes que le fija el ordenamiento jurídico<sup>16</sup>.

La afirmación anterior, con todo, presenta ciertos detalles. Ello, dado que, al menos de manera previa a una eventual instancia jurisdiccional, esta limitación al ámbito de actuación de la CGR proviene de una norma que, al carecer de una definición legal para un concepto clave dentro de ella, termina generando el efecto práctico de delegar en el mismo órgano, la interpretación y determinación de su alcance.

En concreto, se delega la calificación jurídica del concepto “asunto litigioso” a la CGR, que es, a su misma vez, el destinatario de la hipótesis establecida por la norma, el cual podrá, en principio, ampliarla o restringirla cuanto el ordenamiento jurídico le permita. Esta cuestión, en términos del fin inmediato que la norma parece buscar –esto es, la no intervención–, puede llegar a resultar problemático por los siguientes aspectos.

Primeramente, por una cuestión práctica. En efecto, retomando su definición, la potestad dictaminadora se traduce en una facultad netamente interpretativa, con todo, el componente de “especificidad para cada situa-

<sup>13</sup> Que el reclamante carezca de legitimación activa, que falte a alguno de los requisitos establecidos por ley o el instructivo de la CGR, como si no estuvieran esgrimiéndose peticiones concretas o los hechos fueren difusos.

<sup>14</sup> HART, 1961, 45-61.

<sup>15</sup> Ello, en el entendido que el artículo 6° de la Ley N° 10.336 define el ámbito de extensión de la competencia de la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República, limitándolo o excluyendo de este ámbito, la hipótesis particular en comento.

<sup>16</sup> ARANCIBIA, 2016, 105-116.

ción”, y las características de sus pronunciamientos, generalmente conducen a afirmar que “la función dictaminante guarda estrecha semejanza con la función jurisdiccional”<sup>17</sup>. Consiguientemente, esta similitud lleva consigo el riesgo constante de que la instancia administrativa venga a (i) suplir el rol de la instancia jurisdiccional o, en el resto de los casos, (ii) presentarse como una alternativa previa a la instancia jurisdiccional, considerando los beneficios que implica acudir a una instancia administrativa como la CGR, frente a los factores negativos (*v.gr.* temporales, formales, económicos) que implican llevar adelante un proceso judicial.

Así, en el primer caso, encontraremos una situación más compleja, dado que se traducirá en que materias teóricamente reservadas al conocimiento de los tribunales de justicia terminen siendo conocidas por un órgano administrativo. Mientras que, en la segunda hipótesis, si bien ocurrirá necesariamente un entorpecimiento del sistema de control a nivel práctico (en tanto el interesado podrá acudir a CGR en un comienzo y, en el evento de que su dictamen no le sea favorable, someter el asunto a los tribunales de justicia) que puede llegar a impactar en la seguridad jurídica, estaremos ante un caso que no resultará del todo problemático y, en general, tolerado por el ordenamiento jurídico.

Ahora, sobre estos planteamientos, resulta necesario exponer que la doctrina ya ha identificado esta idea<sup>18</sup> a partir de situaciones que han sucedido en el plano práctico. A modo ejemplar, se presentó un supuesto que involucró la invalidación de un acto administrativo, en que CGR habría atentado contra la potestad que tiene el órgano administrativo para decidir invalidar o no un acto, ordenándole hacerlo. Este actuar, (que fue en principio validado por los tribunales de justicia<sup>19</sup>, pero luego corregido, señalando que la CGR solo podrá disponer que se adopten las medidas para restablecer la legalidad, mas no prejuzgar el resultado de una invalidación<sup>20</sup>), hizo latente este problema. Lo anterior dado que, en concreto, la CGR no solo pretendió decidir por el órgano administrativo, sino que vino a suplir el contencioso de nulidad<sup>21</sup> (que pertenece al ámbito de competencia los tribunales de justi-

<sup>17</sup> VALDIVIA, 2018, 347.

<sup>18</sup> “La progresiva subjetividad de la condición jurídica del derecho público en la segunda mitad del siglo XX, que evidentemente se trasladó a nuestra literatura, hizo que la Contraloría, ocupando el estándar de constitucionalidad y legalidad, comenzará a subjetivizar el control jurídico y, en consecuencia, la interpretación de la ley administrativa, legitimando su intervención no solo con un estándar de control objetivo y abstracto, sino que también en la protección de situaciones jurídicas subjetivas concretas”. CORDERO VEGA, 2010, 186.

<sup>19</sup> CORDERO VEGA, 2013, 272.

<sup>20</sup> VERGARA BLANCO, 2016. <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2016/10/11/La-invalidacion-como-potestad-de-cada-organo-administrativo-y-la-garantia-del-debido-proceso.aspx>

<sup>21</sup> Sobre el punto, en comentario efectuado en un caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago –confirmado por la Corte Suprema– respecto a lo litigioso en los dictámenes, se señaló que no se limitará esta facultad de la CGR, *mientras no se pida declaración de nulidad o ilegalidad* (el subrayado es propio). NAVARRO, 2012, 440.

cia)<sup>22</sup>, resolviendo acerca de la invalidación de un acto administrativo, con los efectos que ello trae aparejado.

En segundo lugar, ya desde una perspectiva netamente teórica, tenemos que esta situación nos lleva a la circunstancia de que un órgano administrativo sea el que defina el sentido y alcance de una norma jurídica, dotando de un cierto y determinado contenido a la expresión “asunto litigioso”. Esto, al menos de manera previa a la instancia jurisdiccional que eventualmente pueda darse y en la cual será el tribunal, en su aplicación, el que determinará lo que es litigioso o no.

Ahora, además de la labor que, a propósito de esta facultad, realiza CGR, ¿resulta plausible que un órgano de naturaleza administrativa realice válidamente este ejercicio?, la respuesta, en principio, es positiva. De hecho, en la doctrina administrativa, se ha contemplado esta posibilidad a partir de la figura de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>23</sup>, identificados como aquellos que “no permite[n] una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un supuesto dado”<sup>24</sup>, y que vienen a entregarle un ámbito de elasticidad a la Administración, siempre que se cumplan con ciertos requisitos. Por ejemplo, respecto de conceptos como “utilidad pública” o “interés general” se concede a la Administración, mediante esta técnica, el llamado “privilegio posicional de la decisión previa”<sup>25</sup>, con miras a, eventualmente, por vía judicial, establecer la llamada “única solución correcta”<sup>26</sup>.

En este sentido, en principio, no resultaría extraño plantear que lo litigioso o el asunto litigioso –concepto determinante para la abstención– podría estar asumiendo la naturaleza de un concepto jurídico indeterminado. Mas, impide la concreción de esta idea, la consideración de ciertas notas relevantes.

Primero, que esta técnica no suele utilizarse para conceptos como el que nos convoca, es decir, conceptos que en su determinación involucran integrar e interpretar competencias de un órgano extraño a la Administración. Luego, que no puede afirmarse que respecto del asunto litigioso jamás podrá existir

<sup>22</sup> PIERRY, 1981, 212. Dentro de este contencioso se encuentra el recurso de anulación (o por exceso de poder) como aquel por el cual “se impugna la legalidad de un acto administrativo, o sea, reclama por la violación realizada por el acto de una regla de derecho general e impersonal”. PIERRY ARRAU, 1980, 259.

<sup>23</sup> En su concepción, se han utilizado estos conceptos para efectos de diferenciarlos de los casos tradicionalmente identificados como de discrecionalidad administrativa, explicando que “se trata (...) de delimitar una única solución justa cuya búsqueda reglada debe hacer la Administración cuando a ella corresponde su aplicación, y cuyo control último, por ser un control de legalidad, es accesible al juez”. Ahora, en lo relativo a su naturaleza, señala que “la Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas” GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2017, 453 y 467.

<sup>24</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, 1996, 76.

<sup>25</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 136.

<sup>26</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, 2009, 136. En forma tal que (respecto a los conceptos jurídicos indeterminados) “con posterioridad los jueces en su actuación de aplicar el ordenamiento jurídico al caso concreto de la realidad, acotan”. ORTEGA, 2009, 20.

un supuesto concreto en que su aplicación sea categórica, dado que, como se verá, en aquellos casos en que existe una disposición legal que somete la materia al conocimiento de los tribunales de justicia, el alcance del concepto estará determinado. Asimismo, se podrán erigir ciertos argumentos menos poderosos relativos a la certeza jurídica, toda vez que la impugnación judicial de los dictámenes de CGR se encuentra sujeta *a priori* a un supuesto fundamental, el cual es que efectivamente se accione en contra de un dictamen de CGR y que tal acción prospere, cuestión que no será la regla general<sup>27</sup>.

Finalmente, una última objeción vendrá dada netamente por la relación entre el principio de legalidad –o bien, jurisdicción<sup>28</sup> y, la delimitación de competencias en el Derecho Administrativo<sup>29</sup>. Este principio, reconocido en nuestra carta fundamental (artículos 6 y 7 de la CPR), detalla la particular forma en que los órganos públicos se relacionan con el ordenamiento jurídico<sup>30</sup>, explicándose como “la sujeción integral a derecho de los órganos del estado tanto en su ser como en su obrar”<sup>31</sup>.

En esta misma línea, encontramos el principio de legalidad administrativa, como vinculación positiva o negativa a la ley, según la mayor o menor intensidad de vinculación de la Administración al derecho<sup>32</sup>. Conforme a ello, entonces, los órganos administrativos solo actuarán válidamente conforme a derecho y, por tanto, precisamente deberá ser el derecho quién establezca los parámetros y alcances de sus actuaciones, sin perjuicio de aquellas esferas de flexibilidad que se concedan a estos para la conducción de los asuntos públicos<sup>33</sup>.

Establecida esta idea, tenemos que el vehículo jurídico para atribuir potestades en nuestro ordenamiento es, generalmente, la ley. Así, en el caso particular que nos convoca, la delegación es constitucional, mas, la configuración y delimitación del ámbito de la potestad dictaminadora viene dado, en principio, por una ley orgánica (Ley N° 10.336)<sup>34</sup>. Con todo, en concreto, tenemos que es la determinación de la CGR, sin perjuicio de eventuales correcciones por los tribunales de justicia, la que delimita parte del ámbito de esta potestad. Ahora bien, como las potestades no son ni pueden ser nunca fruto

<sup>27</sup> Ello, viene principalmente dado por los duros estándares de admisibilidad que presentan estas reclamaciones.

<sup>28</sup> OELCKERS, 1977, 111-151.

<sup>29</sup> En el Derecho Administrativo, la determinación de competencias es un asunto esencial, ligado directamente al principio de separación de poderes (o funciones, dentro de su concepción contemporánea) PAREJO, 2020, 375.

<sup>30</sup> Para los órganos públicos, “el derecho no es límite de su actuación, como ocurre con la persona natural, sino es la condición de su existencia, de su ser y de su obrar”. SOTO KLOSS, 1996, 27.

<sup>31</sup> SOTO KLOSS, 1996, 24.

<sup>32</sup> VALDIVIA, 2018, 151.

<sup>33</sup> VALDIVIA, 2018, 152.

<sup>34</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República 1977, 632.

de una decisión de su propio titular<sup>35</sup>, tampoco su extensión puede recaer en el mero criterio de este, por tanto, para que la actuación de la CGR respecto a la determinación del asunto litigioso sea válida en este orden ideas, debe vincularse positivamente con un criterio preestablecido por el legislador.

Por ello, en esta primera aproximación, resulta plausible concluir que la determinación del alcance de esta expresión y, con ello, de las cuestiones que pertenecen al ámbito de lo jurisdiccional y de las cuales conforme a este precepto la CGR está impedida *a priori* de conocer, debe estar separada con la mayor rigurosidad, e idealmente conforme a lo prescrito por el legislador.

Entonces, recapitulando, podemos establecer ciertas cuestiones preliminares:

1. Que el artículo 6° inciso iii de la Ley N° 10.336, constituye una norma de competencia, en particular, una que viene a limitar el ejercicio de la potestad dictaminadora de la CGR, estableciendo dos hipótesis, una concreta (conocimiento efectivo del tribunal) y otra abstracta (“asunto litigioso”), generando el efecto de reducir el ámbito de extensión de esta potestad en relación con la actuación de otro órgano, los tribunales de justicia.

2. Luego, que la forma en que se verifica esta abstención descansa en una hipótesis cuyo concepto determinante (“asunto litigioso”) no se encuentra predefinido por el legislador, resultando en que su contenido y alcance termina dado por el órgano contralor y, eventualmente, acotado o corregido por lo resuelto en el ámbito jurisdiccional.

3. En este sentido, se detectan ciertas cuestiones potencialmente problemáticas en relación con esta forma de proceder. Particularmente, un asunto práctico, asociado a que la instancia administrativa ante la CGR venga a ocupar el lugar de la instancia jurisdiccional<sup>36</sup>. Consiguientemente, una cuestión teórica, consistente en que la CGR, como órgano administrativo, vendrá a ser, en la mayoría de los casos, quien define el sentido y alcance del ya mentado concepto legal. Y, finalmente, una consideración asociada al principio de legalidad y delimitación de competencias, que se traduce en que el titular del órgano determinará parte de su mismo ámbito de extensión.

Por ende, en lo sucesivo, este trabajo se encargará de desentrañar el contenido concreto que ha sido dado a la expresión “asunto litigioso”, a partir de una revisión conceptual, la jurisprudencia judicial, más los aportes de la doctrina y, principalmente, la jurisprudencia administrativa de la CGR. Esto, con el objeto de revisar si estos aspectos problemáticos han sido o no salvados en la aplicación del precepto.

<sup>35</sup> VALDIVIA, 2018, 146.

<sup>36</sup> Sobre este punto, resulta necesario aclarar que, normativamente, ambas instancias son perfectamente compatibles (artículo 54 de la Ley 19.880), mas, dado que la potestad dictaminadora tiene (y ha tenido) la aptitud de agotar el componente jurídico de un conflicto sin acudir a los tribunales de justicia, se genera el problema práctico de que esta instancia venga a sustituir la instancia jurisdiccional sin siquiera haber acudido a ella.

## II. El contenido del “asunto litigioso” y su distinción de los asuntos sometidos a conocimiento del tribunal

### 1. Aproximación conceptual

Como ya fue señalado, el artículo 6° inciso iii de la Ley N° 10.336 constituye una norma de competencia que viene a delimitar un ámbito de abstención de la labor de la CGR en el ejercicio de su potestad dictaminadora. Ahora, esta se manifiesta en una hipótesis concreta y una hipótesis abstracta. No obstante, parece ser que solo resulta problemática la hipótesis asociada al contenido otorgado a la expresión “asunto litigioso”, cuestión que suele estar vinculada al propio tenor de la misma.

En efecto, cuando nos aproximamos al concepto de lo que se considera litigioso no es extraño escuchar decir en la práctica jurídica con plena liviandad que todo puede ser litigioso, en el sentido de “tener la aptitud de producir un litigio”<sup>37</sup>. Afirmación que, sin ser completamente errada, resulta al menos imprecisa, y cuya utilización indistinta para múltiples circunstancias encuentra fundamento en nuestro propio ordenamiento jurídico. Así, la expresión “litigioso” es utilizada en varios textos normativos<sup>38</sup> con referencia a diversos fines e instituciones. En este sentido, parece necesario depurar el concepto.

Desde una perspectiva netamente conceptual lo litigioso tiene -al menos- tres acepciones. En este plano, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, una primera posición es comprenderlo como aquello “que está en pleito”, lo cual para estos efectos implica un “enfrentamiento o disputa entre dos personas o partes en un juicio”. Por lo tanto, en miras al objeto principal de este examen -la labor de la CGR-, será un asunto actualmente sometido a conocimiento de un tribunal.

Enseguida, una segunda mirada apunta a lo “que está en duda y se disputa”. Se refiere así a un asunto al cual se le atribuye la característica de litigioso por generar una controversia o duda entre las partes y, a propósito de ello, disputa<sup>39</sup>. En ella, es un elemento de la esencia del concepto la presencia de estas cuestiones (duda-disputa), mas, en esta acepción no existe una conexión necesaria con la presencia de un tribunal. Con todo, puede tratarse -bajo ciertos supuestos-, de una materia litigiosa.

<sup>37</sup> VALDIVIA, 2018, 347.

<sup>38</sup> En el ámbito nacional, existen más de 30 cuerpos normativos que utilizan la voz “litigioso”. Por mencionar algunos, *vid.* el Código Orgánico de Tribunales al referirse a los jueces árbitros (art. 222), el Código Civil que dispone un apartado dedicado a los derechos litigiosos, (arts. 1911 y ss.) de la misma forma, se refiere a hechos litigiosos, bienes litigiosos y objeto litigioso (arts. 1711, 1736, 2252 respectivamente).

<sup>39</sup> Pese a las múltiples acepciones de la palabra disputa, en atención al contexto en el que se aplica solo puede extenderse a dos acepciones (i) discutir con calor y vehemencia y (ii) contender, competir, rivalizar. Diccionario de la lengua española, 23ª ed., [versión 23.3 en línea]. <https://dle.rae.es> [13 de Septiembre del año 2020].

La última acepción es considerada la más abstracta y se refiere a lo litigioso como aquello (iii) “propenso a mover pleitos y litigios”, es un estadio anterior al conflicto y a la intervención de un tribunal propiamente tal. Consiguientemente, el asunto, cuestión, derecho o circunstancia podría, cumplidos ciertos requisitos –como la duda o controversia, más la solicitud de pronunciamiento a un órgano jurisdiccional–, mover un pleito o litigio, en el cual efectivamente participará un tribunal. De tal forma, se trata en este acápite de las materias propiamente litigiosas.

Así, lo litigioso presenta un contenido más estricto o determinado, como también uno más amplio y vago. De tal forma, al analizar la voz “litigioso” se estará en presencia de alguna de estas tres acepciones, por lo cual, normativamente, el texto que las contenga habrá pretendido referirse, de manera preeminente, a una de ellas. Sin perjuicio de lo cual, en su aplicación, puedan confluir una o más copulativamente.

Lo relevante, con todo, consiste en que al identificar tal hipótesis primigenia se delimitará un núcleo claro a partir del cual los límites del concepto serán visibles y, por ende, la posibilidad de aplicarlo de manera errada en el espectro normativo descenderá sustancialmente.

Entonces, surge la pregunta acerca cuál de estas acepciones corresponde al caso particular del “asunto litigioso”. Conforme hemos venido explicando, en la norma que nos convoca se esgrimió la característica de lo litigioso con el fin de delimitar competencias. No obstante, este límite a las competencias no podrá referirse al primer sentido reseñado aquí –como aquello que está en pleito–, dado que corresponde a la otra hipótesis contemplada por la norma. Parece ser, entonces, que se moverá dentro de las otras dos acepciones, más vinculado propiamente a las materias litigiosas.

En este sentido, plantear que se trata de aquellas materias que sean susceptibles de mover pleitos y litigios a secas sería una conclusión fútil, dado que de esta se seguiría que CGR jamás podría conocer aspecto alguno<sup>40</sup>, desapareciendo su función de control. Resulta más correcto, entonces, matizar esta afirmación y señalar la referencia a las materias contencioso-administrativas, esto es, las que son competencia de los órganos jurisdiccionales en el ámbito del control de la Administración del Estado.

Lo anterior, conforme al esquema nacional, se traduce en dos grandes categorías. Los asuntos que son competencia de los tribunales especiales en materias administrativas, regulados debidamente al efecto<sup>41</sup>. Y, la competencia general de tribunales ordinarios en materias administrativas, que actúan

<sup>40</sup> “El solo hecho que una materia sea susceptible de ser debatida en sede judicial, no constituye un motivo plausible para atribuirle tal carácter [litigioso, dado que] todo asunto de relevancia jurídica puede ser, eventualmente, discutido en el ámbito jurisdiccional” Dictamen N° 71.001 (2016); Dictamen N° 17.399 (2016) y Dictamen N° 7.482 (2013).

<sup>41</sup> Por la ley, generalmente reservados para materias técnicas específicas. FERRADA, 2011, 265.

bajo la remisión que deviene del tenor del artículo 38 inciso segundo del actual texto constitucional.

Concluyendo este ejercicio conceptual, *a priori*, podremos detectar un problema: en el primer caso, lo litigioso estará previamente definido en un texto generalmente de carácter legal, mientras que, en el segundo, no existirá esta determinación. Cuestión que, por lo pronto, seguirá tiñendo de un halo de indeterminación a este concepto.

## 2. Aproximación doctrinal y desde la jurisprudencia judicial

Ocupa en este acápite el realizar una breve revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional que se ha pronunciado sobre este precepto. Cabe mencionar, antes del desarrollo en particular de cada elemento, que existe cierta uniformidad entre la doctrina administrativista en orden a considerar que la finalidad del deber de abstención de la CGR derivado del artículo en análisis en ambas hipótesis es competencial<sup>42</sup>.

Consiguientemente, ello se materializa –en términos amplios– en que mediante la norma se procurará evitar la intromisión de este órgano en la función jurisdiccional (artículo 76 de la CPR). La conceptualización constitucional de esta función presenta, con todo, varios aspectos complejos<sup>43</sup> que generalmente instan a optar por conceptos más propiamente desarrollados a nivel doctrinal<sup>44</sup>. Sin embargo, como la medición que se pretende realizar es normativa, para todos los efectos, la definición a considerar será la ya referenciada.

Se ha dicho, entonces, que se busca impedir que CGR emita dictámenes sobre materias entregadas propiamente al conocimiento del poder judicial<sup>45</sup>. Los fundamentos son múltiples, pero todos relacionados precisamente con el ejercicio de esta función, por mencionar algunos: la proscripción de formar comisiones especiales (artículo 19 número tres inc. cuarto de la CPR)<sup>46</sup> a fin de no atentarse contra el derecho a la tutela judicial efectiva, y la prohibición de toda autoridad que no pertenezca al poder judicial en orden a “ejercer funciones judiciales o avocarse causas pendientes” (artículo 76 inc. primero de la CPR)<sup>47</sup>.

Ahora, en particular en lo que refiere a la conceptualización del asunto litigioso, un primer acercamiento doctrinal viene dado desde una óptica muy amplia “como cualquier asunto susceptible de pronunciamiento judicial o sobre el que exista controversia jurídica”<sup>48</sup>. Sobre ello, José Miguel Valdivia,

<sup>42</sup> En el sentido de delimitar competencias, estableciendo la exclusión de ciertos ámbitos respecto de los cuales la CGR intervendría, de no existir tal limitación.

<sup>43</sup> ALDUNATE LIZANA, 1995, 16 y ss.

<sup>44</sup> ALDUNATE LIZANA, 1995, 16, indica que la función jurisdiccional es aquella función estatal que tiene por objeto agotar el componente jurídico de un conflicto (cfr.) CHIOVENDA, 1906, 340

<sup>45</sup> CORDERO VEGA, 2015, 560.

<sup>46</sup> SOTO KLOSS, 2012, 607 y ss.

<sup>47</sup> ARÓSTICA, 2007, 130. En el mismo sentido, Sentencia TC Rol N° 5540 (2018).

<sup>48</sup> VALDIVIA, 2018, 347.

–autor de esta definición– entiende que deberá existir una interpretación flexible en la aplicación de la causal respecto de CGR, puesto que en la segunda parte del artículo 6° de la LOCCGR (hipótesis concreta) se protege ya de manera estricta la competencia de los tribunales frente a las facultades del órgano fiscalizador. De tal forma, para el ya citado autor, añadir una interpretación expansiva de la primera parte del precepto afectaría manifiestamente la labor de CGR<sup>49</sup>.

Desde una perspectiva más específica, Eduardo Soto Kloss, ha identificado lo litigioso con aquellas situaciones que implican “confrontar derechos de particulares”<sup>50</sup>. Apoya esta postura Alejandro Vergara Blanco, puntualizando que procede la abstención de CGR cuando existan dilemas de derechos dado que “es competencia de la jurisdicción declarar la certeza del derecho, o el derecho mismo”<sup>51</sup>. Fluye, de estos comentarios, la referencia a la tutela declarativa o de mera certeza<sup>52</sup> y, en el ámbito de control, al contencioso subjetivo o de derechos<sup>53</sup>, cuyo ejercicio compete a los tribunales de justicia.

Forma parte de este orden de ideas la opinión de Iván Aróstica Maldonado, quien indica que el órgano de control en el ejercicio de su potestad dictaminante no debe pronunciarse acerca de un asunto de legalidad, cuando de ese pronunciamiento pueda generarse un perjuicio a terceros porque “zanjar el límite de un derecho y del ajeno comporta un asunto eminentemente litigioso, de exclusivo conocimiento judicial”<sup>54</sup>. La opinión de este autor abarca un espectro más amplio, limitando de manera estricta al órgano, dado que aun cuando se pronuncie sobre el asunto a propósito de otra materia (legalidad), quedará vedado si se sigue que esto impacta en un ámbito de derechos que pueda afectar a un particular.

Sobre este desarrollo doctrinal es menester mencionar que, en ambos puntos, los elementos mencionados realmente no delimitan de manera suficiente el concepto o entregan un criterio unívoco a su respecto. Así, en el caso del primero, la controversia jurídica por sí sola no permite generar que un asunto se torne de carácter litigioso, puesto que existen muchas circunstancias en que se presenta tal controversia y ello no implica que CGR no deba intervenir. La controversia es consustancial a la vida jurídica y los actores involucrados en ella, en forma tal que no puede –ni debe– estar reservada a secas al conocimiento de tribunales, sino que necesariamente deben confluir otros elementos para que una materia controvertida se entienda competencia exclusiva de un órgano jurisdiccional.

<sup>49</sup> VALDIVIA, 2018, 347.

<sup>50</sup> SOTO KLOSS, 2012, 607 y ss.

<sup>51</sup> VERGARA BLANCO, 2012, 107.

<sup>52</sup> RIVERO, 2019, 89-130.

<sup>53</sup> PIERRY a 1981, 213.

<sup>54</sup> ARÓSTICA, 2007, 131.

Respecto al segundo punto, aun cuando es una perspectiva acertada, dado que se refiere específicamente a competencias jurisdiccionales, no es un criterio clarificador para todo caso y, asimismo, implica pretender *a priori* que la actividad declarativa de derechos es exclusiva de los tribunales, cuando en realidad es también reconocida a la administración. En particular, a CGR, respecto de ciertos asuntos, como los derechos de los funcionarios (artículo sexto inc. primero de la LOCCGR).

Desde otro ámbito, la jurisprudencia de la Corte Suprema, en principio, ha identificado la naturaleza de lo litigioso con “aquellos asuntos propensos a mover un litigio o pleito”<sup>55</sup> criterio que se torna, por su amplitud, poco útil. Afortunadamente, con el paso del tiempo, la misma ha uniformado un criterio más consistente<sup>56</sup>, distinguiendo dos elementos relevantes relativos al alcance de la abstención, estos son (i) materias discutidas en un juicio determinado, esto es, conocimiento efectivo del tribunal y (ii) casos en que la ley expresamente indica que deben ser resueltas únicamente por los tribunales.

Esta aproximación otorga bastante claridad y certeza jurídica al concepto. En efecto, en el primer caso, CGR deberá abstenerse de materias que se estén conociendo en un juicio determinado, lo cual está, en esencia, definido (por acción, pretensión, partes). Y, en el segundo caso, deberá tener sustento normativo expreso<sup>57</sup>, en forma tal que será la norma la que determinará en su totalidad y de manera previa el ámbito de abstención.

Habidos estos antecedentes, huelga concluir por ahora que la abstención por el asunto litigioso no se verifica automáticamente al presentarse en un caso el conocimiento de una materia afín a la función jurisdiccional, sino que además requieren comprobarse otros elementos, que permitan efectivamente determinar la competencia (particularmente, habilitación legal o constitucional). Subsiste, con todo, un halo de incertidumbre en materia de control respecto de la Administración del Estado, dado que la competencia de los tribunales en esta área, salvo aquellos casos expresamente regulados por ley (“justicia de boutique”)<sup>58</sup> resulta todavía amplísima.

### 3. Aproximación desde la jurisprudencia administrativa

A lo largo de su historia institucional, la CGR ha invocado esta causal de abstención para múltiples casos que revisten circunstancias diversas e impiden, de primera mano, encontrar un sentido uniforme en la aplicación que sobreviene a este presupuesto normativo. Por ello, y con un fin meramente académico, se propone en este capítulo una sistematización de la aplicación

<sup>55</sup> NAVARRO, 2012, 440.

<sup>56</sup> *Pineda Gajardo con Gobierno Regional del Maule (2022)*; *Demarco S.A con Contraloría General de la República (2021)*.

<sup>57</sup> *Ilustre Municipalidad de Santiago con Contralor General de la República (2012)*.

<sup>58</sup> CORDERO VEGA, (2016).

que el órgano contralor ha efectuado en tres criterios<sup>59</sup>. Para estos efectos, la sistematización de los casos se hará respecto de ambas hipótesis del artículo sexto inciso tercero de la Ley N° 10.336, a fin de eventualmente distinguir los casos que refieren al asunto litigioso propiamente tal.

a) *Casos en que el asunto se encuentra sometido al efectivo conocimiento del tribunal estando pendiente de resolución por parte de este o habiendo existido sobre el mismo una sentencia judicial que ha resuelto el problema jurídico de fondo sometido a su conocimiento*

El primer criterio que se presenta en este análisis es el que se encuentra de manera más concreta (en el sentido de su alcance) y uniformemente (en relación con su aplicación) asentado en la jurisprudencia administrativa emitida por la CGR. Así, su aplicación se produce al materializarse en un caso el efectivo conocimiento del tribunal, estando pendiente de resolución<sup>60</sup> o habiéndose pronunciado directamente acerca de él a través de una sentencia<sup>61</sup>, o bien (dentro de este mismo entendido), por medio de un equivalente jurisdiccional<sup>62</sup>. Como se podrá observar, esto constituye la materialización del desarrollo de la función jurisdiccional<sup>63</sup>, la cual conforme a la definición constitucional recae con exclusividad en los tribunales establecidos por la ley<sup>64</sup>.

De este modo, es plausible plantear que la circunstancia de encontrarse estos supuestos precisamente en el límite establecido por la disposición normativa permite, sin mayor problema el surgimiento del principio de no injerencia de la CGR en los asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia<sup>65</sup>. Aún más, el órgano encuentra fundamento último para abstener-

<sup>59</sup> Para realizar el análisis de este capítulo fueron consultados un universo de 1344 dictámenes que se referían al asunto litigioso o aspectos vinculados a él. Enseguida, poco menos de la mitad de ellos fueron efectivamente considerados para la construcción de las causales. El período considerado circunda entre el año 1972 y 2022. La mayor actividad constatable del órgano en esta materia se da desde la década de los noventa a la actualidad. La fuente de todos los dictámenes es la base jurisprudencial de libre de acceso de la CGR.

<sup>60</sup> Dictamen N° 8.108 (2020); Dictamen N° 8.674 (2020); Dictamen N° 29.286 (2018); Dictamen N° 13.609 (2017); Dictamen N° 61.063 (2016); Dictamen N° 41.516 (2016); Dictamen N° 23.428 (2016); Dictamen N° 8.834 (2015); Dictamen N° 6.491 (2015); Dictamen N° 76.696 (2014); Dictamen N° 45.123 (2014); Dictamen N° 17.182 (2014); Dictamen N° 78.661 (2013); Dictamen N° 3.511(2013); Dictamen N° 13.995 (2012); Dictamen N° 12.161 (2012); Dictamen N° 78.077 (2010); Dictamen N° 64.518 (2009); Dictamen N° 34.204 (2009); Dictamen N° 28.455 (1996); Dictamen N° 5485 (1994).

<sup>61</sup> Dictamen N° E191157 (2022); Dictamen N° E119650 (2021); Dictamen N° 11.171 (2020); Dictamen N° 14.217 (2018); Dictamen N° 37.455 (2017); Dictamen N° 72.927 (2016); Dictamen N° 63.418 (2014); Dictamen N° 61.364 de (2011); Dictamen N° 78.077 (2010); Dictamen N° 27.246 (2010).

<sup>62</sup> Tales como la conciliación judicial, la transacción judicial y el avenimiento. Dictamen N° 41.974 (2013); Dictamen N° 92.033 (2016); Dictamen N° 7.333 (2018).

<sup>63</sup> Dictamen N° 8.674 (2020).

<sup>64</sup> Dictamen N° 41.726 (1996).

<sup>65</sup> Dictamen N° 6.652 (2014); Dictamen N° 34.493 (2013).

se de emitir su pronunciamiento en lo preceptuado por los artículos sexto y séptimo de la CPR<sup>66</sup>.

Así entendidas las cosas, *a priori*, el único aspecto que podría complejizar esta causal aparece en el plano fáctico, y es el referido a que el asunto objeto del reclamo haya sido radicado en tribunales y la CGR no haya tenido conocimiento de esta circunstancia, por haberse omitido en el reclamo presentado. Emitiendo, por esta ignorancia, el dictamen, situación que conduciría a que sobre una misma materia existan dos pronunciamientos que, podrían o no, ser contradictorios.

Con todo, frente a estos casos, CGR ha resuelto, en general, dejar sin efecto el pronunciamiento emitido<sup>67</sup>. Extinguiendo, de esta manera, cualquier posibilidad de un eventual conflicto, sin perjuicio de continuar dictaminando respecto a las materias en las que se considera competente y que puedan presentarse a propósito del caso<sup>68</sup>.

No obstante lo anterior, se estima pertinente hacer ciertas precisiones que se han dado en la aplicación de este motivo. Así, en un primer punto, la CGR, órgano competente para efectuar interpretaciones acerca de la correcta aplicación de las normas legales y reglamentarias<sup>69</sup>, ha indicado el no poder pronunciarse sobre los efectos y fundamentos de un fallo judicial, por cuanto ello incide directamente en el sentido, alcance y ejecución del mismo, materia que es de competencia exclusiva del órgano jurisdiccional que lo dictó<sup>70</sup>.

En un segundo punto, el órgano ha manifestado la relevancia de determinar si en sede jurisdiccional fue efectivamente resuelto el fondo del asunto sometido a conocimiento del tribunal. Ello, puesto que en aquellos casos en que ha existido pronunciamiento de este, mas, no ha sido resuelta la materia sometida a su conocimiento<sup>71</sup>, estima que no corresponde aplicar la causal. Consecuentemente, a pesar de la intervención formal del órgano jurisdiccional, se privilegia el conocimiento del caso por parte de la CGR, siempre que se trate de materias de su competencia, especificadas como tal en su normativa.

<sup>66</sup> Dictamen N° 16.251 (2002).

<sup>67</sup> Dictamen N° E34846 (2020); Dictamen N° 31.379 (2018); Dictamen N° 43.205 (2017); Dictamen N° 92.335 (2016); Dictamen N° 57.624 (2013).

<sup>68</sup> Dictamen N° 71.001 (2016). Dictamen N° 87.750 (2014); Dictamen N° 18.712 (2005); Dictamen N° 11.752 (2003); Dictamen N° 23.688 (2001); Dictamen N° 39.570 (2000); Dictamen N° 43.535 (1999); Dictamen N° 15.191 (1998); Dictamen N° 19.957 (1996).

<sup>69</sup> CALDERA DELGADO, 1979, 86.

<sup>70</sup> Dictamen N° 11.171 (2020). Dictamen N° 3.825 (2019); Dictamen N° 70.919 (2015); Dictamen N° 63.842 (2015); Dictamen N° 63.418 (2014); Dictamen N° 51.215 (2014); Dictamen N° 34.493 (2013); Dictamen N° 13.995 (2012); Dictamen N° 6.259 (2011); Dictamen N° 52.904 (2008); Dictamen N° 17.271 (2005).

<sup>71</sup> (v.gr) casos de desistimiento de la demanda, rechazo de la misma, o haber sido declarada esta inadmisibles Dictamen N° 7.475 (2020); Dictamen N° 13 (2016); Dictamen N° 34.707 (2013); Dictamen N° 48.390 (2012)

Un tercer alcance, dice relación con la extensión del deber de abstención consagrado mediante esta causal y el efecto relativo de las sentencias. En el primer caso, si el tribunal ha intervenido, pronunciándose acerca del fondo del asunto, y dictando sentencia de término respecto al mismo, CGR está impedida de actuar<sup>72</sup>. Sin perjuicio de considerar, el efecto relativo que ella produce, ello implica que no vincula al órgano a resolver situaciones similares de igual forma, ni por esa sola circunstancia (la de existir otra causa análoga respecto de otras partes conocida o resuelta por los tribunales) convierte la materia en litigiosa<sup>73</sup>.

En esta misma línea, podría postularse que el criterio para determinar si el asunto será litigioso en una instancia posterior, es muy similar al que se utiliza para identificar los requisitos del efecto de cosa juzgada; esto es, la triple identidad<sup>74</sup>. En este sentido, y siguiendo el razonamiento anterior, para que la materia se tornase en litigiosa a efectos de verificar la abstención de CGR, esta deberá representar copulativamente: (i) la identidad legal de la persona (partes), (ii) la identidad de la cosa pedida (objeto) e (iii) la identidad en la causa de pedir (pretensión), todo ello conforme a lo que dispone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Resuelto lo anterior, vale traer a colación que, para sustentar la extensión de esta abstención, la CGR recurre al artículo 54 de la Ley N° 19.880, el cual expresamente dispone que en el evento de presentar acción jurisdiccional el interesado, la Administración tendrá el deber de inhibirse de conocer cualquier otra pretensión que tal interponga sobre la misma pretensión. Con todo, es necesario leer este artículo en concordancia con lo ya explicado respecto al efecto relativo de las sentencias.

En un cuarto punto, referido al asunto de la justicia arbitral, resulta prudente plantear que CGR ha indicado que radicado el asunto en un juez árbitro esta se abstendrá de emitir pronunciamiento<sup>75</sup>, entendiendo que este está sometido al conocimiento de tribunales<sup>76</sup>. Sin considerarse como relevante, su falta de pertenencia al poder judicial<sup>77</sup> sino justificándose la abstención en el ejercicio por parte de ellos de la función jurisdiccional (arts. 5 y 222 del COT).

Finalmente, hay que distinguir en esta primera causal que los supuestos de aplicación revisados no constituyen propiamente casos de asuntos litigio-

<sup>72</sup> Dictamen N° 6.491 (2015); Dictamen N° 26.664 (2011); Dictamen N° 42.430 (2009)

<sup>73</sup> Dictamen N° 47.244 (2015); Dictamen N° 63.885 (2010); Dictamen N° 37.201 (2013); Dictamen N° 48.397 (2008).

<sup>74</sup> Carnelutti 1942, 26 y ss.

<sup>75</sup> Dictamen N° 96.410 (2015); Dictamen N° 56.414 (2014); Dictamen N° 54.844 (2003).

<sup>76</sup> Se separa esta hipótesis de aquellos casos en que el tribunal resolvió el conflicto, puesto que en tal caso podría argumentarse de la resolución como equivalente jurisdiccional, eliminando esta revisión necesaria de los términos de la función jurisdiccional.

<sup>77</sup> En Chile, el ejercicio de la jurisdicción no está encomendado al Poder Judicial. BORDALI SALAMANCA, 2009, 225 y ss.

tos, sino que se refieren a la hipótesis concreta, esto es, efectivo conocimiento del tribunal.

b) *Casos en que existe una disposición legal que identifica la materia litigiosa y/o regula el tribunal competente para conocer el asunto*

Esta causal se remite a normas de carácter legal o constitucional cuyo tenor literal es, generalmente, claro y determinado, lo cual permite facilitar la abstención. En esta línea, es especialmente relevante este criterio toda vez que permite justificar la competencia de los órganos jurisdiccionales, conforme a lo preceptuado por el artículo 108 del COT y, aún más, el artículo séptimo de la CPR.

Para efectos de orden, se distinguirán primero los tres supuestos que incluyen la mayor cantidad de solicitudes respecto de las cuales el órgano se abstuvo de conocer y, en seguida, se mencionaran ciertos casos que respondan a las categorías propuestas para la abstención, más no han tenido excesiva aplicación. Asimismo, previo al análisis en particular, hay que destacar que los casos que se pasaran a desarrollar constituyen propiamente materias litigiosas, reservadas al conocimiento de tribunales.

Primeramente, (i) tenemos los asuntos regulados por la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones (artículo 39, DL 2.186) y, también, por lo dispuesto en el art. 19 N°24 de la CPR. En línea con lo anterior, en sede de control administrativo, las solicitudes que se han presentado se materializan en reclamos del monto de la indemnización fijado por la expropiación, como la procedencia de intereses y reajustes acerca del mismo y el reconocimiento de derecho de terceros al monto de la indemnización<sup>78</sup>. De igual forma, se ha pedido que CGR informe acerca de aspectos relativos al pago de la indemnización<sup>79</sup>, como a temas relacionados con la titularidad de dominio acerca del bien expropiado<sup>80</sup>. Asimismo, se le ha requerido, a fin de que dictamine respecto a irregularidades del procedimiento de expropiación<sup>81</sup> y también sobre asuntos relativos a la consignación por expropiación<sup>82</sup>, entre otros<sup>83</sup>. Todos aquellos casos en los cuales CGR ha guardado silencio, utilizando la causal de abstención del asunto litigioso.

Con todo, vale mencionar que, en estos casos, surge una primera gran limitación que no se relaciona propiamente con el ámbito de lo litigioso, pero sí tiene implicancias en el sistema de control. Esto se materializa en la improcedencia de manifestarse este órgano respecto a casos que consisten

<sup>78</sup> Dictamen N° 61.073 (2015); Dictamen N° 26.204 (2015); Dictamen N° 93.414 (2014); Dictamen N° 6.024 (2014); Dictamen N° 23.628 (2006).

<sup>79</sup> Dictamen N° 760 (2014); Dictamen N° 67.857 (2012).

<sup>80</sup> Dictamen N° 29.286 (2018); Dictamen N° 32.703 (2015); Dictamen N° 28.902 (2008).

<sup>81</sup> Dictamen N° 41.295 (2014); Dictamen N° 62.062 (2012); Dictamen N° 71.548 (2009); Dictamen N° 15.426 (2008).

<sup>82</sup> Dictamen N° 10.111 (2011).

<sup>83</sup> Dictamen N° 36.254 (2007); Dictamen N° 10.875 (2018); Dictamen N° 28.538 (2017).

en actos de mérito, oportunidad y conveniencia –ajenos propiamente al control de legalidad realizado por el órgano- como las decisiones de expropiar o no determinado bien<sup>84</sup>.

En línea con ello, CGR ha intervenido (más no informado) en virtud del artículo 14 de la LBPA que consagra el principio de inexcusabilidad de la administración, solo para efectos de remitir los antecedentes a la autoridad administrativa que estima competente, en general, el SERVIU del lugar que corresponda, con expresa orden de informar al órgano en un plazo breve acerca de la situación<sup>85</sup>. En este punto, como se ve, estas actuaciones muestran por parte de CGR especial deferencia con las decisiones administrativas, cuestión que resulta muy relevante en cuanto a los límites del control<sup>86</sup>.

Luego, (ii) se utiliza esta causal de abstención a propósito temas relativos al cobro de las obligaciones tributarias. Sobre este particular, hay que mencionar que por el Título V del Libro III del Código Tributario, se faculta a la Tesorería General de la República para dar inicio al procedimiento administrativo y judicial previsto para estas situaciones (artículos 168, 176, 180 del DL 830)<sup>87</sup>.

Dentro de los asuntos consultados a la CGR en razón de esta causal de abstención se encuentran solicitudes para que esta declare la nulidad de los embargos efectuados en estos procedimientos<sup>88</sup> y se pronuncie acerca de las excepciones con relación a la deuda y convalidación de la misma<sup>89</sup>. De la misma forma, se solicita que esta tramite la devolución de montos cobrados en exceso<sup>90</sup>, que en ciertos casos deje sin efecto el cobro de multas<sup>91</sup>, informe sobre la validez de notificación dentro del procedimiento y, con ello, si una cesión de tributos resulta jurídicamente procedente<sup>92</sup>, entre otras<sup>93</sup>.

En este sentido, solo vale destacar que se han hecho solicitudes tanto respecto de la fase administrativa de este procedimiento, como de la fase jurisdiccional, en ambos supuestos CGR no ha emitido pronunciamiento. Ello se justifica toda vez que nos encontramos dentro de un procedimiento y una materia propiamente jurisdiccional, más allá de la sustanciación de una parte

<sup>84</sup> Esta decisión es exclusiva del órgano a cargo de la expropiación, sin perjuicio de que debe someterse a las exigencias legales. Dictamen N° 12.546 (2018); Dictamen N° 86.933 (2016); Dictamen N° 77.663 (2016); Dictamen N° 39.795 (2013).

<sup>85</sup> Dictamen N° 26.204 (2015); Dictamen N° 32.703 (2015).

<sup>86</sup> Sobre la deferencia hacia la Administración y otros límites del control. Valdivia 2018, 334 y ss.

<sup>87</sup> Dictamen N° E22948 (2020).

<sup>88</sup> Dictamen N° E22948 (2020). Dictamen N° 78.593 (2016).

<sup>89</sup> Dictamen N° 1.540 (2019); Dictamen N° 12.057 (2018); Dictamen N° 25.952 (2017); Dictamen N° 25.954 de (2017); Dictamen N° 78.600 (2016); Dictamen N° 56.378 (2009).

<sup>90</sup> Dictamen N° 10.486 (2018).

<sup>91</sup> Dictamen N° 26.348 (2017).

<sup>92</sup> Dictamen N° 19.575 (2017).

<sup>93</sup> Dictamen N° 29.122 (2017); Dictamen N° 48.868 (2016).

en sede administrativa, en forma tal que la abstención, por un fundamento u otro, devendrá finalmente en un asunto propiamente litigioso.

Asimismo (iii) tenemos los asuntos asociados a aspectos de responsabilidad e indemnización de perjuicios (IDP) regulados en su mayoría por el Código Civil y el Código Orgánico de Tribunales. Sobre este particular hay que mencionar que, en general, la CGR aborda estos supuestos indicando que, por el hecho de solicitar una IDP, nos encontramos en el ámbito la responsabilidad por daños, la cual es una materia litigiosa, que se encuentra fuera de su competencia, sin remitir a una norma en particular. Sin perjuicio de lo anterior, en el Dictamen 6.756 de 23 de marzo de 2020 se indica que la competencia de estos asuntos se define por lo prescrito en los artículos 1° y 45, N° s 1, letra a), y 2, letra a) del COT.

Una precisión, más allá de este esquema general, debe realizarse propiamente en relación con la IDP en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado. En este sentido, la normativa aplicable implica considerar, ante todo evento, el artículo 38 inc. segundo de la CPR y otras leyes particulares, (Ley N° 18.695, artículo 152, 18N° 19.966, artículos 38 y ss, etc).

Entendidos estos supuestos, conforme a esta causal se han presentado ante CGR diversas solicitudes en orden a que este órgano se pronuncie acerca de la procedencia de la IDP por actuaciones administrativas. Los que revisten más volumen dicen relación con las situaciones de baja, retiro e invalidez por accidentes con ocasión del servicio y pensiones asociadas a ello, aplicación de sanciones y diferencia de determinación del grado en términos de carrera funcionaria, todo ello imputado a Fuerzas Armadas (principalmente formulados por ex funcionarios del Ejército) y de Fuerzas de Orden y Seguridad Pública (solicitudes provenientes mayormente de Carabineros)<sup>94</sup>.

Por otro lado, se agrupan en una gran categoría las actuaciones negligentes, ilegales y/o arbitrarias efectuadas por ciertos funcionarios públicos imputadas a los órganos de la Administración del Estado (principalmente municipalidades y ministerios, respecto de establecimientos dependientes de los mismos), así como servicios públicos creados para el cumplimiento de función administrativa (Servicio de Registro Civil, Servicio Nacional de Aduanas, Dirección General de Aguas, por mencionar algunos)<sup>95</sup>, acerca de

<sup>94</sup> Dictamen N° 6.756 (2020); Dictamen N° 30.866 (2018); Dictamen N° 4.237 (2018); Dictamen N° 31.849 (2017); Dictamen N° 29.183 (2017); Dictamen N° 22.035 (2017); Dictamen N° 17.594 (2017); Dictamen N° 17.475 (2017); Dictamen N° 88.926 (2016); Dictamen N° 86.162 (2016); Dictamen N° 81.424 (2015); Dictamen N° 48.335 (2014); Dictamen N° 71.465 (2013); Dictamen N° 54.603 (2012); Dictamen N° 50.105 (2011); Dictamen N° 8.118 (2010); Dictamen N° 52.476 (2009); Dictamen N° 40.416 (2003).

<sup>95</sup> Dictamen N° 11.941 (2019); Dictamen N° 25.947 (2018); Dictamen N° 41.269 (2017); Dictamen N° 9.204 (2017); Dictamen N° 81.288 (2016); Dictamen N° 72.726 (2016); Dictamen N° 90.433 (2015); Dictamen N° 96.091 (2015); Dictamen N° 82.023 (2015); Dictamen N° 101.586 (2014); Dictamen N° 46.026 (2013); Dictamen N° 43.618 (2012); Dictamen N° 12.357 (2011); Dictamen N° 26.455 (2010); Dictamen N° 32.980 (2007); Dictamen N° 25.709 (1991).

los cuales se solicita IDP. Sobre ellas, se discuten múltiples asuntos desde supuestos de falta de servicio, actuaciones en el ámbito médico, educacional, sancionatorio y tributario hasta reclamos acerca de la procedencia de IDP en contexto de procedimientos de licitación para concesión de obra pública. Asimismo, asuntos laborales regulados de tal forma en el Código del Trabajo<sup>96</sup> y, casos de mayor gravedad, como la reparación del daño por vulneración de derechos fundamentales<sup>97</sup>.

En esta causal, el órgano es particularmente riguroso en la aplicación dado que no se pronuncia acerca de ningún aspecto relativo a la IDP, aún en los casos en que es eminentemente administrativa la intervención por la cual se produce el alegado perjuicio. Con todo, lo anterior no limita en caso alguno la posibilidad de CGR de pronunciarse respecto de asuntos que sean de su competencia.

Para finalizar esta categoría, (iv) se pretende destacar aquellos casos que, no obstante, no llegan a conformar una tendencia jurisprudencial sí configuran la causal de abstención por existir respecto a ellos, normas legales que regulan expresamente la intervención de tribunales al efecto. Se previene, *a priori*, que la mayoría de las hipótesis dicen relación con reclamaciones asociadas a la titularidad de dominio de ciertos bienes corporales e incorporeales.

Así, tenemos, entre otros; (a) La partición de un bien hereditario<sup>98</sup>, en que CGR se abstuvo remitiendo al artículo 1325 del Código Civil y 646 del Código de Procedimiento Civil y, subsidiariamente, al artículo sexto y séptimo de la CPR; (b) Los conflictos de los comuneros en comunidades agrícolas<sup>99</sup>, supuesto en que la CGR resuelve abstenerse de emitir pronunciamiento, con fundamento en el artículo 22 del DFL N°5 del Ministerio de Agricultura (que modificó, complementó y fijó el texto refundido del DFL R.R.A. N° 19, "Comunidades Agrícolas"- enero de 1968); (c) Falta o delito contra la propiedad intelectual<sup>100</sup>, en este caso la CGR estimó no ser procedente su pronunciamiento fundado en los artículos 79 letra a) y 85 letra j) de la Ley N° 17.336 (sobre propiedad intelectual), a mayor abundamiento, fundamenta esta abstención en el artículo 76 de la CPR; (d) Regularización errónea de dominio por Ministerio de Bienes Nacionales<sup>101</sup>, la CGR se abstiene de emitir pronunciamiento por la regulación del DL 2.695 (artículos 26, 28 y 29) y compensatorias (artículos 28 y 29); (e) Asuntos regulados por la Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (19.886), este caso es particular, ya que el artículo 24 de esta ley dispone expresamente la competencia del Tribunal de la Contratación Pública, para conocer de

<sup>96</sup> Dictamen N° 79.528 (2016); Dictamen N° 78.959 (2015); Dictamen N° 28.310 (2013); Dictamen N° 53.821 (2012); Dictamen N° 23.954 (2010).

<sup>97</sup> Dictamen N° 75.405 (2016).

<sup>98</sup> Dictamen N° 31.615 (2017).

<sup>99</sup> Dictamen N° 6.481 (2014).

<sup>100</sup> Dictamen N° E271025 (2022); Dictamen N° 10.185 (2018).

<sup>101</sup> Dictamen N° 6.745 (2017); Dictamen N° 84.139 (2016).

estos asuntos, con todo, CGR se ha pronunciado, limitando su abstención, dentro de estas materias, a otras causales como el efectivo conocimiento del tribunal o el tratarse de un asunto controvertido<sup>102</sup>.

*c) Casos en que el asunto reviste el carácter de controvertido*

En este caso, la CGR a fin de verificar la abstención, se ha remitido a todos aquellos casos en que hay que determinar el sentido y alcance de ciertas actuaciones, se presentan ciertos elementos-cuestiones de hecho que se deben probar y/o determinar, o bien, simplemente el asunto de plano se estima controvertido, mas, no existe esta remisión legal expresa que se daba en los casos previamente analizados.

En línea con lo anterior, antes de iniciar la revisión debe realizarse una prevención general en relación con que las causales específicas pueden ser redirigidas a la causal principal puesto que, en todas ellas, existe un asunto controvertido. Conviene indicar, de igual forma, que en la mayoría de los casos pertenecientes a esta categoría la CGR no indica un precepto legal que justifique que estas controversias sean conocidas por los tribunales de justicia. Lo anterior, presenta un problema ya enunciado en relación con el fundamento normativo que justifica la abstención.

Primeramente, se identifican aquellos (i) asuntos referidos a la interpretación de los contratos entre privados. En relación con la actividad de interpretación, la CGR posee la facultad de interpretar la normativa legal o reglamentaria que resulta atinente al ejercicio de sus atribuciones<sup>103</sup>, todas ellas detalladas en la Ley N° 10.336. Esta causal en particular refiere a la interpretación contractual, la cual requiere del interprete el deber de “atenerse a la “intención y propósito” de las partes”<sup>104</sup>.

Considerado ello, la CGR ha rehuído de pronunciarse respecto de estas solicitudes invocando el fundamento de que estos casos se remiten a asuntos privados que implican interpretar la voluntad de las partes<sup>105</sup> –particularmente, en relación con ciertos derechos y obligaciones–, cuestión que se encuentra fuera de su competencia. En este sentido, estas serán cuestiones que resultará necesario resolver en sede jurisdiccional.

En esta causal, se han remitido a la CGR asuntos respecto a contratos crediticios y de ahorro<sup>106</sup>, de compraventa y arrendamiento<sup>107</sup>, a honorarios<sup>108</sup>,

<sup>102</sup> Dictamen N° 3.808 (2019), Dictamen N° 11.950 (2018); Dictamen 88.075 (2014); Dictamen N° 72.378 (2014); Dictamen N° 7.618 (2014).

<sup>103</sup> Dictamen N° 64.951 (2014).

<sup>104</sup> MELICH, 1999, 133. COLOMA, 2016, 9-47.

<sup>105</sup> Dictamen N° 17.792 (2019).

<sup>106</sup> Dictamen N° 26.919 (2016).

<sup>107</sup> Dictamen N° 44.885 (2014)

<sup>108</sup> Dictamen N° 98.037 (2015); Dictamen N° 84.149 (2015); Dictamen N° 99.028 (2014).

y de prestación de servicios<sup>109</sup>, por mencionar algunos. De tal forma, en general, en estas categorías contractuales la preponderancia de la autonomía de la voluntad y, por ende, la abstención resulta innegable. Mas, esta regla presenta una excepción aparente.

Es tal el caso de aquellos contratos que se vinculan con elementos de derecho público y, por esa circunstancia, están sujetos a la normativa que subyace esta área. Ello, ya sea porque fueron celebrados por órganos de la Administración, en ejercicio de sus potestades públicas, o bien, porque se desarrollan en el marco de ciertos procedimientos administrativos. En tales circunstancias este órgano se encuentra habilitado para pronunciarse dado que, conforme a sus mismos dictámenes<sup>110</sup>, la sola circunstancia de referirse a un asunto contractual no convertirá automáticamente la materia en litigiosa, puesto que ello impediría que este órgano ejerciera las facultades que le están constitucional y legalmente encomendadas<sup>111</sup>.

Luego, (ii) tenemos ciertos asuntos relacionados con el derecho y la titularidad de dominio. Esta causal no representa casos en los que necesariamente se solicite un pronunciamiento de la CGR en orden a establecer un derecho a favor de una u otra persona<sup>112</sup>, cuestión que de plano resultaría conflictiva, sino que, más bien, se refiere a casos en que la determinación de ciertos aspectos respecto del derecho de dominio constituye un punto insoslayable para dictaminar<sup>113</sup>.

Considerado ello, la CGR estimó como materias litigiosas las siguientes: asuntos de titularidad de dominio de bienes corporales<sup>114</sup>, disputa de títulos privados asociados a propiedad indígena en construcción de parque público<sup>115</sup>, impugnación de cancelación de inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces<sup>116</sup>, titularidad de dominio de derecho de propiedad intelectual<sup>117</sup>, entre otras<sup>118</sup>.

Asimismo, la base de todas las solicitudes es una controversia. La cual se produce, ya sea, directamente entre las partes que aparecen con pretensiones contrapuestas en el dictamen –siendo, generalmente un órgano públi-

<sup>109</sup> Dictamen N° 745 (2013) Dictamen N° E257327 (2022).

<sup>110</sup> Dictamen N° 99.238 (2015); Dictamen N° 64.951 (2014).

<sup>111</sup> Dictamen N° E43147 (2020).

<sup>112</sup> Dictamen N° 29.286 (2018).

<sup>113</sup> Dictamen N° 9.544 (2020).

<sup>114</sup> Dictamen N° 6.870 (2018); Dictamen N° 84.138 (2016); Dictamen N° 30.598 (2016); Dictamen N° 71.696 (2015); Dictamen N° 57.295 (2014); Dictamen N° 21.442 (2013); Dictamen N° 32.861 (2012); Dictamen N° 64.329 (2011); Dictamen N° 46.713 (2009); Dictamen N° 58.652 (2008); Dictamen N° 3.867 (2004).

<sup>115</sup> Dictamen N° 21.578 (2019).

<sup>116</sup> Dictamen N° 12.121 (2019).

<sup>117</sup> Dictamen N° 43.495 (2017).

<sup>118</sup> Dictamen N° 32.426 (2017); Dictamen N° 75.580 (2014); Dictamen N° 57.295 (2014); Dictamen N° 46.101 (2013); Dictamen N° 34.546 (2013); Dictamen N° 62.082 (2011); Dictamen N° 46.809 (2004).

co una de ellas–, o bien, entre dos partes privadas, pero con la intervención de un tercero en la materia que, generalmente, será un órgano público.

Ahora, a partir del análisis realizado, se observa que aquello de lo que rehúye pronunciarse la CGR no es propiamente acerca de la propiedad o del dominio de manera abstracta<sup>119</sup>, sino que de los casos en que al hacerlo deberá necesariamente establecer titularidad de dominio en favor de personas o entidades determinadas (y, en desmedro de otras) o, los casos en que debe limitar los derechos de estas en relación con ciertos bienes determinados. Esto resulta coherente, en relación con el efecto declarativo de derechos que sobrevendría de un dictamen con estas características.

Finalmente, tenemos la causal relativa a los (iii) asuntos controvertidos y aquellos que presentan elementos de hecho que se deben probar. En la nomenclatura jurídica, se habla de un asunto controvertido en todos aquellos casos en que se presenta la existencia de una discrepancia fáctica y/o jurídica, que comprende la efectiva oposición de las consideraciones de cada una de las partes<sup>120</sup>. En esta misma línea, pero exclusivamente respecto del aspecto fáctico, hablamos de asuntos que generalmente requerirán de aportación y apreciación prueba para su adecuada determinación.

En tal sentido, la CGR ha omitido pronunciamiento ante diversas solicitudes, a saber: controversia de los interesados en orden a que el eventual error de la plantilla Excel pudo ser corregido<sup>121</sup>, controversia entre peticionario y Carabineros de Chile en lo que atañe al monto de los trabajos que se alcanzaron a realizar<sup>122</sup>, controversia sobre la autenticidad de los documentos presentados por una de las partes dentro de un procedimiento licitatorio<sup>123</sup>. En esta misma línea, no ha dictaminado sobre la discrepancia acerca de características técnicas de los productos de convenio macro y si, en consideración a ellas, tales productos se ajustaron a las condiciones del mismo<sup>124</sup>, discrepancia entre el interesado y la entidad edilicia acerca del hecho de la presentación material del documento relativo a la licencia de conducir en el concurso para acceder a cargo municipal<sup>125</sup>, discrepancia acerca de si la impugnación (con ocasión de recurso jerárquico), se contenía en el libelo original o si, fue agregada por la peticionaria en la oportunidad en que efectuó el cambio de determinadas hojas de este<sup>126</sup>, entre otros<sup>127</sup>.

<sup>119</sup> Dictamen N° 48.722 (2012).

<sup>120</sup> *Asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina* (Grecia c. Reino Unido), Sentencia sobre el fondo del asunto, del 30 de agosto de 1924, Corte Permanente de Justicia Internacional.

<sup>121</sup> Dictamen N° 10.294 (2020).

<sup>122</sup> Dictamen N° 18.286 (2019).

<sup>123</sup> Dictamen N° 14.813 (2019).

<sup>124</sup> Dictamen N° 14.245 (2018); Dictamen N° 11.950 (2018).

<sup>125</sup> Dictamen N° 51.674 (2009).

<sup>126</sup> Dictamen N° 6.635 (2008).

<sup>127</sup> Dictamen N° E208637 (2022); Dictamen N° 11.237 (2018); Dictamen N° 6.513 (2015); Dictamen N° 100.120 (2014); Dictamen 63.418 (2014); Dictamen N° 40.282 (2013); Dictamen N° 23.273 (1998); Dictamen N° 16.492 (1976).

En este punto, el fundamento de la abstención descansa en la sola naturaleza de lo solicitado, que es identificado como litigioso por CGR. Esto implica que para informar respecto de estas solicitudes la CGR debe resolver una controversia entre dos partes que involucrará zanjar ciertas cuestiones de hecho o bien, de derecho, con los correlativos efectos que ello implique.

Ahora, ya fue esclarecido que la sola controversia no es algo que convierta el asunto en litigioso. En este caso, con todo, no existe un precepto legal expreso que delegue la competencia en los órganos jurisdiccionales, y la simple incompetencia por la propia naturaleza de la facultad dictaminadora no parece suficiente para configurar la abstención.

Entonces, parece ser que es la suma de la determinación del elemento fáctico, más el elemento jurídico el que viene a resolver la abstención del órgano. Ello, dado que, de otra manera, el pronunciamiento de CGR vendría en definitiva a reemplazar la instancia jurisdiccional, especialmente considerando que la controversia o discrepancia se suscitará con un órgano de la administración y, se resolverá con un dictamen, que presenta los efectos vinculantes ya desarrollados para la misma.

Mas, hay que agregar una nota distintiva en este punto, todos estos casos se constituyen como una controversia que representa, de manera preeminente, intereses particulares. Así, debemos recordar que, lo que caracteriza a la función administrativa es la defensa de los intereses generales<sup>128</sup>, como la contrapartida de la resolución de conflictos entre intereses individuales, que define a la función jurisdiccional<sup>129</sup>.

Así, atendiendo que esta determinación no es uniforme respecto de todos los casos en que podría presentarse este criterio y, consiguientemente, esto se traduce en que CGR podrá evaluar, en determinados casos, la conveniencia o no, de emitir un pronunciamiento, para lo cual, entendemos ocupará el criterio de la existencia preeminente (o no), de intereses particulares.

Tal cuestión podría resultar un tanto conflictiva, por los fundamentos ya enunciados en relación con la seguridad jurídica, la legalidad y, en general, la configuración el sistema de control, mas, no resulta extraña dada la constatada ausencia de regulación, tanto en la causal relativa al asunto litigioso, como en lo que refiere a las competencias generales de los órganos jurisdiccionales en materias contencioso-administrativas.

Así, si existe consenso en que es el legislador quien debe hacerse cargo de esta clase de asuntos, aparecen dos alternativas. Una, que éste regule de manera directa lo relativo al asunto litigioso, con las complejidades técnicas que ello puede implicar o, dos, que se especifiquen de manera suficiente las competencias de los órganos jurisdiccionales en esta clase de materias (contencioso administrativas), en forma tal que sea posible completar un criterio

---

<sup>128</sup> Artículo 3º, Ley 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

<sup>129</sup> FERRAJOLI, 2005, 88.

que ya está reconocido tanto por la jurisprudencia judicial como por la jurisprudencia administrativa y aun por la doctrina.

Sumado a ello, es necesario mencionar que, teóricamente, siempre es posible apelar a una tercera opción, cual es el reconocimiento de la CGR como un contencioso administrativo alterno, de resolución de conflictos, que ha sido el rol que en el plano fáctico le han atribuido algunos particulares (o bien, una especie de agotamiento previo de la vía administrativa). No obstante, esta opción en general ha sido repugnada por algunos de los actores ya revisados en este trabajo<sup>130</sup>.

De cualquier manera, se estima necesario plantear que alguna de estas opciones debiese ser considerada si se pretende corregir esta consagración deficiente que, de una forma u otra, impacta en el sistema de control.

## Conclusiones

La potestad dictaminadora de la CGR ha desarrollado un rol protagónico dentro del ordenamiento jurídico en lo que a control de la Administración del Estado se refiere. Este rol viene respaldado no solo por la propia labor que la institución ha desarrollado en ejercicio de ella, sino principalmente por la naturaleza especial de esta facultad y, en particular, de sus pronunciamientos, cuya semejanza con las características de la función jurisdiccional y su objeto, han hecho que el legislador prevea una causal de abstención para este órgano materializada en el artículo 6° inciso tercero de la Ley N° 10.336.

En esta causal, se regula que la CGR se verá impedida para emitir dictamen en los casos en “que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia”. Sobre ello, lo relativo al asunto litigioso presenta la particularidad de que, su contenido, no aparece determinado por ley sino que se dibuja a partir de lo señalado por la CGR y un eventual pronunciamiento jurisdiccional.

Así, mediante este trabajo se evaluó si esta determinación (i) se encontraba claramente definida, y (ii) si la idea de que, el mismo órgano, limitara sus facultades, habría traído algún tipo de perjuicio, a nivel de sistema de control, en relación con los tribunales de justicia.

Analizada esta situación, se concluyó que, a nivel jurisprudencial, administrativo e incluso doctrinal, se vincula el concepto a ciertas categorías más o menos determinadas (tales como, aquellos casos en que, en virtud de una disposición legal, se encuentra establecido que la materia es litigiosa y/o se regula el tribunal competente para conocer el asunto). Con todo, por la for-

<sup>130</sup> Sin perjuicio de ello, existen autores que han validado la figura de Contraloría con este rol y no ven complejidad en esta determinación. Explicación ligada, a la ausencia de una incompatibilidad entre la sede administrativa y la judicial y, además, a la configuración histórica de este órgano, ante la ausencia de regulación de los tribunales contenciosos administrativo en la Constitución Política de 1925. DE LA CRUZ, 2019, 238-245 y JIMENEZ, 2021, 594 y 608.

ma en que se estructura nuestro sistema normativo en materia de control (por ejemplo, remisión a los tribunales ordinarios por el artículo 38 inciso segundo de la CPR), existen tantos otros supuestos en que al concepto lo sigue tiñiendo un halo de indeterminación, quedando sujeto, en último término, a una evaluación por parte de CGR.

Lo anterior nos genera, al menos, dos potenciales problemas, un problema de legalidad y un problema en relación con la labor de los tribunales de justicia.

Por lo cual, se otorgan 3 alternativas, la regulación legal del concepto asunto litigioso, la regulación orgánica de la jurisdicción administrativa general, o bien, el reconocimiento de CGR como una sede alternativa de resolución conflictos o, al menos una especie de agotamiento previo de la vía administrativa. Al final, es importante recordar que “[T]oda manifestación del poder público debe estar juridificada, esto es, respaldada por el derecho a través de la ley”<sup>131</sup>.

De esta manera, para concluir, y sin perjuicio de la alternativa que, eventualmente se podría tomar con objeto de abordar esta situación, parece relevante hacer presente la necesidad de que este desorden normativo encuentre su solución y, con ello, propender a un control más eficiente y mejorado de la Administración.

## Bibliografía citada

- Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Sesión 309a, 2 de agosto de 1977.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (1995). La independencia judicial. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (16), 11-26.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2016). Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del recurso de protección. *Revista De Derecho Público* (60), 99-124.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2007). *La Contraloría Hoy*. *Revista Actualidad Jurídica* (16), 127-142.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*. Thomson Reuters.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2009). Organización judicial en el derecho chileno: Un poder fragmentado. *Revista Chilena de Derecho* (2), 215-244.
- CALDERA DELGADO, Hugo (1979). *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica de Chile.
- CARNELUTTI, Francesco (1942). *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*. Editorial Instituto Pacífico, Barcelona.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1906). *Principios de Derecho Procesal Civil*. Editorial Reus S.A., Madrid.
- COLOMA CORREA, Rodrigo (2016). Interpretación de Contratos: Entre literalidad e intención. *Revista Chilena de Derecho Privado* (26), 9-47.
- CORDERO VEGA, Luis (27 de mayo de 2016). *La Corte Suprema y la naturaleza del contencioso administrativo*. El Mercurio Legal. en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904852&Path=/OD/CE/>.
- CORDERO VEGA, Luis (2010). La jurisprudencia administrativa: Entre legislador positivo y juez activista. *Anuario de Derecho Público UDP* (10), 165-188.

<sup>131</sup> CORDERO QUINZACARA, 2019, 303.

- CORDERO VEGA, Luis (2013). Nulidad y Dictaminación de Contraloría: Nuevas formas de declaraciones de ilegalidad. Comentario a las sentencias del caso CMPC: *Anuario de Derecho Público* (1), 256-272.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Editorial Legal Publishing.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2019). Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional. *Revista Ius et Praxis* (1), 285-334.
- DE LA CRUZ, Alicia (2019). *Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción contenciosa administrativa?*. DER Ediciones.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2017). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*. Editorial Civitas.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2011). Los procesos administrativos en el Derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (36), 251-277.
- FERRAJOLI, Luigi (2005). *El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. En Carbonell, Miguel, et. al. (coord.), *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. (2009). *Democracia, jueces y control sobre la administración*. Editorial Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1996). Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo* (89), 69-89.
- HART, Herbert, L. A. (1961). “*The Concept of Law, El concepto de derecho*”. (Editorial Abeledo-Perrot S.A.
- JIMÉNEZ, Guillermo. (2021). El surgimiento del guardián administrativo: la Contraloría General de la República entre 1927 y 1943. *Revista de estudios histórico-jurídicos* (43), 587-610.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2013). Bases Constitucionales de la Toma de Razón y de la Potestad de la Contraloría. *Revista de Derecho Público* (78), 97-115.
- Navarro Beltrán, Enrique (2012). Jurisprudencia constitucional en materia de control de legalidad: (toma de razón y potestad dictaminante) de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (2), 431-446.
- MELICH ORSINI, José (1999). La interpretación de los contratos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (20), 133-141.
- OELCKERS, Osvaldo (1977). El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (1), 111-151.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, David (2009). *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española. Un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*. Editorial Dykinson.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2020). *Lecciones de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch.
- PHILLIPS LETELIER, Jaime (2020). La fuerza obligatoria del precedente de la Contraloría General de la República. Una regla chilena de stare decisis. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (31), 149-176.
- PIERRY ARRAU, Pedro (1980). Control del acto administrativo. Recursos administrativos. Recurso contencioso administrativo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (4), 239-266.
- PIERRY ARRAU, Pedro (1981). Lo contencioso administrativo en la Constitución Política de 1980. Competencia del poder judicial hasta la dictación de la ley. *Revista de Derecho Público* (29/30), 209-225.
- RIVERO HURTADO, René Marlene (2019). *La tutela meramente declarativa o de mera certeza y su reconocimiento en el sistema procesal civil chileno*. *Revista Ius et Praxis* (1), 89-130.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1977). *La Toma de Razón y El Poder Normativo de la Contraloría General de la República* en La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional. Universidad de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996), *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, El principio de juridicidad Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile.

- SOTO KLOSS, Eduardo (2012). *Derecho Administrativo: Temas fundamentales*. Editorial Legal Publishing.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2012). El rol de la Contraloría General de la República: desde el control de legalidad a los nuevos estándares de buena administración. En *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)*, pp. 103-110. Contraloría General de la República.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (11 de Octubre de 2016). La invalidación como potestad de cada órgano administrativo y la garantía del debido proceso. *El Mercurio Legal*. <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/10/11/La-invalidacion-como-potestad-de-cada-organo-administrativo-y-la-garantia-del-debido-proceso.aspx>

## Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005. (Chile).
- Código Orgánico de Tribunales. Ley N° 7.421 de 1943. 15 de junio de 1943. D.O. N° 19.583
- Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. 16 mayo 2000. D.O. N° 36.676
- Decreto N° 1-19653 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 13 diciembre 2000. D.O. N° 37.137
- Ley N° 10.336, Ley sobre organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. 12 de mayo 1952.
- Ley N° 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos, que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. 29 mayo 2003. D.O. N° 37.570

## Jurisprudencia citada

- Asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido)*. Sentencia sobre el fondo del asunto. Corte Permanente de Justicia Internacional (30 agosto 1924).
- Sentencia TC Rol N° 3283 (2017): Tribunal Constitucional, 18 enero 2017.
- Sentencia TC Rol N° 5540 (2018): Tribunal Constitucional, 18 diciembre 2018.
- Pineda Gajardo con Gobierno Regional del Maule* (2022): Corte Suprema, 10 febrero 2022 (Rol N° 41.411-2021). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Demarco S.A con Contraloría General de la República* (2021): Corte Suprema, 11 agosto 2021 (Rol N° 17.056-2021). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Ilustre Municipalidad de Santiago con Contralor General de la República* (2012): Corte Suprema, 6 noviembre 2012 (Rol N° 5.984-2012). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Contraloría General de la República. Dictamen E257327. 14 de septiembre de 2022.
- Contraloría General de la República. Dictamen E271025. 26 de octubre de 2022.
- Contraloría General de la República. Dictamen E208637. 29 de abril de 2022.
- Contraloría General de la República. Dictamen E191157. 04 de marzo de 2022.
- Contraloría General de la República. Dictamen E119650. 06 de julio de 2021.
- Contraloría General de la República. Dictamen E43147. 14 de octubre de 2020.
- Contraloría General de la República. Dictamen E34846. 10 de septiembre de 2020.
- Contraloría General de la República. Dictamen 11.171. 05 de agosto de 2020.
- Contraloría General de la República. Dictamen E22948. 29 de julio de 2020.
- Contraloría General de la República. Dictamen 10.294. 22 de junio de 2020.
- Contraloría General de la República. Dictamen 9.544. 01 de junio de 2020.
- Contraloría General de la República. Dictamen 8.108. 20 de abril de 2020. Contraloría General de la República. Dictamen 7.475. 03 de abril de 2020.
- Contraloría General de la República. Dictamen 8.674. 04 de mayo de 2020.
- Contraloría General de la República. Dictamen 6.756. 23 de marzo de 2020.

Contraloría General de la República. Dictamen 21.578. 19 de agosto de 2019.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 21.578. 19 de agosto de 2019.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 18.286. 05 de julio de 2019.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 17.792. 02 de julio de 2019.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 14.813. 31 de mayo de 2019.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 12.121. 03 de mayo de 2019.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 11.941. 02 de mayo de 2019.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 3.825. 06 de febrero de 2019.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 3.808. 05 de febrero de 2019.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 1.540. 16 de enero de 2019.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 31.379. 18 de diciembre de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 30.866. 12 de diciembre de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 29.286. 26 de noviembre de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 25.947. 17 de octubre de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 14.245. 07 de junio de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 14.217. 07 de junio de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 10.185. 19 de mayo de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 12.546. 17 de mayo de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 12.057. 10 de mayo de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 11.950. 10 de mayo de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 11.237. 02 de mayo de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 10.875. 27 de abril de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 10.486. 23 de abril de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 7.333. 16 de marzo de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 6.870. 09 de marzo de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 4.237. 05 de febrero de 2018.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 43.495. 12 de diciembre de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 43.205. 11 de diciembre de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 41.269. 24 de noviembre de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 32.426. 05 de septiembre de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 37.455. 20 de octubre de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 31.849. 31 de agosto de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 31.615. 30 de agosto de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 29.183. 08 de agosto de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 29.122. 07 de agosto de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 28.538. 01 de agosto de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 26.348. 18 de julio de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 25.954. 14 de julio de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 25.952. 14 de julio de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 22.035. 15 de junio de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 19.575. 30 de mayo de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 17.594. 16 de mayo de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 17.475. 15 de mayo de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 13.609. 18 de abril de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 9.204. 17 de marzo de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 6.745. 24 de febrero de 2017.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 92.335. 23 de diciembre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 92.033. 22 de diciembre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 88.926. 12 de diciembre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 86.933. 30 de noviembre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 86.162. 28 de noviembre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 84.139. 22 de noviembre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 84.138. 22 de noviembre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 81.288. 08 de noviembre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 79.528. 28 de octubre de 2016.

Contraloría General de la República. Dictamen 79.506. 28 de octubre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 78.600. 25 de octubre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 78.593. 25 de octubre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 77.663. 21 de octubre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 75.405. 14 de octubre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 72.726. 04 de octubre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 72.927. 04 de octubre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 71.001. 29 de septiembre de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 61.063. 18 de agosto de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 48.868. 01 de julio de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 41.516. 06 de junio de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 30.598. 22 de abril de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 26.919. 11 de abril de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 23.428. 29 de marzo de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 17.399. 4 de marzo de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 13. 4 de enero de 2016.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 99.238. 16 de diciembre de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 98.037. 11 de diciembre de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 96.410. 04 de diciembre 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 96.091. 03 de diciembre de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 90.433. 13 de noviembre de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 84.149. 23 de octubre de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 82.023. 15 de octubre de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 81.424. 13 de octubre de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 78.959. 05 de octubre de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 71.696. 08 de septiembre de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 70.919. 4 de septiembre de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 70.857. 4 de septiembre de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 61.073. 31 de julio de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 8.834. 02 de febrero de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 63.842. 11 de agosto de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 47.244. 12 de junio de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 32.703. 24 de abril de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 26.204. 06 de abril de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 6.513. 23 de enero de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 6.491. 23 de enero de 2015.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 101.586. 30 de diciembre de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 100.120. 24 de diciembre de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 99.028. 22 de diciembre de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 93.414. 02 de diciembre de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 88.075. 12 de noviembre de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 87.750. 11 de noviembre de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 76.696. 06 de octubre de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 75.580. 02 de octubre de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 72.378. 17 de septiembre de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 64.951. 25 de agosto de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 63.418. 18 de agosto de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 51.215. 07 de agosto de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 57.295. 28 de julio de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 56.414. 24 de julio de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 48.335. 30 de junio de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 45.123. 20 de junio de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 44.885. 19 de junio de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 41.295. 10 de junio de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 17.182. 07 de marzo de 2014.

Contraloría General de la República. Dictamen 7.618. 30 de enero de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 6.652. 28 de enero de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 6.481. 27 de enero de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 6.024. 24 de enero de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 760. 06 de enero de 2014.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 78.661. 29 de noviembre de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 71.465. 05 de noviembre de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 57.624. 06 de septiembre de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 46.101. 22 de julio de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 46.026. 22 de julio de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 41.974. 02 de julio de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 40.282. 26 de junio de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 39.795. 25 de junio de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 37.201. 12 de junio de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 34.707. 04 de junio de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 34.546. 04 de junio de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 34.493. 03 de junio de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 28.310. 08 de mayo de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 21.442. 09 de abril de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 7.482. 1 de febrero de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 3.511. 16 de enero de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 745. 4 de enero de 2013.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 67.857. 30 de octubre de 2012.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 62.062. 05 de octubre de 2012.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 54.603. 04 de septiembre de 2012.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 53.821. 30 de agosto de 2012.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 48.722. 09 de agosto de 2012.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 48.390. 08 de agosto de 2012.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 43.618. 19 de julio de 2012.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 32.861. 04 de junio de 2012.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 13.995. 09 de marzo de 2012.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 12.161. 01 de marzo de 2012.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 64.329. 12 de octubre de 2011.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 62.082. 30 de septiembre de 2011.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 61.364. 28 de septiembre de 2011.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 50.105. 09 de agosto de 2011.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 26.664. 2 de mayo de 2011.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 12.357. 28 de febrero de 2011.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 10.111. 16 de febrero de 2011.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 6.259. 1 de febrero de 2011.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 78.077. 24 de diciembre de 2010.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 63.885. 27 de octubre de 2010.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 27.246. 20 de mayo de 2010.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 26.455. 17 de mayo de 2010.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 23.954. 06 de mayo de 2010.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 8.118. 11 de febrero de 2010.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 71.548. 24 de diciembre de 2009.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 64.518. 18 de noviembre de 2009.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 52.476. 22 de septiembre de 2009.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 51.674. 16 de septiembre de 2009.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 56.378. 14 de octubre de 2009.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 46.713. 26 de agosto de 2009.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 42.430. 06 de agosto de 2009.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 34.204. 30 de junio de 2009.  
 Contraloría General de la República. Dictamen 58.652. 11 de diciembre de 2008.

Contraloría General de la República. Dictamen 52.904. 11 de noviembre de 2008.  
Contraloría General de la República. Dictamen 48.397. 15 de octubre de 2008.  
Contraloría General de la República. Dictamen 28.902. 24 de junio de 2008.  
Contraloría General de la República. Dictamen 15.426. 8 de abril de 2008.  
Contraloría General de la República. Dictamen 6.635. 11 de febrero de 2008.  
Contraloría General de la República. Dictamen 36.254. 10 de agosto de 2007.  
Contraloría General de la República. Dictamen 32.980. 23 de julio de 2007.  
Contraloría General de la República. Dictamen 23.628. 19 de mayo de 2006.  
Contraloría General de la República. Dictamen 18.712. 20 de abril de 2005.  
Contraloría General de la República. Dictamen 17.271. 12 de abril de 2005.  
Contraloría General de la República. Dictamen 46.809. 15 de septiembre de 2004.  
Contraloría General de la República. Dictamen 3.867. 28 de enero de 2004.  
Contraloría General de la República. Dictamen 54.844. 02 de diciembre de 2003.  
Contraloría General de la República. Dictamen 40.416. 17 de septiembre de 2003.  
Contraloría General de la República. Dictamen 11.752. 26 de marzo de 2003.  
Contraloría General de la República. Dictamen 16.251. 02 de mayo de 2002.  
Contraloría General de la República. Dictamen 23.688. 27 de junio de 2001.  
Contraloría General de la República. Dictamen 39.570. 17 de octubre de 2000.  
Contraloría General de la República. Dictamen 43.535. 10 de noviembre de 1999.  
Contraloría General de la República. Dictamen 23.273. 06 de julio de 1998.  
Contraloría General de la República. Dictamen 15.191. 28 de abril de 1998.  
Contraloría General de la República. Dictamen 41.726. 27 de diciembre de 1996.  
Contraloría General de la República. Dictamen 28.455. 04 de septiembre de 1996.  
Contraloría General de la República. Dictamen 19.957. 24 de junio de 1996.  
Contraloría General de la República. Dictamen 5485. 15 de febrero de 1994.  
Contraloría General de la República. Dictamen 25.709. 25 de octubre de 1991.  
Contraloría General de la República. Dictamen 16.492. 05 de marzo de 1976.

# Participación ciudadana en la metarregulación chilena

## Citizen participation in Chilean meta-regulation

Diego Muñoz Vicuña\*

La incorporación de la ciudadanía en la elaboración y en la revisión de regulaciones es uno de los pilares de la metarregulación. En el presente artículo se revisan las medidas implementadas por Chile en la materia, analizando sus falencias y proponiendo mejoras.

**Palabras clave:** Metarregulación, mejora regulatoria, participación ciudadana.

The incorporation of citizens in the elaboration and revision of regulations is one of the pillars of meta-regulation. This paper reviews the policies implemented by Chile in this area, analyzing its shortcomings and proposing improvements.

**Keywords:** Meta-regulation, better regulation, citizen participation.

RESUMEN / ABSTRACT

### Introducción

La metarregulación, también denominada *Better Regulation*, *Smart Regulation* o política regulatoria, es una estrategia utilizada a nivel supranacional y/o nacional mediante la cual se implementan y proponen principios, diseños institucionales, procedimientos y metodologías, para la elaboración, adopción, aplicación, monitoreo y revisión de la regulación, a fin de que esta última se enfoque en obtener el mayor beneficio social, ambiental y económico, evitando contradicciones y ambigüe-

\* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho Público y candidato a Doctor en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Dirección postal: Conde de Sallent 15, piso 2A, Palma de Mallorca, España. Código postal: 07003. Correo electrónico: diegomunozvicuna@gmail.com.

El presente artículo fue realizado en el contexto del IV Congreso Internacional del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración, tomando como base parte del trabajo de investigación del Máster en Estudios Avanzados de Derecho Público, de la Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco al profesor Marcos Vaquer Caballería, académico de la Universidad Carlos III de Madrid, al profesor Robert Gillmore Landon, académico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y a Germán Muñoz Escudero, por sus observaciones y sugerencias.

Artículo recibido el 17 de enero de 2023 y aceptado el 25 de abril de 2023.

dades<sup>1</sup>. Para la consecución de sus objetivos, la metarregulación fomenta la utilización de Análisis de Impacto Regulatorio (*Regulatory Impact Analysis*, "RIA") y de instancias de participación ciudadana.

Estados Unidos es un país emblemático en esta materia. La todavía vigente Orden Ejecutiva N° 12866, emitida por Bill Clinton en 1993, se refiere a la planificación y revisión regulatoria, proponiendo una filosofía en virtud de la cual se deben analizar los impactos de las propuestas regulatorias, brindando a la ciudadanía instancias significativas de participación. Esta política regulatoria fue reafirmada y complementada años más tarde por la Orden Ejecutiva N° 13563, dictada por Barack Obama<sup>2</sup>.

España es otro país que basa su política regulatoria en los RIA y la participación ciudadana. El artículo 129 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece los principios de buena regulación; el artículo 130 de dicha ley regula la evaluación normativa exigiendo un análisis económico en la elaboración de normas, y el artículo 133 del aludido cuerpo legal regula la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos.

En el caso de Francia, desde el año 2004 se vienen exigiendo instancias de participación ciudadana como requisito para que los anteproyectos puedan ser analizados por instancias administrativas superiores antes de ser presentadas por el Gobierno al Parlamento<sup>3</sup>. Con posterioridad, el artículo 8° de la Ley Orgánica N° 2009-403, del año 2009, relativa a la aplicación de los artículos 34-1, 39 y 44 de la Constitución Francesa, ordenó que los proyectos de ley deben acompañarse de RIA, con consideraciones económicas, financieras, sociales y medioambientales, previo examen del Consejo de Estado.

Así, la metarregulación se ha expandido por el mundo en base a dos pilares fundamentales: La elaboración de RIA y la participación ciudadana. En lo que respecta a Chile, el primer pilar, relativo a la elaboración de RIA, ya ha sido estudiado con anterioridad<sup>4</sup>, sin embargo, el segundo pilar, sobre la incorporación de instancias de participación ciudadana en los procedimientos de elaboración y revisión de normativa, todavía se encuentra pendiente. Por lo mismo, en el presente artículo se revisarán los mecanismos de participación ciudadana contemplados por la metarregulación chilena y, a partir de dicha revisión, se proponen mejoras.

---

<sup>1</sup> Se hace presente que no existe un único significado de metarregulación. Véase MUÑOZ y MUÑOZ 2023, 30-34.

<sup>2</sup> Las vigentes Órdenes Ejecutivas pueden encontrarse en: <https://bit.ly/3lyGVsj>

<sup>3</sup> Circular de 30 de septiembre de 2003, sobre la calidad de la reglamentación; FERNÁNDEZ 2004, 172.

<sup>4</sup> MUÑOZ 2021, 69-95.

## I. Mecanismos de participación ciudadana en la metarregulación chilena

### 1. Ley N° 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública

El 16 de febrero de 2011 se publicó la Ley N° 20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública que, entre otras cosas, modifica la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), incorporando un nuevo Título IV, relativo a la participación ciudadana en la gestión pública, a fin de que cada organismo de la Administración del Estado establezca modalidades formales y específicas de participación que las personas y organizaciones deben tener en el ámbito de su competencia<sup>5</sup>, tarea que los diversos órganos cumplen a través de Resoluciones Exentas<sup>6</sup>. La mencionada ley establece cuatro mecanismos de participación ciudadana: La consulta ciudadana, los consejos de la sociedad civil, la transparencia y la cuenta pública participativa anual<sup>7</sup>.

La consulta ciudadana se emplea como herramienta para fortalecer los canales y espacios de información entre la ciudadanía y la autoridad, lo que se realiza a través de ventanillas virtuales de opinión que pretenden poner en discusión de la ciudadanía temas de interés público –tales como políticas, planes y reglamentos–, para lo cual se utiliza el sitio web institucional, con el propósito de obtener opiniones, propuestas y consultas<sup>8</sup>.

El segundo mecanismo son los consejos de la sociedad civil. Estos son órganos de carácter consultivo, conformados de manera representativa, diversa y pluralista, que acompañan a los Ministerios en la toma de decisiones y en el seguimiento de las políticas públicas<sup>9</sup>. Es importante mencionar que estos organismos pueden tratar materias muy diversas, entre las que se encuentran proyectos de leyes y reglamentos<sup>10</sup>.

El acceso a información relevante es la tercera modalidad de participación. A partir de ella, los ciudadanos pueden acceder a la información más importante de competencia del respectivo organismo de la Administración Pública, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución y de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública. Para llevar adelante este cometido, los organismos utilizan el sitio electrónico institucional

<sup>5</sup> Art. 70 de la LOCBGAE.

<sup>6</sup> Véanse, por ejemplo, la Resolución Exenta N° 159, de 11 de junio de 2018, del Ministerio de Hacienda, o la Resolución Exenta N° 188, de 2 de febrero de 2021, del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

<sup>7</sup> Arts. 71 a 74 de la LOCBGAE.

<sup>8</sup> Arts. 5 a 7 de la Resolución Exenta N° 0264, de 15 de enero de 2015, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. A modo de ejemplo, véanse las consultas públicas del Ministerio de Energía: <https://bit.ly/3OMFRLI>.

<sup>9</sup> Arts. 8 a 12 de la Resolución Exenta N° 0264, de 2015.

<sup>10</sup> Por ejemplo, el Consejo Nacional de la Sociedad de la Subsecretaría de Transportes, en diciembre del 2017, discutió sobre el proyecto de ley de convivencia vial (véase Acta de la Sesión N° 49 en: <https://bit.ly/3Cn2Sii>).

correspondiente, poniendo a disposición pública, entre otras materias, información sobre su agenda legislativa, planes y políticas<sup>11</sup>.

La cuenta pública participativa se debe efectuar anualmente y en virtud de ella los órganos de la Administración del Estado dan a conocer a la ciudadanía la gestión de sus políticas, planes, programas, acciones y de su ejecución presupuestaria. Esta cuenta debe estar respaldada por un informe detallado que debe estar a disposición del público, en el sitio web institucional, con al menos cinco días hábiles de anticipación de su realización<sup>12</sup>.

## 2. Instructivos Presidenciales de participación ciudadana

Los Instructivos Presidenciales, se ha sostenido, son circulares emanadas por quien ostenta la Presidencia de la República en razón de su potestad de mando<sup>13</sup>, y se encuentran dirigidos a un conjunto indeterminado de funcionarios a quienes se les impone el deber de cumplir una serie de buenas prácticas en el ejercicio de sus funciones, de forma que solo tienen eficacia al interior de la Administración Pública<sup>14</sup>.

Desde la entrada de vigencia de la Ley N° 20.500, se han dictado cuatro Instructivos Presidenciales sobre participación ciudadana que pretenden colaborar a su implementación. El primero fue el Instructivo Presidencial N° 002, dictado por el expresidente Sebastián Piñera el 20 de abril de 2011; el segundo fue el Instructivo Presidencial N° 007, dictado por la expresidenta Michelle Bachelet el 6 de agosto de 2014; el tercero fue dictado por el expresidente Sebastián Piñera con fecha 21 de febrero de 2022, y el cuarto, actualmente vigente, fue dictado con fecha 18 de agosto de 2022 por el presidente Gabriel Boric.

Los cuatro Instructivos Presidenciales comparten la característica de recomendar a los órganos de la Administración del Estados mecanismos formales y específicos de participación ciudadana no contempladas en la ley –como los cabildos, diálogos ciudadanos y audiencias públicas, las plataformas digitales participativas, los diálogos y los presupuestos participativos<sup>15</sup>–. Los cuatro Instructivos Presidenciales, además, otorgan el rol de supervisión de las nuevas medidas al Ministerio Secretaría General de Gobierno (SEGEGOB)<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Arts. 13 y 14 de la Resolución Exenta N° 0264, de 2015.

<sup>12</sup> Art. 72 de la LOCBGAE; Numeral 13, letra e), del Instructivo Presidencial N° 007, de 18 de agosto de 2022.

<sup>13</sup> PRECHT 1989, 469; CORDERO 2010, 33; BERMÚDEZ 2011, 314-315.

<sup>14</sup> PRECHT 1989, 469; CORDERO 2010, 33; CORDERO 2015, 177.

<sup>15</sup> Numeral 3, letra c), del Instructivos Presidencial N° 002, de 20 de abril de 2011; Apartado III del Instructivo Presidencial N° 007, de 6 de agosto de 2014; Apartado IV del Instructivo Presidencial N° 002, de 21 de febrero de 2022, y apartado V del Instructivo Presidencial N° 007, de 2022.

<sup>16</sup> Numeral 4 del Instructivos Presidencial N° 002, de 2011; Apartado V del Instructivo Presidencial N° 007, de 2014; Apartado V del Instructivo Presidencial N° 002, de 2022, y apartado VI del Instructivo Presidencial N° 007, de 2022.

### 3. Instructivos Presidenciales de buenas prácticas regulatorias

Existen tres Instructivos Presidenciales vigentes de buenas prácticas regulatorias. El primero de ellos, dictado el 28 de febrero de 2014, imparte instrucciones sobre buenas prácticas regulatorias, y fue complementado con posterioridad a través del Instructivo Presidencial N° 004, de 15 de abril de 2019. El Instructivo Presidencial N° 003, también de 15 de abril de 2019, instruye la elaboración de Informes de Impacto Regulatorio (IIR) y deroga el Instructivo N° 002, del 8 de noviembre de 2016, que instruía la emisión de Informes de Productividad.

El Instructivo Presidencial N° 001, de 2014, recomienda que en todo proceso de elaboración de actos administrativos cuyo contenido implique el ejercicio de potestades regulatorias, los órganos de la Administración del Estado contemplen etapas de consultas públicas que permitan contar con una retroalimentación de los principales interesados y potenciales afectados acerca del diseño o impactos que podrían éstos producir<sup>17</sup>. Así también, el referido Instructivo dispone que la División Jurídico Legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES) puede exigir que, en la elaboración de Decretos Supremos cuya firma corresponda al presidente de la República, se indique si se han considerado las opiniones de organismos sectoriales competentes, de grupos o de personas individuales interesadas y, en caso de no haber contemplado ninguna instancia participativa, puede solicitar las razones que hayan llevado a obrar sin ellas<sup>18</sup>.

El Instructivo Presidencial N° 003, por su parte, establece tres tipos de IIR. En primer lugar, se debe efectuar una evaluación preliminar de un IIR. En segundo término, y para el caso que una normativa propuesta tenga ciertos impactos regulatorios, la evaluación preliminar de un IIR deberá concluir que se requiere preparar un "IIR Estándar". Finalmente, en caso de que una nueva normativa signifique un impacto substancial, procede un "IIR del Alto Impacto"<sup>19</sup>. Pues bien, tanto el "IIR Estándar" como el "IIR de Alto Impacto" exigen instancias participativas.

En efecto, el Instructivo Presidencial N° 003 expresa que, respecto de un "IIR Estándar", la etapa de participación resulta imprescindible, pues permite atender la opinión de los afectados ante el problema identificado y sus reacciones respecto a la propuesta regulatoria. Asimismo, permite disminuir el riesgo de que alguna alternativa viable no esté siendo considerada y que no se cuente con información y evidencia actualizada para tomar una decisión<sup>20</sup>. El Instructivo Presidencial N° 004, por otro lado, regula la participación en los "IIR de Alto Impacto", contemplando un periodo de consulta pública<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Apartado I, letra c, del Instructivo Presidencial N° 001, de 2014.

<sup>18</sup> Apartado II, letras c, d y f, del Instructivo Presidencial N° 001, de 2014.

<sup>19</sup> Apartado IV del Instructivo Presidencial N° 003, de 2019.

<sup>20</sup> Apartado IV, letra c, ítem ii, numeral 3, del Instructivo Presidencial N° 003, de 2019.

<sup>21</sup> Apartado II, numeral 3, del Instructivo Presidencial N° 004, de 2019.

A pesar de lo ordenado por los Instructivos Presidenciales de buenas prácticas regulatorias, en los hechos, las instancias de participación ciudadana para la elaboración de una nueva regulación no han tenido un gran desarrollo. Desde la fecha en que fueron impartidos, solamente se han publicado seis "IIR Estándar", y no se ha publicado nunca un "IIR de Alto Impacto"<sup>22</sup>.

Ahora bien, no solo se han exigido instancias de participación ciudadana respecto de la elaboración de IIR. El Instructivo Presidencial N° 004 también considera instancias de participación ciudadana para la evaluación ex post de una normativa. Por lo mismo, señala que corresponde a los órganos de la Administración del Estado poner a disposición del público, en las respectivas páginas web de los ministerios y servicios, de forma permanente, la regulación administrativa y legislativa vigente del respectivo sector, e incluir un formulario de contacto para efectos de que la ciudadanía pueda opinar sobre la existencia de regulación o legislación derogada tácitamente, obsoleta, inaplicable o de otro modo prescindible<sup>23</sup>. Luego, el aludido Instructivo señala que los organismos de la Administración del Estado deben informar a SEGPRES, en el mes de diciembre de cada año, sobre aquellas leyes, decretos leyes, decretos con fuerza de ley, reglamentos y otras normativas administrativas de alcance general, cuya vigencia se sugiere revisar por ser redundantes, innecesarias o estar tácitamente derogadas, e informar de aquellas que requerirían de un texto refundido, coordinado y sistematizado para su mejor ejecución<sup>24</sup>.

La supervisión en el cumplimiento de las medidas de participación ciudadana establecidas por los Instructivos Presidenciales de buenas prácticas regulatorias recaería en SEGPRES, en tanto órgano encargado de aplicar los criterios de análisis regulatorios, de solicitar antecedentes a otros organismos sobre el ejercicio de potestades regulatorias, y de recibir anualmente un informe de simplificación regulatoria. Eventualmente estas funciones podrían recaer en la Oficina de Productividad y Emprendimiento Nacional (OPEN), en tanto órgano encargado de mantener y fomentar un marco regulatorio sólido, simple y eficiente, eliminando las cargas regulatorias excesivas que afecten negativamente el bienestar de la ciudadanía<sup>25</sup>.

#### 4. Leyes sectoriales

Existen en nuestro país leyes que exigen a ciertos reguladores realizar consultas públicas previa dictación de nueva normativa. Un caso emblemático en materia metarreguladora sería la Comisión para el Mercado Financiero, que en virtud del artículo 20 N° 3 de la Ley N° 21.000, no solo debe efectuar una

<sup>22</sup> Sobre la manera en que estos informes se han llevado a la práctica, me remito a MUÑOZ 2021, 78-86. Los informes pueden encontrarse en el sitio web de OPEN: <https://bit.ly/3iimRsl>.

<sup>23</sup> Apartado II, numeral 4, del Instructivo Presidencial N° 004, de 2019.

<sup>24</sup> Apartado II, numeral 5, del Instructivo Presidencial N° 004, de 2019.

<sup>25</sup> Para más detalles sobre el tema institucional de los Instructivos de buenas prácticas regulatorias, véase MUÑOZ 2021, 86-88.

evaluación de impacto regulatorio para dictar normas de carácter general, circulares, oficios circulares y resoluciones, sino que también debe contemplar una instancia de consulta pública a la que sea posible acceder ingresando al sitio web institucional<sup>26</sup>.

La misma exigencia se establece respecto a la regulación emanada de la Superintendencia de Seguridad Social. Según el artículo 2 literal b de la Ley N° 16.395, previo a dictar circulares o instrucciones de carácter general, la Superintendencia debe convocar a un proceso de consulta pública y recepción de comentarios. Al igual que la Comisión para el Mercado Financiero, este proceso se realiza a través del respectivo sitio web institucional<sup>27</sup>.

Tanto la Ley N° 21.000 como la Ley N° 16.395 establecen que las instancias de participación ciudadana pueden eventualmente ser omitidas. En el primer caso, ello ocurriría cuando la Comisión, por resolución fundada, justifique que la normativa, atendida su urgencia, requiere de aplicación inmediata –lo cual, en todo caso, no implica que no deba elaborarse un informe de impacto regulatorio una vez aprobada la norma–, o cuando estime que este trámite es impracticable, innecesario o contrario al interés público<sup>28</sup>. En el segundo caso, el proceso de consulta pública puede omitirse cuando por la naturaleza de la materia de que se trate o la oportunidad en que deba surtir efecto las instrucciones de carácter general, sean improcedentes<sup>29</sup>.

##### 5. Reglamentos de participación ciudadana de la Cámara de Diputados y el Senado

El año 2020, el Congreso Nacional aprobó los Reglamentos Internos de participación ciudadana tanto para la Cámara de Diputados como para el Senado. Según lo dispuesto por el título IV de ambos Reglamentos, cinco son las modalidades de participación ciudadana, y cuatro son importantes para efectos metarregulatorios: audiencias públicas; congreso virtual; consultas públicas y foro ciudadano<sup>30</sup>.

Las audiencias públicas son sesiones, o partes de sesiones de una comisión, destinadas a oír a uno o más interesados en relación con un proyecto de ley o alguna materia sometida a su conocimiento y resolución, y se caracterizan por la interacción directa, que puede ser presencial o virtual, entre parlamentarios y ciudadanos. Si bien se ordena que las comisiones deben considerar a lo menos una audiencia pública para la discusión de un proyecto

<sup>26</sup> Comisión para el Mercado Financiero, “Normativa en consulta”: <https://bit.ly/3z8iTYo>.

<sup>27</sup> Superintendencia de Seguridad Social, “Normativa en trámite”: <https://bit.ly/3Jzmd3C>.

<sup>28</sup> Art. 20, numeral 3, incisos segundo y tercero, de la Ley N° 21.000.

<sup>29</sup> Art. 2°, literal b, inciso tercero, de la Ley N° 16.395.

<sup>30</sup> Las jornadas temáticas es otro mecanismo de participación ciudadana, pero se aleja de nuestro objeto de estudio toda vez que tiene por finalidad que la Cámara de Diputados, el Senado, o una comisión, según corresponda, interactúen con la ciudadanía en el análisis de una o más materias de interés público, no relacionada con un proyecto de ley en tramitación (Art. 20 de los Reglamentos de participación ciudadana).

de ley, ello puede obviarse si la misma se considera innecesaria o incompatible con la urgencia con que esté calificado el proyecto<sup>31</sup>.

El congreso virtual, en tanto, es una plataforma digital que tiene como finalidad facilitar la interacción entre parlamentarios y ciudadanos, permitiendo que éstos se pronuncien sobre proyectos de ley en tramitación legislativa y, en su caso, participen de las consultas públicas que se realicen de acuerdo con las normas establecidas en el Reglamento. La selección de los proyectos de ley que se incorporarán es efectuada por las unidades administrativas a cargo de la participación ciudadana, comunicaciones o prensa y la secretaría de comisiones<sup>32</sup>.

La consulta pública sería la tercera modalidad de participación ciudadana. Se trata de un mecanismo de participación virtual, no vinculante, público y abierto, mediante el cual la Cámara de Diputados, el Senado o una comisión consulta a la ciudadanía acerca de un proyecto de ley o un asunto de índole legislativa propio de su competencia<sup>33</sup>.

El foro ciudadano es un espacio de participación, tanto presencial como virtual, en el que personas u organismos involucrados en la aplicación de una ley vigente pueden expresar su opinión sobre dichas normas y su implementación, así como sus eventuales propuestas de modificación<sup>34</sup>. Según lo establecido por el artículo 22 de los dos Reglamentos de participación ciudadana, el foro ciudadano se aplica especialmente a las leyes que estén siendo revisadas por el Departamento de Evaluación de la Ley. Este organismo, desde su creación en el año 2010, ha evaluado un total de 13 leyes<sup>35</sup>.

## II. Aspectos para mejorar

De lo expuesto, podríamos identificar tres falencias de la participación ciudadana en los procesos regulatorios de Chile. En primer lugar, las diversas instancias de participación ciudadana se utilizan de manera dispersa, sin mayor coherencia y unidad. Segundo, contamos con un elevado número de organismos que en alguna medida deben garantizar la participación ciudadana en los procesos de evaluación, de realización de RIA y de simplificación regulatoria, lo cual podría llevar a confusiones. Tercero, no existe mayor claridad sobre el órgano administrativo o judicial encargado de revisar las reclamaciones por infracciones u omisiones de las instancias de participación ciudadana en los procesos regulatorios.

<sup>31</sup> Arts. 11 y 12 de los Reglamentos de participación ciudadana.

<sup>32</sup> Arts. 15 y 16 de los Reglamentos de participación ciudadana.

<sup>33</sup> Art. 17 de los Reglamentos de participación ciudadana.

<sup>34</sup> Art. 22 de los Reglamentos de participación ciudadana.

<sup>35</sup> Sobre el trabajo desarrollado por el Departamento de Evaluación de la Ley, véase MUÑOZ 2021, 88-92. Para más información sobre las leyes evaluadas, se recomienda acceder al sitio web del Departamento de Evaluación de la Ley: <https://bit.ly/43YHT2L>.

En cuanto al primer aspecto de mejora, al quedar en manos de los distintos órganos de la Administración del Estado la determinación de las formas, plazos y modalidades de participación, es perfectamente posible que nos encontremos ante situaciones regulatorias similares que, sin embargo, cuenten con un procedimiento distinto dependiendo del respectivo órgano involucrado. Esta era una de las grandes críticas que, por ejemplo, se predicaba en España en relación a la Ley de Bases de 1889, la cual delegaba en los Ministerios gran parte de la regulación sobre los procedimientos administrativos<sup>36</sup>, y estos últimos lo realizaban mediante reglamentos de procedimiento que “regulaban de forma dispar, por ejemplo, la legitimación activa, el silencio de la Administración o los recursos administración”<sup>37</sup>. De ahí que haya sido posteriormente derogada por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que es base de nuestra Ley N° 19.880<sup>38</sup>.

La falta de coherencia y unidad tiene efectos en la participación que la ciudadanía pueda tener durante la elaboración de una nueva normativa, máxime cuando las modalidades de participación se publican en sitios webs distintos. Arroyo, en este sentido, ha señalado:

Lo que en modo alguno tiene sentido es que en el seno de la Administración del Estado cada departamento ministerial (y habrá que entender que también las Administraciones instrumentales que cuenten con potestades normativas) publiquen la información correspondiente a sus iniciativas y proyectos normativas en su propio sitio web. La dispersión de la información constituye un obstáculo considerable a la participación de los ciudadanos y organizaciones<sup>39</sup>.

Con el fin de mejorar esta falencia, podríamos observar a Estados Unidos. La mayoría de los procesos regulatorios en este país utilizan un mecanismo denominado *notice-and-comment*, que ha incorporado nuevas tecnologías que permiten mejorar el procedimiento administrativo de elaboración de normas, centralizando en un sitio web la información generada en el marco de los procedimientos de elaboración de normas, aumentando la legitimidad del producto regulatorio a través del incremento de la transparencia y de la participación de los ciudadanos, mejorando la calidad de la regulación y reduciendo los costes de funcionamiento de la autoridad administrativa, llevando eventualmente a un mayor grado de cumplimiento de la regulación por parte de sus destinatarios y de la Administración Pública<sup>40</sup>. A pesar de que el procedimiento *notice-and-comment* no es perfecto y requiere de una

<sup>36</sup> VAQUER 2016, 13.

<sup>37</sup> VAQUER 2016, 16.

<sup>38</sup> CORDERO 2018, 150.

<sup>39</sup> ARROYO 2017, 253.

<sup>40</sup> ARROYO 2017, 232-236. OIRA, para estos efectos, tiene un ítem denominado *participate in rulemaking* (ver <https://bit.ly/3LKG1UD>) que dirige al sitio web [regulations.gov](https://www.regulations.gov), que permite revisar y comentar las diversas propuestas regulatorias de las agencias. En ese sentido, véase <https://bit.ly/42EcGkQ>.

constante evaluación de sus resultados, considerando una mayor focalización de la participación ciudadana con una tecnología adecuada<sup>41</sup>, se trata de un instrumento que en Chile se utiliza en forma parcelada, nunca centralizada en un solo sitio web.

Otro aspecto de mejora lo encontramos en la dificultad para identificar al órgano realmente responsable de garantizar las instancias de participación ciudadana en los procesos regulatorios. La fiscalización de las instancias participativas durante la elaboración de los IIR o en los procesos de evaluación de normas, cuando no emana de reguladores sectoriales, podría recaer en la SEGPRES, en OPEN, en la SEGEGOB y en el Departamento de Evaluación de la Ley, mientras que la simplificación podría recaer en OPEN y en cada uno de los órganos de la Administración del Estados –en este caso, bajo supervisión de la SEGPRES–. Esta falencia, por lo demás, también ha sido identificada por la OCDE, que en el 2016 señaló:

Chile va a la zaga de la mayoría de los países de la OCDE en garantizar que el público participe de manera sistemática en el proceso regulatorio. Las prácticas de consulta varían entre los reguladores, pero no hay una autoridad única que garantice que esas consultas realmente se hayan llevado a cabo, ni que se realizaron de manera adecuada antes de que se emitiera la regulación. Aunque Chile ha hecho mejoras al integrar las prácticas de consulta en el proceso regulatorio, queda mucho por hacer para asegurarse de que las partes reguladas cuenten con los canales y mecanismos adecuados para ser consultados durante la redacción y análisis de las regulaciones<sup>42</sup>.

En esta materia podríamos observar nuevamente a Estados Unidos, en que la *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) vela por la buena elaboración de RIA y la real implementación de instancias de participación ciudadana<sup>43</sup>. Sobre este aspecto, Cass Sunstein, Administrador de la OIRA durante el mandato de Obama, ha expresado que hoy existe mayor conciencia de la “importancia de permitir la participación pública en el diseño de normas, toda vez son los miembros del público quienes tendrán la valiosa y dispersa información sobre los efectos probables, los problemas existentes, las soluciones creativas y posibles consecuencias indeseadas”<sup>44</sup>.

El tercer aspecto de mejora refiere al control administrativo o judicial sobre reclamos por infracciones u omisiones de las instancias de participación durante la tramitación de nuevas regulaciones. Conforme al artículo 70 de la LOCBGAE, las modalidades formales y específicas de participación de las personas y organizaciones son establecidas por cada órgano de la Administración del Estado, y estos últimos los han establecido mediante Resoluciones Exen-

<sup>41</sup> ARROYO 2017, 240-244.

<sup>42</sup> OCDE 2016, 120-121.

<sup>43</sup> SUNSTEIN 2013, 1846.

<sup>44</sup> SUNSTEIN 2011, 8.

tas. De esta forma, si se infringe las instancias de participación ciudadana, podría sostenerse que procede un reclamo ante el mismo órgano que emitió la resolución a través de recursos administrativos; que procede una denuncia ante la Contraloría General de la República<sup>45</sup> o, eventualmente, que se puede exigir la responsabilidad del respectivo órgano de la Administración del Estado o el funcionario implicado a través del artículo 4° de la LOCBGAE<sup>46</sup>.

Los Instructivos Presidenciales, por otro lado, tienen un carácter meramente interno, de forma tal que sus disposiciones van dirigidas a un grupo indeterminado de funcionarios públicos para el buen ejercicio de sus funciones. De esta forma, al no afectar directamente a la ciudadanía, serían en sí mismos irrecurribles. No obstante, se ha sostenido que podría recurrirse indirectamente contra ellas en la medida que los actos emanados bajo su orientación afecten a la ciudadanía, o exigiéndose la responsabilidad de los órganos de la Administración y los funcionarios públicos en virtud del artículo 4° de la LOCBGAE<sup>47</sup>.

Los Reglamentos de participación ciudadana emitidos por la Cámara de Diputados y por el Senado, por su parte, fueron emitidos en razón del artículo 4° de la Ley N° 18.918, en cuya virtud cada Cámara puede dictar sus propios reglamentos para regular su organización y funcionamiento interno. Conforme a dicha disposición, correspondería a la Comisión de Ética y Transparencia del Senado o de la Cámara de diputados; a una Comisión de Biblioteca del Congreso Nacional compuesta por los Presidentes de ambas Corporaciones o a una Comisión Bicameral integrada por cuatro Senadores y cuatro Diputados, en única instancia, conocer los reclamos que se formulen al respecto.

Así, en Chile pareciera no existir una clara vía de reclamación –judicial o administrativa– para exigir el cumplimiento de las instancias de participación ciudadana durante los procedimientos de creación de nueva normativa y, en caso de existir, no pareciera ser ésta del todo imparcial e independiente –como ocurriría, por ejemplo, con la Comisión Bicameral del Congreso Nacional–. De ahí que, por defecto y como ha ocurrido respecto de normativa emanada por reguladores sectoriales, se interpongan recursos de protección.

En efecto, en causa rol N° 39.826-2021, la Corte Suprema revocó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago declarando admisible un recurso de protección interpuesto contra la Comisión de Mercado Financie-

<sup>45</sup> El Instructivo Presidencial N° 007, de 18 de agosto de 2022, expresa: “En caso de recibir denuncias sobre infracciones a las normas comprendidas en el Título IV de la Ley N° 18.575, la jefatura del servicio o ministerio respectivo deberá dar respuesta en un plazo de treinta días corridos, sin perjuicio del derecho que les cabe a las personas de acudir a la Contraloría General de la República”.

<sup>46</sup> El artículo 4 de la LOCBGAE dispone: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

<sup>47</sup> PRECHT 1989, 470-472.

ro por haber dictado el Oficio Circular N° 1.208, de 28 de abril de 2021, de manera ilegal y arbitraria, al no convocar la consulta pública ordenada por el artículo 20 N° 3 de la Ley N° 21.000. Asimismo, en causa rol N° 20.713-2020, la Corte Suprema revocó otra sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, acogiendo un recurso de protección presentado en contra la Superintendencia de Seguridad Social por haber dictado la Circular N° 3.435, de 9 de julio de 2019, sin haber efectuado una consulta pública, vulnerando con ello el artículo 19 N° 2 de la Constitución, que asegura la igualdad ante la ley. En esta última sentencia, la Corte Suprema declaró:

Que, de los expuesto, se desprende que el acto es ilegal y arbitrario, no solo por carecer de adecuada fundamentación, infringiéndose lo dispuesto en los artículos 11 inciso 2° y 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, sino especialmente porque omite la consulta pública previa obligatoria, establecida en el artículo 2° letra b, inciso tercero, de la Ley N° 16.395, sin entregar justificación alguna<sup>48</sup>.

La pregunta es, sin embargo, si la Corte de Apelaciones –o en última instancia, la Corte Suprema, como se ha notado– es la instancia adecuada, y el recurso de protección el medio idóneo, para garantizar la participación ciudadana en los procesos regulatorios. En este ámbito, podríamos observar a España, donde una eventual infracción a los principios de buena regulación y de las instancias de participación ciudadana podría reclamarse ante los tribunales contenciosos administrativos<sup>49</sup>; o el caso de Francia, en que el Consejo Constitucional se encuentra habilitado para comprobar la correcta producción de los RIA durante el procedimiento legislativo<sup>50</sup>.

En consecuencia, las tres debilidades que se observan en las instancias de participación ciudadana contempladas en los procesos regulatorios de nuestro país afectan la implementación de la técnica de metarregulación. Con el fin de salvar dichas falencias, y contribuir a una auténtica incorporación de la ciudadanía en el diseño y evaluación de las regulaciones, se propone otorgar mayor unidad y coherencia a los procedimientos de participación ciudadana durante el ciclo regulatorio; establecer un órgano garante del cumplimiento de los mecanismos de participación ciudadana, e identificar con mayor claridad al órgano administrativo o judicial encargado de conocer las eventuales infracciones a ellas.

<sup>48</sup> Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Causa rol 20.713-2020. Sentencia de fecha 7 de octubre de 2020, considerando duodécimo.

<sup>49</sup> En esta materia, en todo caso, se recomienda leer a VAQUER (2017, 172-173), quien ha hecho presente que en España no hay claridad absoluta sobre el órgano encargado del control judicial de las instancias de participación ciudadana y RIA de los proyectos de ley.

<sup>50</sup> DUPRAT 2012, 382; VAQUER 2017, 192.

## Bibliografía citada

- ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2017). Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América. En MARTÍN DELGADO, I. (Coord.), *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho* (pp. 231-258). Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General*. Legal Publishing Chile-Thomson Reuters.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2010). Las normas administrativas y el sistema de fuentes. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 17 (1), 21-50.
- \_\_\_\_\_ (2018). El procedimiento administrativo en Chile. En Parejo Alfonso, L. y Vaquer Caballería, M. (Coord.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo, I Derecho comparado* (pp. 147-184). Tirant lo Blanch.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Legal Publishing Chile-Thomson Reuters.
- DUPRAT, J. P. (2012). The judicial review of ex ante impact assessment in France: An attempt to fuse the principles of legal certainty and institutional balance. *Legisprudence* 6(3), 379-396.
- FERNÁNDEZ ROJAS, Gabriel (2004). Francia: Seguridad jurídica y nueva política codificadora. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 2(4), 147-180.
- MUÑOZ VICUÑA, Diego (2021). Análisis de la metarregulación en Chile. *Revista de Derecho Administrativo Económico* 34, 69-95.
- MUÑOZ VICUÑA, Diego y MUÑOZ VICUÑA, Pablo (2023). Una revisión de las principales estrategias regulatorias y su implementación en Chile. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 10, 1-46.
- OCDE (2016). *Política Regulatoria en Chile. La capacidad del gobierno para asegurar una regulación de alta calidad*. OECD Publishing.
- PRECHT PIZARRO, Jorge (1989). Valor Jurídico de las directivas presidencias, programas ministeriales, circulares e instrucciones de servicio. *Revista Chilena de Derecho* 16 (2), 465-474.
- SUNSTEIN, Cass (2011). Smarter Regulation: Remarks from Cass Sunstein, Administrator, Office of Information and Regulatory Affairs. *Administrative Law Review* 63, 7-13.
- \_\_\_\_\_ (2013). Commentary. The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and realities. *Harvard Law Review* 126, 1838-1878.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2016). La codificación del procedimiento administrativo en España. *Revista General de Derecho Administrativo* 42, 1-42.
- \_\_\_\_\_ (2017). Auge y problemas de la metarregulación: La iniciativa legislativa y potestad reglamentaria en la Ley de Procedimiento Administrativo Común. En PONCE SOLÉ, J. y CERRILLO MARTÍNEZ, A. (Coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio* (pp. 165-195). Instituto Nacional de Administración Pública.

## Normativa citada

- Circular sobre la calidad de la reglamentación en Francia. 30 de septiembre de 2003.
- Decreto N° 100 de 2005. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 17 de septiembre de 2005. D.O. N° 38.268.
- Instructivo Presidencial N° 002 [Presidencia de la República]. Para la participación ciudadana en la gestión pública y deja sin efecto acto administrativo que indica. 20 de abril de 2011.
- Instructivo Presidencial N° 001 [Presidencia de la República]. Imparte instrucciones sobre buenas prácticas regulatorias. 28 de febrero de 2014.
- Instructivo Presidencial N° 007 [Presidencia de la República]. Para la participación ciudadana en la gestión pública y deja sin efecto instructivo que indica. 6 de agosto de 2014.
- Instructivo Presidencial N° 002 [Presidencia de la República]. Instruye la emisión de Informes de Productividad respecto a las iniciativas legales que indica. 8 de noviembre de 2016.

- Instructivo Presidencial N° 003 [Presidencia de la República]. Instruye la elaboración de Informes Impacto Regulatorio y deroga el Instructivo Presidencial N° 002. 15 de abril de 2019.
- Instructivo Presidencial N° 004 [Presidencia de la República]. Complementa Instructivo Presidencial que indica, sobre medidas de simplificación legislativa y regulatoria. 15 de abril de 2019.
- Instructivo Presidencial N° 002 [Presidencia de la República]. Para el fortalecimiento de la participación ciudadana, y deja sin efecto instructivo que indica. 21 de febrero de 2022.
- Instructivo Presidencial N° 007 [Presidencia de la República]. Para el fortalecimiento de la participación ciudadana en la gestión pública. 18 de agosto de 2022.
- Ley N° 16.395 de 1965. Fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social. 16 de diciembre de 1965. D.O. N° 26.351.
- Ley N° 18.918 de 1990. Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. 26 de enero de 1990. D.O. N° 33.588. Ley N° 20.500 de 2011. Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública. 4 de febrero de 2011. D.O. N° 39.887.
- Ley N° 21.000 de 2016. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. 10 de febrero de 2016. D.O. N° 41.692.
- Ley N° 39/2015 de 2015. Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE. 2 de octubre de 2015.
- Ley Orgánica N° 2009-403 de 2009. Relativa a la aplicación de los artículos 34-1, 39 y 44 de la Constitución. 15 de abril de 2009.
- Orden Ejecutiva N° 12866 [expresidente William Clinton]. Sobre planificación y revisión regulatoria. 30 de septiembre de 1993.
- Orden Ejecutiva N° 13.563 [expresidente Barack Obama]. Para mejorar la regulación y la revisión regulatoria. 18 de enero de 2011.
- Reglamento de participación ciudadana [Cámara de Diputados]. 18 de marzo de 2020.
- Reglamentos de participación ciudadana [Senado]. 29 de octubre de 2020.
- Resolución Exenta N° 0264 de 2015 [Ministerio Secretaría General de la Presidencia]. Aprueba norma general de participación ciudadana del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y deja sin efecto acto administrativo que indica. 15 de enero de 2015.

### Jurisprudencia citada

- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Causa rol 20.713-2020, 7 de octubre de 2020.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Causa rol 39.826-2021, 23 de junio de 2021.

# Marco jurídico del apoyo a las instalaciones de energía fotovoltaica en Estados Unidos. Organización administrativa e instrumentos jurídicos

The legal framework of the regime for photovoltaic installations in the United States. Administrative organization and legal instruments

Irene Ruiz Olmo\*

Este trabajo aborda como tema principal la regulación del fomento de la electricidad fotovoltaica en los Estados Unidos. Se trata de un tema poco conocido en Chile que, sin embargo, va a tener un importante recorrido en los próximos años dado el despliegue masivo de estas instalaciones que se va a producir a nivel mundial. En Estados Unidos por el carácter federal que tiene el país, resulta indispensable que se examinen los diferentes instrumentos que los distintos niveles gubernamentales han establecido para favorecer su penetración en el mercado eléctrico y alcanzar así los objetivos de consumo marcados.

This essay deals with the regulation of photovoltaic electricity promotion in the United States as the main topic. This is a little known topic in Chile, but it will have an important development in the coming years, given the massive deployment of these installations that will take place all over the world. In the United States, due to the federal nature of the country, it is essential to examine the various tools that the various levels of government have set up to spread penetration of the electricity market and thus achieve the pre-established consumption targets. The use of renewable energies is even more necessary in the context of the

RESUMEN / ABSTRACT

\* Doctora en Derecho. Profesora del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla. Miembro del Instituto Universitario de Investigación Clavero Arévalo. Dirección postal: Calle Enramadilla 18-20, 41018 Sevilla, España. Correo electrónico: iruiz4@us.es.

El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-124031NB-C41 "Retos jurídicos para un sistema energético 100% renovable" (MACODESCARB) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España y fondos FEDER.

Artículo enviado el 17 de marzo de 2023 y aceptado el 26 de mayo de 2023.

El recurso a las energías renovables se hace más necesario en el contexto de la transición energética que ya es imparable habiéndose convertido en una urgente preocupación global. Más aún, en un contexto de crisis ocasionada por la invasión rusa de Ucrania, que ha puesto de manifiesto la alta dependencia del sistema energético respecto de los combustibles fósiles.

De ahí el interés de analizar el curso seguido para la implantación de la tecnología que aparece más en boga, la fotovoltaica, en la primera economía del mundo. Frente a la imagen que a veces transmiten determinados presidentes, es lo cierto que también en este desafío los Estados Unidos ocupan una posición de liderazgo, resultado de una acumulación continuada de esfuerzos privados y públicos, tanto estatales y como federales.

**Palabras clave:** energías renovables, electricidad fotovoltaica, políticas públicas de fomento, Estados Unidos.

energy transition, which is already an unstoppable process and has become a pressing global concern. Even more so in the context of the crisis caused by the Russian invasion of Ukraine, which highlighted the high dependence of the energy system on fossil fuels.

Hence the interest in analyzing the path followed for the implementation of the most widespread technology, photovoltaics, in the world's leading economic system. Contrary to the image sometimes conveyed by some presidents, it can be argued that the United States also plays a leading role in this challenge, as a result of an ongoing buildup of private, state, and federal efforts.

**Keywords:** renewable energies, photovoltaic electricity, public policy, United States.

## Introducción

Estados Unidos es un país con grandes yacimientos de combustibles fósiles (carbón, petróleo, y gas), lo que explica fácilmente su alto consumo energético y fuerte dependencia de estas fuentes primarias, con la consiguiente consecuencia contaminante. La Administración Trump se encargó de presentar la acción climática como una amenaza para la economía estadounidense, al tiempo que ha defendido y facilitado el crecimiento de las industrias del carbón, el petróleo y el gas. Sin embargo, la política de energía renovable en Estados Unidos puede ser objeto de debate y cambio, y la dirección y el alcance de las políticas pueden variar según la administración y las circunstancias políticas en un momento dado. Además, hay intereses y perspectivas divergentes en torno a la política de renovables en el país, lo que puede influir en la forma en que se desarrolla y se implementa en diferentes niveles gubernamentales. Buena prueba de ello es que con la llegada de la Administración Biden a la Casa Blanca se están recuperando las conexiones rotas y la imagen que había dejado Trump.

En este contexto el interés del presente trabajo radica no solo en analizar la evolución de la política energética del país, sino que, además, en él se ponen de manifiesto cuáles son los distintos instrumentos que han resultado idóneos para alcanzar los objetivos de descarbonización y que pueden servir

de referencia a otros ordenamientos como el chileno que también está llamado a transitar por el camino de la descarbonización.

El estudio que se presenta se ha desarrollado siguiendo la metodología que es característica de la ciencia jurídica y, en particular, debido a que es una investigación sobre Derecho positivo, la mayor atención se ha dedicado a las fuentes normativas, a la jurisprudencia y a la doctrina científica. En ese sentido, un primer e indispensable paso ha sido sistematizar las fuentes, analizando las leyes del sector y, a partir de ahí, hemos abordado nuestra investigación evaluando las repercusiones de su contenido en aras de la consecución de la penetración de la electricidad fotovoltaica en el mercado eléctrico.

El artículo se estructura en cuatro partes. En la primera se incluye una descripción detallada de la trayectoria histórica de la política estadounidense en materia de energía, con nota de las políticas más ambiciosas de los diferentes presidentes y de su relación con los principales hitos fundamentales que han marcado la interrelación cambio climático-energía. La segunda parte analiza los instrumentos federales aprobados en materia de energías renovables y los problemas que han presentado. Seguidamente el artículo se enfoca en las contribuciones estatales que han resultado idóneas para alcanzar los objetivos de descarbonización según las estrategias e intereses de cada uno. En el cuarto punto se analizan los límites a los sistemas de fomento derivados de la Cláusula de Comercio. Finalmente se incluyen unas reflexiones que giran en torno a los futuros desafíos que se presentan a la Administración de Biden, en un contexto en el que la política energética y la política climática ya van de la mano.

Como resultado de este estudio queda patente que Estados Unidos, a pesar de poseer una gran riqueza de combustibles fósiles, no está ajeno a la transición energética. La evolución normativa en el sector energético ha evidenciado su progreso hacia sistemas con una mayor relevancia de las energías renovables a costa de los combustibles fósiles, y un mayor peso de la electricidad en el mix energético<sup>1</sup>. Más allá de los estereotipos y la imagen negacionista que durante la etapa de Trump ha reflejado Estados Unidos, la evolución de su política de fomento de las renovables ha permitido apoyar estas fuentes alternativas de energía, que ya están en condiciones de vender su producción al mercado a precios competitivos por sí mismas. En este contexto de incremento generalizado y desmesurado de los precios de los bienes y servicios como consecuencia de la invasión a Ucrania, se aprobó *The Inflation Reduction Act of 2022 (IRA)*<sup>2</sup>, considerada como la norma más representativa de lucha contra el cambio climático aprobada en el Congreso. Con esta Ley, la administración Biden aspira a convertir el país en líder mundial en renovables, reduciendo el coste de la electricidad para el consumidor e im-

---

<sup>1</sup> DELGADO PIQUERAS, 2022, 247.

<sup>2</sup> PL 117-169 de 2022.

pulsando a su vez la economía de energía limpia reduciendo la incertidumbre que pesa sobre los actores de la transición energética.

Por tanto, y como se verá a lo largo del estudio, el Gobierno federal presta ayuda, pero no impide que los Estados diseñen sus propias políticas de apoyo con mecanismos de consecución de objetivos propios, los cuales han demostrado ser muy importantes. De esta forma, mientras que Estados como Texas están montados sobre el petróleo, otros han sido vanguardistas en el establecimiento de medidas que inciden en la forma de generación de energía eléctrica convirtiendo al ciudadano en prosumidor, como ha sido el caso de Vermont.

No cabe duda de que los esfuerzos estadounidenses constituyen, un buen banco de pruebas para países como Chile y regiones como Sudamérica a través de instituciones supranacionales como MERCOSUR para avanzar seriamente hacia los sistemas nacionales de apoyo a las renovables, y a la fotovoltaica en particular, que permita cumplir los objetivos de lucha contra el cambio climático, garantizar la seguridad del abastecimiento energético y fomentar la competitividad de la economía, incidiendo en la necesidad de acometer una modificación en la regulación actual del régimen de autoproducción y autoconsumo, sobre el que parece que se ha intentado sobreestimar la potencia de respaldo y del régimen de las redes eléctricas.

## I. La evolución legislativa federal en materia energética en Estados Unidos de América

### 1. Los orígenes: la crisis del petróleo de los años 70

Los antecedentes a la actual política energética federal se remontan a la crisis energética de la década de 1970. Los altos precios de los combustibles fósiles despertaron la conciencia sobre la necesidad de hacer un uso más racional y eficiente de los recursos, así como la conveniencia de diversificarlos. De esta forma, el aumento de los precios del petróleo propició que el Congreso y todas las Administraciones abordarán por primera vez la generación de energía a partir de fuentes distintas de los combustibles fósiles junto con la regulación de las energías convencionales<sup>3</sup>. En este sentido, la respuesta legislativa dada a la crisis del petróleo dio como resultado más de cien políticas y programas federales diferentes e interrelacionados y, a veces, inconsistentes, que posteriormente en su mayoría fueron abandonados<sup>4</sup>.

A principios de julio de 1971, el presidente Richard Nixon (1969-1974) apostó por la energía nuclear, estableciendo como objetivo nacional el compromiso de completar una planta de demostración de reactores rápidos de metal líquido en el río Clinch, en Tennessee, convencido de que se trataba de la mejor opción para satisfacer la creciente demanda de energía de forma

<sup>3</sup> SISSINE 2007, 2.

<sup>4</sup> RICHARDSON y NORDHAUS 1995, 63.

económica. Sin embargo, en 1973 la guerra Yom Kippur en el Medio Oriente propició que la Organización de Países Árabes Exportadores de Petróleo (OPEP) declarara un embargo de petróleo, provocando la primera crisis energética. Este hecho marco el último año de la legislatura del Presidente y planteó la necesidad de desarrollar un programa nacional integrado capaz de proporcionar autosuficiencia energética. Debe señalarse que en ese momento las importaciones de petróleo representaban el 50% del consumo de petróleo de los Estados Unidos. Fruto de esta preocupación, en noviembre de 1973, Nixon lanzó *Project Independence* con el que pretendió liberar a Estados Unidos de la dependencia del petróleo extranjero. En agosto de 1974, Gerald R. Ford se convierte en presidente y, durante su breve mandato (1974-1977), aprobó la *Solar Heating and Cooling Demonstration Act*<sup>5</sup>, firmada en septiembre de 1974, que financiaba con 60 millones de dólares instalaciones de energía solar.

Durante esta década, el interés por impulsar la promulgación de leyes tendentes a conseguir reducir la dependencia de importaciones de petróleo continuó con la llegada del presidente James Earl Carter (1977-1981) quién, en octubre de 1974, mediante la aprobación de la *Solar Energy Research, Development, and Demonstration Act*<sup>6</sup>, siguió fomentando la investigación y el desarrollo en energía solar. Además, creó un centro federal de investigación en esta tecnología dedicado a mejorar sus formas de aprovechamiento, en Golden, Colorado<sup>7</sup>. Un mes después, el Congreso aprobó su plan nacional de energía *National Energy Act of 1978 (NEA78)*, uno de los paquetes legislativos más importantes de energía que incluía las siguientes leyes: *Public Utility Regulatory Policies Act (PURPA)*<sup>8</sup>; *National Energy Conservation Policy Act (NECPA)*<sup>9</sup>; *Power Plant and Industrial Fuel Use Act*<sup>10</sup>; *Natural Gas Policy Act (NGPA)*<sup>11</sup>. La aprobación de este paquete legislativo sobre energía por parte del Congreso ha sido considerada por la mayoría de los autores como la verdadera respuesta a la mencionada crisis energética. Este conglomerado de normas tenía un claro objetivo: certeza y seguridad a través de la reducción de la dependencia energética y del desarrollo de fuentes de energía nuevas, fiables e inagotables para un crecimiento económico; todo ello a través de programas de eficiencia energética, incentivos fiscales, programas de conservación de energía, programas de combustibles alternativos e iniciativas regulatorias basadas en el mercado. Ahora bien, de todas ellas, debe destacarse la sección 210 de PURPA, que obligaba a los servicios públicos a comprar la electricidad proveniente de energías renovables, lo que sin duda ha senta-

<sup>5</sup> PL. 93-409 de 1973.

<sup>6</sup> PL. 93-473 de 1974.

<sup>7</sup> Denominado en un primer momento como *Solar Energy Research Institute*, en 1991 fue renombrado como *The National Renewable Energy Laboratory (NREL)*.

<sup>8</sup> PL. 95-618 de 1978.

<sup>9</sup> PL.95-619 de 1978.

<sup>10</sup> PL. 95-620 de 1978.

<sup>11</sup> PL. 95-621 de 1978.

do las bases del despliegue comercial de la tecnología solar y eólica, entre otras. Debe señalarse además que, bajo la influencia de esta norma, se han establecido otras políticas federales, y por parte de los Estados de fomento a la electricidad fotovoltaica, que a su vez han generado problemas competenciales de transcendencia constitucional que se verán más adelante.

Posteriormente, Richard Carter firmó en 1980 *The Energy Security Act*<sup>12</sup>, una ley omnibus con similares objetivos, que contemplaba nuevamente financiación para el desarrollo de fuentes alternativas. Concretamente, el Título IV proporcionaba incentivos para el desarrollo de células fotovoltaicas. Sin embargo, ninguna de estas iniciativas incidió en la reducción de la dependencia del petróleo importado ni en la penetración real de las energías renovables debido a la falta de apoyo real del Gobierno en aquel momento, que sí que llegó a través de la aprobación de la *Renewable Energy and Energy Efficiency Technology Competitiveness Act of 1989*<sup>13</sup>. El principal propósito de esta Ley fue introducir un programa nacional de desarrollo y demostración de tecnologías de energía y eficiencia energética renovables con el fin de garantizar el suministro de energía futuro (Sección 2)

## 2. La reactivación por efecto de la Guerra del Golfo Pérsico y la Convención sobre el Cambio Climático

Como se ha visto, hasta el momento, la atención que se presta a las energías renovables viene determinada por el precio del petróleo, hecho que marcó sin duda los años ochenta, en los que los precios de los combustibles fósiles volvieron a reducirse. Sin embargo, a finales de 1990 y principios de 1991, la Guerra del Golfo Pérsico volvió a reavivar el interés por el despliegue de las tecnologías limpias; lo que, sin duda, propició un nuevo aumento de los fondos del *Department of Energy (DOE)* para continuar invirtiendo en programas de I + D de energías renovables.

Esta nueva crisis del petróleo junto con la firma de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) en 1992, proporcionarían un nuevo motivo ambiental para el apoyo de energía renovable. A partir de este momento, el apoyo a la tecnología fotovoltaica pasa a centrarse en nuevos instrumentos de fomento contemplados en tres normas legislativas. En primer lugar, debe destacarse la aprobación de la *Energy Policy Act de 1992 (EPAAct)*<sup>14</sup>, en la que la participación inicial en el Protocolo de Kyoto se vió reflejada a lo largo de sus disposiciones, intensificando el despliegue comercial de la fotovoltaica. Esta Ley de más de 30 Títulos, firmada por George H. W. Bush (1989-1993), incluyó disposiciones para la estimulación de nuevos participantes en el mercado de la electricidad mediante la apertura del acceso a la red eléctrica a productores independientes de

<sup>12</sup> PL. 96-294 de 1980.

<sup>13</sup> PL. 101-218 de 1989.

<sup>14</sup> PL. 102 486 de 1992.

energía y el pago de incentivos a la producción renovable; o la concesión de subvenciones y créditos fiscales para los vehículos eléctricos, entre otras.

En segundo lugar, bajo la legislatura de George H. W. Bush hijo (2001-2009), *The Energy Policy Act de 2005*<sup>15</sup> intensificó el apoyo a los programas nacionales de desarrollo y demostración de tecnologías limpias y eficiencia energética con el fin de garantizar el suministro de energía futuro, al tiempo que promovía un objetivo nacional de independencia energética con la ayuda de la energía nuclear, iniciado con la *Atomic Energy Act*<sup>16</sup> de 1952. En 2007, la aprobación *The Energy Independence and Security Act de 2007*<sup>17</sup>, con disposiciones destinadas a la eficiencia energética, no incluyó –como se verá más adelante–, la propuesta de aprobar un *renewable portfolio standard* (RPS) a nivel federal con un objetivo nacional de alcanzar el 15% de las ventas totales de electricidad a partir de fuentes renovables para 2020. Bajo la presidencia de Bush, en 2007 el Tribunal Supremo de Estados Unidos tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las competencias de la *U.S. Environmental Protection Agency (EPA)*, en relación con la regulación del dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero en el caso *Massachusetts vs. EPA*<sup>18</sup> y ello al hilo de la aprobación de *Clean Air Act*. Al hilo de ello, debe destacarse el reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo que ha limitado la autoridad de la EPA, por considerar que:

el Congreso le encomendó implícitamente, y solo a ella, la tarea de hallar el equilibrio entre las numerosas consideraciones vitales de política nacional implicadas en la decisión de cómo obtendrán los estadounidenses su energía, hasta qué punto es factible cambiar el carbón por el gas natural antes de que la red se colapse, o hasta qué punto pueden subir los precios de la energía (...), pero un organismo federal, no puede promulgar normas generales para regular las emisiones de las centrales de carbón, que producen casi el 20% de la electricidad en Estados Unidos<sup>19</sup>.

Hasta este momento, si bien es cierto que los distintos Gobiernos comprometieron fondos federales para la implementación y desarrollo de energías renovables –al igual que los Estados–, todavía no se produjo una transición de la vieja política energética puesto que, junto con estas políticas, seguían coexistiendo incentivos fiscales para la extracción de petróleo y gas. Por tanto, durante estas décadas, el mapa energético era muy divergente.

### 3. El impacto de la crisis económica de 2008

La crisis financiera de 2008 marcó un punto de inflexión en la industria de las energías renovables y, por ende, en la utilización de la tecnología fotovoltaica.

<sup>15</sup> PL. 109-58 de 2005.

<sup>16</sup> PL. 82-375 de 2005.

<sup>17</sup> PL. 110-140 de 2007.

<sup>18</sup> *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 2007.

<sup>19</sup> *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 20 U.S. 1530, 2022.

ca, pasando a ser considerada como un elemento esencial para equilibrar los presupuestos públicos. Concretamente, *The American Recovery and Reinvestment Act de 2009*<sup>20</sup>, bajo el mandato de Barack Obama (2009-2017) no solo incrementó nuevamente el dinero público destinado a la *Environmental Protection Agency (EPA)* para desarrollar iniciativas y programas de fomento de energías renovables, sino que consolidó el apoyo del gobierno federal a las energías renovables mediante incentivos de distinta índole<sup>21</sup>, extendiendo los incentivos ya establecidos a las renovables, y reduciendo los que se establecían para el sector del gas y el gas.

Precisamente, bajo el paraguas de la *EPA*, en agosto de 2015 se presentó *Clean Power Plan* con el que el presidente Obama inició el camino hacia la consecución de un objetivo de reducción de un 32% las emisiones de dióxido de carbono para 2030, tomando como referencia los niveles de 2005 y en la senda de reducirlas en un 80% menos en 2050. A finales de 2015, junto con otros líderes mundiales, se acordó el Acuerdo de París, donde sostuvo que:

Dije ante el mundo que necesitábamos un acuerdo global sólido para combatir el cambio climático, un acuerdo duradero que reduzca la contaminación global por carbono y ponga al mundo en el camino hacia un futuro con bajas emisiones de carbono [...]. Lo hemos conseguido. Nos hemos reunido en torno al acuerdo sólido que el mundo necesitaba.

#### 4. Trump y la reactivación de la industria del carbón, del petróleo y del gas

Durante la candidatura a la Casa Blanca, Hillary Clinton decía estar dispuesta a "asumir la amenaza del cambio climático y hacer de América la superpotencia de energía limpia del mundo". Algunas de sus propuestas eran: aplicar y extender las normas de contaminación y eficiencia energética incluidas en el Plan de Energía Limpia de Obama, invertir en infraestructura energética, garantizar una producción de energía segura y responsable; suprimir subsidios fiscales al petróleo y gas y hacer de la justicia ambiental y la justicia climática prioridades centrales.

Mientras tanto, el candidato y posterior presidente Donald Trump (2017-2021) en mayo de 2016 realizaba las siguientes declaraciones

Estoy encantado de estar en Dakota del Norte, un Estado en la vanguardia de una nueva revolución energética (...), la producción de petróleo y gas natural. El Presidente Obama ha hecho todo lo posible para interponerse en el camino de la energía estadounidense (...) Dakota del Norte muestra cómo la exploración de energía crea prosperidad compartida.

<sup>20</sup> PL 111-5 de 2009. A través de *The American Recovery and Reinvestment Act of 2009*, se invirtió más de 31 mil millones de dólares para apoyar una amplia gama de proyectos de energía limpia en todo el país - inversiones en la red inteligente, desarrollo de combustibles alternativos para ayudar a los propietarios y las empresas a reducir sus costes de energía con eficiencia energética, conservación de recursos, etc. Además, el Congreso adoptó medidas para incentivar aún más la inversión de capital al acelerar el programa de depreciación en toda la economía.

<sup>21</sup> TEROL GÓMEZ 2021, 1015.

Es una opción entre compartir esta gran riqueza energética o compartir la pobreza prometida por Hillary Clinton (...). El presidente Obama ha hecho todo lo posible para matar a la industria del carbón (...), ha bloqueado agresivamente la producción de petróleo y gas natural.

Como parte fundamental de su discurso populista, Donald Trump en la presentación de *An America First Energy Plan*, prometió una independencia energética gracias a la apuesta decidida por la innovación en combustibles fósiles, los cuales a su juicio *“benefician a los estadounidenses al aumentar la productividad y reducir los precios de la energía para los consumidores, y solo en el último año han llevado a Estados Unidos a convertirse en un exportador neto de productos derivados del petróleo (petróleo crudo y refinado) por primera vez desde 1949”*. Por lo tanto, queda patente que la llegada al poder de Donald Trump puso en peligro todo lo construido hasta el momento. Con un programa electoral negacionista del cambio climático y centrado en la reactivación de la industria del carbón, del petróleo y el gas como elemento esencial de la economía, entre otras hazañas, derogó el Plan de Acción por el Clima de Obama que suponía una inversión de 8.500 millones de dólares al año hasta 2030 para reducir en un 32% las emisiones de carbono de las centrales eléctricas en 2030.

Además, no conviene olvidar que la eficacia de los compromisos climáticos alcanzados en el seno de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en 1992, quedaron afectados por la retirada de Estados Unidos del protocolo de Kyoto durante el mandato del presidente Trump. En todo caso, el propio protocolo preveía mecanismos flexibilizadores de los compromisos al autorizar a los países con dificultades de cumplimiento para recurrir al comercio de derechos de emisión (a escala doméstica o regional internacional), el mecanismo de desarrollo limpio (obtención de reducciones certificadas de emisiones), la acción conjunta (inversiones en otro país dirigidas a reducir emisiones o absorberlas en sumideros) y el fondo de adaptación (ayuda en la recuperación de impactos...). Por lo tanto, puede concluirse que la llegada al poder de Donald Trump supuso un claro retroceso al modelo previamente implantado.

##### 5. La nueva agenda presidencial de Biden

Por su parte, el actual presidente Joseph Biden, que tomó posesión a finales de enero de 2021, parece estar comprometido con impulsar la economía a través del liderazgo en materia de energías renovables, habiéndose propuesto alcanzar la neutralidad climática en 2050 y ordenando el inmediato reintegro en el Acuerdo de París, asumiendo de esta forma los compromisos correspondientes<sup>22</sup>. Primero en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 2021 (COP26), y después en la COP27 de 2022, celebrada en noviembre de 2022 en Sharm el Sheik (Egipto), el Presidente Biden

<sup>22</sup> DEBACKER et al. 2021, 392.

ha reafirmado su compromiso de reducir el uso de combustibles fósiles<sup>23</sup> y conseguir la neutralidad climática en 2050, en la senda de alcanzar los objetivos del Acuerdo de París. Sin embargo, este escenario no exime al país –importador neto de energía desde 1953–, de la alta dependencia a la que se encuentra sometido, por lo que parece que todavía se está bastante lejos de alcanzar una verdadera transición energética verde capaz de reducir los riesgos geopolíticos inherentes a las importaciones y dejar de explotar sus recursos fósiles.

De acuerdo a la evaluación realizada por la *US Energy Information Administration (EIA)*, sobre las perspectivas de los mercados energéticos hasta 2050<sup>24</sup>, el petróleo y el gas natural seguirán siendo las fuentes de energía más consumidas en Estados Unidos hasta 2050. Sus previsiones son que la producción de petróleo alcance niveles récord, que el incremento en la producción de gas natural esté cada vez más orientado a su exportación<sup>25</sup>, como consecuencia del incremento de su consumo mundial, y que la participación del carbón disminuya en la combinación de electricidad.

Pese a que la explotación de combustibles fósiles va a seguir activa, las energías renovables van a experimentar un mayor crecimiento<sup>26</sup> gracias al esfuerzo regulatorio tanto federal como estatal.

En este sentido, no debe soslayarse la ambiciosa propuesta legislativa contenida en *The Build Back Better Framework* cuyo objetivo fundamental era transformar el modelo económico y social preexistente. Un plan normativo plasmado inicialmente en *American Rescue Plan Act* de 2021<sup>27</sup>, un paquete de estímulo económico para paliar los efectos ocasionados por la pandemia de la COVID-19, y en *Bipartisan Infrastructure Law (or Infrastructure Investment and Jobs Act)*<sup>28</sup>, aprobada en noviembre de 2021 para abordar mejoras de inversión en infraestructuras desatendidas y para financiar una amplia variedad de iniciativas de política social. Inicialmente, el proyecto de Ley de la norma, contemplaba objetivos climáticos y medidas de fomento de energías renovables pero estas fueron incluidas finalmente en el proyecto de Ley de Build Back Better<sup>29</sup>, que nunca fue aprobado, por lo que las ideas

<sup>23</sup> El mayor logro conseguido en la última Conferencia de las Partes es que, por primera vez, las naciones más ricas se comprometen a crear un fondo para financiar las pérdidas de los países más vulnerables provocadas por el calentamiento global. Pero, de momento, no se ha determinado ni la cantidad económica ni los países que recibirán dichas ayudas. Sin embargo, Estados Unidos se ha mostrado reticente a cumplir sus compromisos de cooperación financiera. Otro punto fundamental era redefinir un plan para reducir el uso de combustibles fósiles, a pesar de que muchos países lo pidieron, no se ha incluido la mención al abandono de los combustibles fósiles que se necesita.

<sup>24</sup> U.S. Energy Information Administration 2022, Annual Energy Outlook.

<sup>25</sup> U.S. Energy Information Administration 2022, Natural Gas Annual.

<sup>26</sup> U.S. Energy Information Administration 2022, Annual Energy Outlook.

<sup>27</sup> Pl. 117-2 de 2022.

<sup>28</sup> Pl. 117-159 de 2022.

<sup>29</sup> H.R. 5376.

y objetivos contenidas en la norma fueron finalmente plasmados en *The Inflation Reduction Act of 2022 (IRA)*<sup>30</sup>. Una norma con objetivos climáticos ambiciosos que, además de haber extendido la vigencia de la mayoría de los programas de fomento de energías renovables, ha creado nuevos e importantes estímulos económicos que de forma directa afectan a la tecnología fotovoltaica y serán analizados más adelante. En cualquier caso, queda patente que la voluntad política es necesaria, pero lo relevante es que se materialicen los esfuerzos que permitan desplazar un modelo energético altamente contaminante. Si bien es cierto que su mandato parece abrir la puerta hacia un futuro próspero para las energías renovables, es fundamental que se siga ampliando el actual modelo implementado, para que se sigan fomentando la adopción de modelos futuros de energías limpias en una federación de Estados con un peso específico capital entre las potencias del planeta.

Una verdadera transición energética necesita un firme compromiso en todos los niveles legislativos, asegurando que las políticas en energías renovables no sean de segundo orden o complementarias respecto a las relativas a los recursos fósiles. En este sentido, resulta necesario adoptar objetivos más ambiciosos y tomar decisiones más decididas en interés de la energía solar y de los ciudadanos, asegurando que efectivamente se aprovechen todos los recursos.

En este contexto, recientemente Joe Biden, y Ursula Von der Leyen, presidenta de la Comisión Europea, han comenzado las negociaciones para alcanzar un acuerdo comercial que permita el acceso a minerales claves para la fabricación de baterías y otros productos de energía renovable en ambas economías, especialmente en el sector de vehículos eléctricos. El objetivo es además asegurar cadenas de suministro fuertes en la Unión Europea y el acceso al mercado de los Estados Unidos, coordinando una respuesta conjunta ante posibles amenazas cibernéticas y físicas en las infraestructuras energéticas para lo que se plantea la sincronización de redes eléctricas.

## II. Los mecanismos federales de apoyo a la electricidad fotovoltaica

Las políticas de fomento de electricidad fotovoltaica, han demostrado ser eficaces a la hora de poner en marcha un círculo virtuoso de investigación, fabricación, inversión, y producción, que hoy permite el aumento de los mercados y del consumo de estas energías. Se abren así más oportunidades de I+D+I y más inversiones que atraen a nuevas empresas y nuevos competidores, y consecuentemente, todo ello con la ventaja de la paulatina reducción de su precio y el impulso de la rueda del progreso<sup>31</sup>. Resulta una obviedad mencionar que los proyectos fotovoltaicos requieren, en mayor o menor grado, inversiones de capital; entre los factores que afectan a la viabilidad económica de los proyectos, los gastos de inversión a largo plazo revisten

---

<sup>30</sup> Pl.117-169 de 2022.

<sup>31</sup> MULLEN y DONG 2022, 12.

gran importancia. Sin duda, es necesaria una verdadera planificación del conjunto del Sector Eléctrico con el fin de evitar la incertidumbre sobre cuáles serán las políticas energéticas que puedan adoptar futuros gobiernos, una vez que las renovables han demostrado su viabilidad técnica y una eficiencia creciente, hasta suponer una alternativa que amenaza a las energías fósiles y convencionales.

Estados Unidos tiene un gran potencial para reducir su dependencia de importaciones altamente contaminantes, en un contexto en el que, como decimos, la energía solar es más barata y eficiente que nunca. Consciente de ello, el Gobierno de Estados Unidos viene promoviendo inversiones en proyectos fotovoltaicos principalmente a través de programas federales de requisitos de compra de energía procedente de fuentes renovables, créditos fiscales, garantías de préstamos y programas específicos de investigación; de esta forma, se da cumplimiento a los mandatos establecidos por el Congreso en las distintas leyes federales. El objetivo es estimular la participación en este sector privado para lograr objetivos de interés público, así como compensar las externalidades positivas de este tipo de tecnologías que el mercado no es capaz de apreciar. En este sentido, resulta fundamental que estas políticas ecológicas no coexistan con políticas que simultáneamente sigan alentando el uso de energía fósil. Y no solo eso, sino que es necesario que haya certidumbre en la continuidad de la mismas.

La aprobación de *Inflation Reduction Act of 2022*<sup>32</sup> ha introducido cambios significativos en los estímulos federales de apoyo a estas tecnologías, incluida la ampliación de la fecha de vencimiento de la mayoría de ellos, la concesión de nuevos créditos de bonificación o el establecimiento de nuevos criterios para tener derecho a la totalidad del crédito. También, se prevén mecanismos de apoyo a nuevas tecnologías como ocurre con *Clean Hydrogen Production Tax Credit (H2PTC)*<sup>33</sup>.

#### 1. La obligación de compra en la “Public Utility Regulatory Act” de 1978

Como se ha podido ver, en torno a la evolución de la legislación federal, existen distintas normas que contemplan las diferentes acciones federales en la materia; ahora bien, estas últimas deben ser consideradas en todo caso como subvenciones y no como contratos de adquisiciones. El primer gran apoyo regulatorio federal de las energías renovables en general, y de la fotovoltaica en particular, se produjo gracias a la promulgación la sección 210 de la *The Public Utility Regulatory Act of 1978 (PURPA)*, a través de la cual se obligaba a las empresas eléctricas a comprar electricidad a un precio “justo y razonable”<sup>34</sup> proveniente de instalaciones que utilizan recursos solares,

<sup>32</sup> Pl. 117-169 de 2022.

<sup>33</sup> 26 U.S. Code § 45V

<sup>34</sup> Por precio “justo y razonable”, debe entenderse aquel que refleja las externalidades positivas derivadas del uso de energías alternativas, es decir, la tarifa de compra no coste incremental de su uso. *Paper Inst., Inc. v. Am. Elec. Power Serv. Corp.*, 461 US 402, 405, 417, 1983.

eólicos, geotérmicos o de biomasa de hasta ochenta megavatios (MW)<sup>35</sup> y de forma no discriminatoria. Obligaba además a las empresas eléctricas a interconectar a sus redes dichas instalaciones. La compra obligatoria prevista en PURPA fue revisada por la *Energy Policy Act* de 2005, la cual modificó el requisito de compra obligatoria cuando la *Federal Energy Regulatory Commission (FERC)* estimara que existía un acceso real y no discriminatorio al mercado eléctrico. No obstante, debe señalarse que, pese a que esta previsión es federal, los Estados –como se verá más adelante, han defendido “el acceso no discriminatorio” a través de estándares obligatorios (mandatos de compra) de energía renovable por parte de las empresas eléctricas.

## 2. Los créditos fiscales a la producción e inversión en fotovoltaica

Con la aprobación de la *Inflation Reduction Act*, los proyectos fotovoltaicos pueden optar a obtener créditos a la producción. Los *Production Tax Credit (PTC)*, son un crédito fiscal por kilovatio-hora (kWh) ajustado a la inflación para la electricidad generada por recursos energéticos entre los que se encuentran las instalaciones fotovoltaicas y posteriormente vendida. La duración del crédito es de 10 años a partir de la fecha de puesta en servicio de la instalación. Además, el precio del PTC se incrementa en un 10 por ciento en el caso de comunidades energéticas<sup>36</sup>.

El crédito a la inversión de la producción fotovoltaica (*Solar Investment Tax Credit*), conocido por sus siglas en inglés como “*ITC*”<sup>37</sup>, ha demostrado ser uno de los mecanismos de política federal más importantes para incentivar el despliegue de la tecnología fotovoltaica. Contemplado por primera vez en la *Energy Policy Act*<sup>38</sup> de 2005, se trata de un crédito a la inversión del 30 por ciento para proyectos de energía solar con una limitación de capacidad anual de 1,8 gigavatios. Este crédito es aplicable al conjunto de los proyectos que se instalan y se desarrollan, basándose en la cantidad del conjunto de la inversión del proyecto solar, por lo que el *ITC* se calcula aplicando el 30% a la “base imponible”, que es la cantidad invertida en el proyecto elegible para los sistemas fotovoltaicos. Desde su promulgación este crédito fiscal ha sido renovado y ampliado en numerosas ocasiones, la última de ellas por la *Sección 48 de Inflation Reduction Act*, que amplía el *ITC* para incluir las tecnologías de almacenamiento de energía, incluidas las baterías y las inversiones en interconexiones de las plantas generadoras. Eso sí, la Ley prevé su eliminación progresiva a finales de 2024<sup>39</sup> y lo sustituye por el *Clean Energy Production Tax Credit*<sup>40</sup>. Se trata de un crédito fiscal que funciona de forma

<sup>35</sup> Esta limitación ha sido modificada en varias ocasiones, como por ejemplo mediante *Energy Security Act* de 1980 (PI 96-294 de 1980). Un análisis sobre las modificaciones de PURPA, en: IMHOF 2021, 147.

<sup>36</sup> GALLEGO CÓRCOLES 2022, 114.

<sup>37</sup> 26 USC § 48.

<sup>38</sup> PI.109-58 de 2005.

<sup>39</sup> Section 45 of the Internal Revenue Code.

<sup>40</sup> Section 13701 of the Inflation Reduction Act.

similar al del *Production Tax Credit (PTC)*, pero que no es específico de ninguna tecnología, sino que se aplica a todas las instalaciones de generación que tengan un índice de emisiones de gases de efecto invernadero igual a cero. La Ley prevé que este crédito se vaya reduciendo progresivamente a medida que Estados Unidos cumpla los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

Junto con el *ITC*, debe destacarse el *RREC (Residential Renewable Energy Tax Credit)*<sup>41</sup>; este crédito residencial contemplado inicialmente en la sección 25D de *Energy Policy Act*<sup>42</sup> de 2005 permite al propietario aplicar un crédito que inicialmente estaba concretado en el 30% sobre la compra de los sistemas solares que instalan en sus hogares, aplicándose por lo tanto a los gastos relacionados con el sistema solar fotovoltaico implantado (paneles solares, transformadores, dispositivos de almacenamiento de energía, pararrayos, costes de mano de obra para la preparación e instalación de tuberías o cables para la interconexión del sistema instalado en la vivienda, entre otros)<sup>43</sup>. Además de ser promulgado como parte de la política energética de 2005, puede decirse que el recorrido histórico de este crédito es exactamente el mismo que el del *ITC*, siendo *Inflation Reduction Act 2022* la norma que por última vez ha extendido su validez y siéndole aplicable también una reducción gradual del valor del crédito. A continuación, vamos a destacar algunas peculiaridades de este sistema de apoyo. Por una parte, el contribuyente puede reclamar este porcentaje del crédito de los gastos incurridos para el sistema instalado en su vivienda siempre y cuando la propiedad se encuentre ubicada en Estados Unidos y sea utilizada como residencia por el contribuyente, aunque no se exige que sea la residencia principal del contribuyente; ahora bien, si existe un cambio de residencia, los gastos de los equipos podrán ser reclamados una vez que se completa la instalación, y para el caso del *RREC*, se contempla expresamente que si la instalación está en un nuevo hogar, la fecha de "puesta en servicio" es la fecha de ocupación por el dueño de casa. Dado que este sistema de apoyo puede ser utilizado para compensar los impuestos sobre la renta, siempre deberá ser utilizado por una persona sujeta a impuestos sobre la renta en Estados Unidos<sup>44</sup>. En este sentido, una peculiaridad que diferencia el *ITC* del *RREC* es que, nor-

<sup>41</sup> 26 USC § 25D.

<sup>42</sup> PL.109-58 de 2005.

<sup>43</sup> Este crédito fiscal federal para la propiedad de energía residencial se aplicó inicialmente únicamente a los sistemas solares eléctricos, sistemas solares de calentamiento de agua y células de combustible, siendo aplicable posteriormente a las bombas de calor geotérmicas, las pilas de combustible que utilizan combustibles no renovables o a las pequeñas turbinas eólicas entre otras.

<sup>44</sup> En este sentido, debe destacarse que el *RREC* no es susceptible de ser aplicado a aquellos equipos solares que son alquilados por organizaciones exentas de impuestos incluyendo entidades gubernamentales como escuelas, servicios públicos municipales y organizaciones benéficas. No obstante, algunos Estados permiten que entidades exentas de impuestos se beneficien indirectamente de beneficios fiscales federales mediante la celebración de acuerdos de compra de energía (PPA), puesto que son los sistemas fotovoltaicos instalados por la compañía solar los que reclaman los beneficios fiscales federales.

malmente en el caso de que un proyecto “comercial” reciba algún tipo de deducción por parte de una empresa pública, este hecho no modificará la base imponible utilizada para calcular el *ITC*; sin embargo, en el caso de proyectos residenciales, determinados incentivos complementarios al *RREC* deben ser descontados de la base imponible antes de reclamar el *RREC*. Junto con la solicitud de un crédito *ITC*, los propietarios de proyectos elegibles pueden recuperar parte de la inversión realizada en el sistema fotovoltaico a través de deducciones de depreciación, conocidas como “*Modified Accelerated Cost-Recovery System*” (*MACRS*), pues ambas ayudas son compatibles. Con esta herramienta de depreciación las empresas pueden recuperar parte de los costes de capital durante la vida útil de la instalación; concretamente, en el caso de los equipos calificados de energía solar elegibles el periodo de recuperación es de cinco años.

Por último, resulta relevante advertir la existencia de *Advanced Manufacturing Production Tax Credit* (*45X MPTC*), que está previsto que se otorgue hasta 2033 a los componentes de tecnologías solares producidas por empresas que lo hagan en el país. El crédito varía según el componente (módulos fotovoltaicos, inversores, componentes del sistema de seguimiento, baterías, etc.) y se multiplica por el número de unidades producidas y que se vendan ese año, siendo reducido de los impuestos federales sobre la renta de las empresas, por lo que no opera en el caso de que el fabricante esté exento de impuestos.

Las instituciones también desempeñan una función esencial a la hora de movilizar los recursos financieros necesarios, en particular para inversiones de gran envergadura, aunque también para apoyar a las instituciones nacionales de préstamo y a los fondos renovables de préstamo a pequeña escala<sup>45</sup>. Un importante gestor de apoyo a proyectos fotovoltaicos lo encontramos en el *Department of Energy* el cual viene presentando desde su creación, en 1977, programas de financiación y préstamos para la investigación, la comercialización y el desarrollo de energías limpias en general y de fotovoltaica en particular<sup>46</sup>. Uno de los más importantes estuvo operativo hasta noviembre de 2021. Conocido como “*Loan Guarantee Program*”, permitía un avance de crédito de hasta el 80% del valor de la inversión para determinados proyectos intensos en capital que debía ser devuelto en un periodo inferior de 30 años o menor del 90% de la vida útil proyectada del activo físico a ser financiado.

### 3. Un balance positivo no exento de críticas y detractores

Aunque varias propuestas de *Renewable Portfolio Standard* (*RPS*) han avanzado en parte a través del Congreso de Estados Unidos en los últimos años<sup>47</sup>,

<sup>45</sup> LÓPEZ-IBOR y ZAMORA 2022, 46.

<sup>46</sup> Dentro del *Department of Energy*, deben destacarse por su importancia reguladora la *Federal Energy Regulatory Commission* (*FERC*), organismo dependiente que se encarga de regular la transmisión interestatal de electricidad, gas natural y petróleo y la *Office of Energy Efficiency and Renewable Energy*, cuyo objetivo principal es la transición energética.

<sup>47</sup> Desde el año 1996, diversos proyectos de Ley han intentado sin éxito promulgar un *RPS* federal. Si bien es cierto que Obama mostró su intención de aprobarlo como parte del plan eco-

todos los intentos han sido frustrados y en la actualidad no existe un programa RPS a nivel federal, solo por parte de los Estados. Este mecanismo de estímulo consiste en un mandato que requiere que un porcentaje determinado de las ventas de electricidad provenga de energías renovables. Los beneficios de un RPS federal pasan por ofrecer mayor seguridad que los programas realizados por los Estados. Además, un programa federal proporcionaría una negociación global de créditos de energía renovables, lo que implicaría una reducción de las barreras de entrada por parte de los Estados, unida a una disminución de los costes a través de una economía de escala. Y sin duda, otra de las ventajas significativas, sería la reducción de emisiones de CO<sub>2</sub><sup>48</sup>. En cambio, esta propuesta ha sido duramente criticada por sus efectos económicos, por su supuesta ineficiencia como un instrumento de regulación, e incluso por su intrusión en determinadas áreas jurisdiccionales.

De forma generalizada, se puede decir que los detractores de las subvenciones o incentivos económicos de cualquier tipo a las energías renovables suelen cuestionar la rentabilidad y la eficacia y eficiencia de estos. Las continuas extensiones periódicas sufridas, sobre todo por los créditos fiscales (ITC y PTC) han venido siendo analizadas desde un punto de vista económico. Para los contrarios a estos sistemas de fomento, la cuestión principal vuelve a incidir en la falta de correspondencia entre los requisitos de rentabilidad de los créditos fiscales y los ingresos que generan los proyectos<sup>49</sup>.

La rápida implementación de los sistemas federales, junto con programas que favorecen la generación distribuida y los RPS han causado afortunadamente un notable aumento de la producción de energía renovable, sin embargo, a su vez ha generado algunos problemas de integración, transmisión, planificación y de seguridad de la red. El actual nivel de generación exige líneas de transmisión adicionales<sup>50</sup>, así como la implementación de tecnologías de red inteligente, que sin duda favorecerían un mayor uso de estas.

En este sentido, la capacidad de almacenar la electricidad generada por los recursos solares puede reducir la necesidad de construir líneas de transmisión adicionales y aumentar la fiabilidad de la red, ampliando además las capacidades operativas de la red eléctrica<sup>51</sup>. En los últimos años, los Estados han previsto iniciativas para mejorar la interconexión e incluso para modernizar sus redes, haciéndolas más flexibles ya que el establecimiento de sistemas de almacenamiento puede ser más económico que la modernización de las redes.

---

nómico "The Obama-Biden Plan", con un objetivo de 25% de electricidad renovable para 2025, posteriormente ni siquiera mencionó esta propuesta en su Plan *Climate Action* de 2013.

<sup>48</sup> MA y XU 2022, 13; y SMITH 2022, 722.

<sup>49</sup> BUETTGENS y GREEN 2022, 94.

<sup>50</sup> OLIVA 2022, 524.

<sup>51</sup> HUNT 2022, 124102.

### III. Los sistemas de apoyo por parte de los Estados

#### 1. Un vistazo a los instrumentos más extendidos

Al igual que ha pasado en Europa, gran parte del éxito en el crecimiento explosivo de la industria solar ha sido debido a las iniciativas financieras de los distintos reguladores; estas medidas han logrado incrementar la potencia instalada muy por encima de los avances tecnológicos<sup>52</sup>. Además de los mecanismos de apoyo federales disponibles y descritos anteriormente, los Estados también han emprendido iniciativas de fomento a las energías renovables. En estos casos, el Estado actúa únicamente como regulador, proporcionando también así un flujo financiero que actúa como un poderoso estimulante para las energías renovables en general y para la fotovoltaica en particular que, a su vez, condiciona el mercado que las regula.

Si bien es cierto que los incentivos que promueven los Estados para la energía solar son, evidentemente, mucho más diversos que los federales, los mecanismos más generalizados son los *Renewable portfolio standards* (presentes el 65% de los estados); *Net-metering* (disponible en el 85% de los Estados<sup>53</sup>); y *Feed-in Tariff* (presente únicamente en el 10% de los Estados<sup>54</sup>).

#### a) Los “renewable electricity standards”

Los *Renewable portfolio standards* (RPS) o *Renewable electricity standards* (RES) han propiciado un aumento en la cantidad de electricidad generada a partir de recursos renovables elegibles. Este mecanismo de estímulo consiste en un mandato establecido por el Estado que requiere que un porcentaje determinado de las ventas de electricidad provenga de energías renovables. La implementación de este programa de fomento, promulgado en la mayoría de los Estados a partir de los años 90, puede variar en lo que a su estructura se refiere, así como en los objetivos planteados<sup>55</sup>, pues mientras que algunos Estados tienen mandatos específicos para la generación de electricidad a

<sup>52</sup> RUIZ OLMO 2021, 114.

<sup>53</sup> Para ver qué Estados disponen de cada una de las distintas iniciativas, véase: <https://www.bing.com/search?q=%3A+DSIREUSA+ORG.&cvd=959b6c1ad5c44fc2bbb-0780bf09633b5&aqs=edge..69i57j0.1111j0j4&FORM=ANAB01&PC=U531>.

<sup>54</sup> Disponibles actualmente en: Hawái, Indiana, Michigan, Vermont, Washington y California.

<sup>55</sup> Un ejemplo de estándar de cartera renovable, lo encontramos en el Estado de Vermont que, hasta junio de 2015, no apostó por un RPS obligatorio, debido a que el Estado tenía previamente un objetivo de energías renovables dentro del programa “*Sustainably Priced Energy Enterprise Development*”. Sin embargo, a través de *Act relating to establishing a renewable energy standard*, Vermont establece como objetivos obligatorios que un 55% de energía vendida provenga de fuentes renovables, aumentando este porcentaje un 4% cada tres años hasta alcanzar el 75% que se prevé que se alcanzara en el 2032. De acuerdo con este incremento del 4% cada tres años hasta alcanzar un porcentaje del 75% en 2032, Vermont ha establecido que, en 2025, debe obtener el 67% de la electricidad, el 30% del consumo de energía de los edificios y el 10% de la energía de transporte a través de fuentes renovables.

partir de energía renovable, otros tienen objetivos voluntarios<sup>56</sup>. Estos estándares de energía renovable son compatibles con objetivos de energía limpia *Clean Energy Standards (CES)* establecidos también por algunos Estados, que incluso permiten que tecnologías como la energía nuclear o el gas natural con captura y almacenamiento de carbono cuenten para los objetivos de política de energía limpia<sup>57</sup>. Con fecha noviembre de 2022, 29 Estados y el Distrito de Columbia habían establecido un *RPS*, mientras que únicamente seis Estados tenían *CES*.

Ahora bien, uno de los inconvenientes de los programas de *RPS* demasiado ambiciosos es que, a menos que los Estados continúen promoviendo políticas igual de ambiciosas, la generación de energía renovable puede estabilizarse cuando se alcancen los estándares previstos<sup>58</sup>. En la misma línea, debe señalarse que, en la fijación de los estándares previstos, no se tiene en cuenta el crecimiento del consumo total de energía, lo que hace que, junto con la penetración de las energías renovables en la electricidad consumida, se produzca un crecimiento del consumo de combustibles fósiles<sup>59</sup>.

El cumplimiento de las políticas de *RPS* a veces puede requerir o permitir la comercialización de certificados de energía renovable, también conocidos como certificados verdes o certificados negociables, puesto que este sistema de fomento genera un sistema de comercio de electricidad renovable de crédito (*REC*), el cual se estructura para que aquel productor que genera más electricidad renovable de lo necesario para cumplir con sus propias obligaciones *RPS* pueda vender el *REC* a otros proveedores de electricidad que no utilicen la suficiente electricidad renovable. Consecuentemente, estos productos financieros permiten al comprador pagar por la generación renovable sin necesidad de entrega física o contractual de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovable. En este sentido, debe destacarse que algunos Estados han limitado el número de *REC* disponibles para ser comercializados.

#### b) *Net-metering*

La medición neta (*Net-metering*) es un sistema que permite compensar la electricidad que el autoconsumidor consuma de la red eléctrica con la excedentaria que vierta a la red. Esta política llevada a cabo por los Estados se ha convertido en una de las más influyentes ya que en la actualidad está disponible en 42 Estados, Washington, DC, y cuatro territorios, y permite a su vez que consumidores, productores y la sociedad en su conjunto puedan

<sup>56</sup> Dentro de los objetivos más ambiciosos de esta política, implementada en 29 Estados –si bien es cierto que ocho de ellos tienen simplemente objetivos no obligatorios, se encuentran la de California y Nueva York, que requieren un 50 por ciento de energía renovable para el año 2030 y Oregón, con un 50 por ciento para el año 2040; las políticas menos ambiciosas, son la de Estados como Ohio y Carolina del Norte que requieren solo el 12,5 por ciento de energía renovable para el año 2026 y 2021.

<sup>57</sup> THOMBS y JORGENSON 2020, 379.

<sup>58</sup> JANG y YI 2022, 9.

<sup>59</sup> ZHOU y SALOMÓN 2020, 129.

beneficiarse de las ventajas que puede acarrear esta actividad, en términos de menores necesidades de red, mayor independencia energética y menores emisiones de gases de efecto invernadero, si bien es cierto que se han adoptado diferentes enfoques en cuanto a la terminología, límites de capacidad, tecnologías elegibles o sistemas de compensación del exceso de electricidad producida<sup>60</sup>.

El estado pionero en reconocer a los clientes/productores el derecho a verter el exceso de energía producida fue California. Por razones de seguridad de suministro, existe un límite de potencia del 5% de la demanda pico agregada, definida como la suma de los picos de demanda no coincidentes de todos los clientes. De esta forma, las grandes empresas eléctricas de California (con más de 100.000 conexiones de servicios) deben ofrecer el balance neto hasta que lleguen al límite del programa de balance neto específico para cada una de las tres grandes empresas eléctricas que operan en el Estado.

Además de los límites de capacidad, el 1 de julio de 2017 entró por primera vez una tarifa de balance neto (NEM), la cual ha sufrido diversas modificaciones (NEM 1.0 y 2.0), la última entró en vigor el 15 de abril de 2023 (NEM 3.0), como consecuencia de la decisión de la Comisión de Servicios Públicos de California de diciembre de 2022<sup>61</sup> por la que se reducen las tarifas de entre 0,23 y 0,35 dólares por kWh, a una media de 0,05 a 0,08 dólares por kWh, una disminución muy representativa que ha sido muy criticada por la industria solar y por los consumidores. No obstante, y para garantizar la seguridad jurídica de los autoprodutores las anteriores tarifas tienen una vigencia de 20 años. Además, establece normas específicas para sistemas fotovoltaicos de balance neto combinados con dispositivos de almacenamiento de 10 kW o más pequeños, en respuesta a la introducción de sistemas de almacenamiento para el balance neto, que podría generar que los autoprodutores decidan almacenar la electricidad cuando los costes de la electricidad son bajos y la exportación de la misma a la red, cuando los precios son más altos.

Junto con California, Vermont también fue uno pioneros en el establecimiento de una política fuerte para favorecer el balance neto. Si bien es cierto que la legislación original data de 1998, esta se ha ampliado varias veces, la última mediante la aprobación de la "Act relating to self-generation and net metering (H.702)" de 2014, la cual exigía una revisión de los parámetros establecidos durante 2016 aplicables a partir de enero de 2017. El balance neto se encuentra disponible para aquellas instalaciones de hasta 500 kW, siempre y cuando se haya obtenido el pertinente certificado llamado "Certificate of Public Good", por parte de la Junta de Servicios Públicos de Vermont, siendo este procedimiento administrativo abreviado en el caso de instalaciones de 15 kilovatios o menos. En el caso de instalaciones con una potencia superior, se les puede requerir para que cumplan con unas tasas razonables de

<sup>60</sup> SHARMA *et al.* 2020, 223.

<sup>61</sup> R.20-08-020 ALJ/KHY/nd3.

interconexión. En cualquier caso, no cabe duda de que se trata de un sistema que fomenta la generación distribuida.

El virtud de la Ley de balance neto de Vermont, el propietario de un sistema solar que produce más electricidad de la que consume puede optar por solicitar el programa de tarifas de alimentación (Feed-in Tariff) de la Oferta Estándar de Vermont; mediante este sistema, los productores acuerdan un contrato de compra de 25 años para que el excedente de energía que vierten a la red le sea retribuida; de esta forma, el propietario obtiene un crédito residencial (REC) que puede mantener o vender. El Estado de Vermont, permite que estos certificados puedan ser vendidos a otro estado, y esto ha sido agriamente criticado por un sector de la doctrina americana<sup>62</sup>. Sin embargo, A partir del 1 de enero de 2017, la empresa de servicios públicos es propietaria de los créditos de energía renovable (REC) generados por el sistema de medición neta de un autoprodutor, a menos que decida no transferir la propiedad de estos REC en el momento de la solicitud. Los autoprodutores que transfieran REC a la empresa de servicios públicos recibirán un crédito de factura mensual adicional durante 10 años equivalente a \$0.00/kWh multiplicado por todos los kWh producidos por el sistema durante el período de facturación comprendido entre el 1 de septiembre de 2022 y el 30 de junio de 2024. En el caso prosumidores que elijan conservar el REC, tendrán que pagar cada mes \$0.04/kWh multiplicado por todos los kWh producidos durante el mismo período.

Por el contrario, Texas es un ejemplo de un Estado que ha pasado de no preocuparse por las energías renovables porque nadaba en la abundancia de recursos fósiles; a darse cuenta del peligro que eso supone para el futuro y ha intentado invertir esta situación. Si bien es cierto que ofrece diversos programas de incentivos a la tecnología fotovoltaica, la mayoría locales, resulta sorprendente que sea uno de los estados que no disponga de un programa estatal de balance neto; sin embargo, esta deficiencia ha sido cubierta por algunas compañías eléctricas que lo facilitan. Un ejemplo de ello lo encontramos en el programa que ofrece Green Mountain Energy, una empresa especializada en la comercialización de energía procedente de fuentes renovables que adquiere el exceso de energía fotovoltaica y eólica producida por los propietarios de Texas. El precio que paga la empresa a los productores que tienen exceso, va disminuyendo, estando previsto que la retribución se reduzca a la mitad cuando se hayan alcanzado 500 kWh.

En muchos casos, los programas de net metering reconocen a los consumidores domésticos la posibilidad de participar en una comunidad de energías renovables a la vez que mantienen sus derechos u obligaciones

---

<sup>62</sup> Además del balance neto aplicable al sector agrícola, debe destacarse también el programa Vermont Agricultural Credit Corporation (VACC), el cual proporciona préstamos a empresas agrícolas o de productos forestales para proyectos de energía renovable y eficiencia energética. Para una reseña del Programa, *vid.*: [www.veda.org/financing-options/vermont-agricultural-financing/agricultural-energy-loan-program/](http://www.veda.org/financing-options/vermont-agricultural-financing/agricultural-energy-loan-program/). [Fecha de consulta: 30 de abril de 2023].

como consumidores finales. Conocido como “*community net metering, community-based renewable energy, community solar o neighborhood net metering*”, permite que varios usuarios compartan un único sistema de net metering al margen de dónde se encuentren ubicados. Por tanto, el titular de la red interior donde se encuentra la instalación de generación no necesariamente tiene que ser el de la red interior donde se localicen los aparatos de consumo (lo que permitiría, en el ámbito doméstico, que el propietario de una vivienda produzca electricidad y ésta llegue a los aparatos de consumo de sus vecinos)<sup>63</sup>. A partir de 2020 ha habido un mayor crecimiento de este sistema, estando en la actualidad presente en 39 Estados<sup>64</sup>.

Una alternativa a estos sistemas de balance neto compartido es el *Virtual Net Metering*, que permite que un grupo de consumidores compre y comparta un sistema de generación, sin necesidad de que éste esté conectado a sus aparatos de consumo o contadores, y logren sendos beneficios derivados de la producción eléctrica. Igualmente es una opción permitida en por la mayoría de los sistemas de *community net metering*.

Esta preocupación también ha saltado a la Unión Europea que ha acuñado las conocidas como “*comunidades de energías renovables*” que constituyen un nuevo paradigma consagrado tanto en la Directiva 2018/2001 de 11 de diciembre de 2018 “relativa al fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables”, como en la Directiva 2019/944 de 5 de junio de 2019 “sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad”. Antes de la aprobación de este bloque normativo contenido en conocido como “Paquete de invierno”, habían tenido un escaso reconocimiento jurídico con escasas e insuficientes referencias en los textos comunitarios que, en todo caso, hacían alusión a la generación de energía renovables de iniciativa local. Sin embargo, en la actualidad han alcanzado un gran reconocimiento como motor de desarrollo local y regional en la producción de energía y su relevante papel en la senda hacia la transición energética; lo que, además, ha propiciado una mayor aceptación social para los proyectos de energías renovables.

Los modelos existentes en Europa son muy distintos tanto desde el punto de vista de la propiedad como desde el punto de vista de las fórmulas organizativas, siendo originariamente limitadas a PYMES y a organizaciones sin ánimo de lucro. En cualquier caso, los Estados miembros siguen teniendo libertad para tener su propia definición y régimen de comunidades de energías renovables. En el caso de España, por ejemplo, el Real Decreto Ley 23/2020 de 23 de junio, “por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica” introducía la figura de las comunidades de energías renovables en la normativa española, con el fin de incrementar la participación de los ciudadanos y de las autoridades locales en los proyectos de energías renovables. Sin embargo, lo cierto es

<sup>63</sup> LEIVA LÓPEZ, 2017, 358.

<sup>64</sup> <https://www.nrel.gov/state-local-tribal/community-solar.html>

que existen todavía dificultades para asimilar el concepto europeo, si bien es cierto que las disposiciones europeas han adoptado un enfoque flexible respecto a las formas jurídicas que pueden adoptar las comunidades de energía.

c) *Feed-in Tariff*

En tercer lugar, deben destacarse las *Feed-in Tariff (FIT)* o tarifas de alimentación, aplicadas en la mayoría de los países de la Unión Europea; muy exitosas en Alemania y muy controvertidas en España<sup>65</sup>, debido entre otras cosas a un deficiente ajuste de las primas que ha generado importantes problemas económicos. Se trata de un mecanismo que, al igual que la medición neta, sirve para apoyar también la generación distribuida. Básicamente, se trata de acuerdos de compra de la electricidad producida por generadores de electricidad renovable a largo plazo (normalmente entre 10 y 20 años) y a un precio fijo determinado por KW/h que ofrece una prima por encima del precio de mercado de la electricidad. Este se calcula para garantizar la plena recuperación de la inversión y generar una tasa de rendimiento, lo que sin duda debe proporcionar certidumbre respecto a la recuperación de las inversiones. A medida que va aumentando la presencia de electricidad fotovoltaica, se produce una disminución de la curva de aprendizaje, que hace que disminuya el precio de los paneles solares.

Precisamente uno de los obstáculos de este sistema es ajustar las primas a lo que realmente es necesario para compensar su coste y no caer en el riesgo de poner una sobreprima que haga que las energías renovables sean vistas como una inversión y no como una actividad industrial. En este sentido es importante destacar que este sistema permite al gobierno establecer diferentes cuotas de retribución a los diferentes productores atendiendo a la tecnología en la que estén invirtiendo, erradicando los beneficios extraordinarios que pueden aparecer cuando los precios son fijados mediante la unidad de producción marginal más cara, y ello lo destaca como una clara ventaja a favor de este sistema. Sin embargo, esto también puede constituir un inconveniente pues ello implica que se establezca una retribución para cada una de las tecnologías independientemente de las horas de funcionamiento de cada instalación individual, lo que conlleva que las instalaciones que cuenten con un mayor número de horas de utilización reciban mayores ingresos por Mw., sin que ello les suponga un mayor coste que pueda justificar el importe del beneficio que obtienen. Pese a ello, debemos ser conscientes de las ventajas de este sistema, por lo que lo deseable es que se otorguen primas uniformes a los productores con una determinada tecnología, como estímulo para que busquen los mejores emplazamientos, evitando las instalaciones de generación de menor número de horas, que no son eficientes energéticamente. Y ello haciendo una revisión periódica de las primas para aquellas instalaciones de nueva construcción, para que de esta forma se ajusten realmente a las horas reales de funcionamiento.

---

<sup>65</sup> RUIZ OLMO 2021, 241.

En un sistema como éste, es importante que cuando se haga una revisión de la retribución que obtienen los productores esta no afecte a las instalaciones existentes, sino que sean establecidas de forma inamovible por periodos largos de tiempo, pues ello implicaría un riesgo para los productores en las inversiones que han realizado, lo que puede conllevar que no las rentabilicen y que sea una forma de desincentivar a los nuevos inversores, que no ven seguridad en las futuras inversiones. No obstante, es lógico que con el continuo desarrollo tecnológico de las energías, las primas se traduzcan en menor retribución. Por el contrario, un sistema en el que las primas se establezcan al alza podría implicar que dado que las centrales existentes no podrían optar por esa nueva retribución, los agentes retrasan las inversiones con la esperanza de un aumento de la retribución<sup>66</sup>.

Este sistema, pese a que sirve como instrumento para rentabilizar el coste de las inversiones que se realizan en renovables e incentivar las nuevas instalaciones, no es un instrumento idóneo para incentivar la competencia entre los productores de estas fuentes de energía, lo que puede conllevar que no se produzcan avances tecnológicos y se reduzcan los costes. Costes que suponen una gran carga financiera.

Si bien es cierto que son muy utilizadas en la Unión Europea, no están tan generalizadas en Estados Unidos pues solo han sido instauradas en 6 Estados<sup>67</sup>; quizá sea debido a la puesta en marcha de los programas *RPS* en los que, como se ha mencionado anteriormente, las empresas generadoras requieren que cierto porcentaje de electricidad provenga de fuentes renovables, por lo que difieren de los sistemas *FIT*. Mientras que estos últimos se centran en el precio de la generación de electricidad renovable, ofreciendo una prima, los sistemas *RPS* giran en torno a una cantidad o porcentaje de generación de electricidad de este tipo.

#### IV. Los límites a los sistemas de promoción derivados de la Cláusula de Comercio

A raíz de la ejecución de estos sistemas de apoyo practicados por los Estados, se ha generado un arduo debate sobre si los mismos tienen realmente

<sup>66</sup> SÁENZ DE MIERA, 2007, 83.

<sup>67</sup> En mayo de 2009 Vermont se convirtió en el primer Estado en los Estados Unidos en establecer una "tarifa de alimentación" (*FIT*) a través de *Vermont Energy Act* de 2009 contemplaba legislativamente el programa "*Sustainably Priced Energy Enterprise Development (SPEED)*", el cual había sido establecido en 2015 por la Asamblea General de Vermont para "fomentar el desarrollo de los recursos energéticos renovables en Vermont, así como la compra de energía renovable por las empresas de distribución eléctrica del Estado". Con él se obligaba a todos los proveedores de electricidad al por menor de Vermont a comprar electricidad generada por las instalaciones de energía renovables elegibles descritas en el Programa. A través de contratos a largo plazo, con tasas fijas de oferta estándar, se proporciona un rendimiento razonable de la inversión para los desarrolladores de instalación de energías renovables, con lo que estimular su despliegue.

la autoridad constitucional de promulgarlos<sup>68</sup>. Y no solo eso, sino que la mayoría de los Estados, a la hora de promulgar sus sistemas *RPS*, han otorgado preferencia a la electricidad producida dentro del Estado, discriminando de esta forma el comercio interestatal de aquella electricidad generada fuera<sup>69</sup>. La mayoría de los programas de *RPS* aprobados por los Estados requieren que la totalidad o parte de la energía renovable o certificados generados para satisfacer el objetivo *RPS* se genere a partir de instalaciones ubicadas dentro del propio Estado, lo que, a su vez, también podría ser inconstitucional.

#### 1. El significado constitucional de la "Dormant Commerce Clause"

Para hacer una correcta aproximación en torno a la Cláusula de Comercio y la capacidad de los Estados a la hora de regular la producción de energía renovable, debemos señalar que la Constitución de Estados Unidos establece que "el Congreso tendrá el poder de regular el comercio entre los diversos Estados"<sup>70</sup>; esta previsión constitucional supone una fuerte restricción a la potestad que tiene los Estados a la hora de regular esta materia y también refuerza el papel del Congreso a la hora de garantizar el comercio interestatal.

Para determinar si la ejecución de sistemas de fomento llevados a cabo por los Estados es inconstitucional de acuerdo con Cláusula de Comercio, el Tribunal Supremo ha afirmado en repetidas ocasiones que debe realizarse un examen bajo dos líneas argumentativas diferentes<sup>71</sup>. Por un lado, debe constatarse si la previsión reglamentaria llevada a cabo por parte de los Estados favorece los intereses económicos del Estado sobre intereses ajenos al mismo<sup>72</sup>. Y, por otro lado, bajo la segunda línea argumentativa utilizada, el Tribunal Supremo puede someter la regulación objeto de controversia al conocido como "*Pike Test*"; de acuerdo con esta ponderación la protección de un interés público del Estado será legítimo si tiene efectos "incidentales" sobre el comercio interestatal siempre y cuando las cargas derivadas no sean

<sup>68</sup> TEROL GÓMEZ 2021, 1015.

<sup>69</sup> FELDMAN y LEVINSON 2023, 78. Una de las implicaciones negativas de los programas *RPS* y *Feed-in Tariff* es que trasladan los costes derivados de la ejecución de estos sistemas como, por ejemplo, el incremento de los costes de generación a través de energías renovables a los consumidores a través de sus facturas eléctricas, siendo aparentemente inocuos económicamente para los reguladores de los Estados y atractivos para los inversores. Partiendo de esta premisa, la estrategia restrictiva aprobada por algunos Estados a la hora de proceder a los supuestos de elegibilidad de la energía renovable trae su fundamento en retener los beneficios económicos de esos programas dentro de las fronteras de los Estados (reducción de los costes de generación o ingresos comerciales y empleos que genera la construcción y operación de nuevas instalaciones de energías renovables, entre otros).

<sup>70</sup> U.S. Const. art. I, § 8, cl. 3.

<sup>71</sup> *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617, 624 (1978).

<sup>72</sup> Esta línea argumental, en la que el Tribunal sostiene que el comercio interestatal se ve afectado en aquellos casos en los que existen normas proteccionistas de contenido económico injustificadas y utilizadas por los Estados, ha sido seguida tempranamente en: *Shafer v. Farmers Grain Co.*, 268 U.S. 189 (1925); *Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617, 623-24 (1978); *Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624 (1982); y *Brown-Forman Distillers Corp. v. N.Y. State Liquor Auth.*, 476 U.S. 573, 579 (1986) entre otras.

excesivas<sup>73</sup>. Consecuentemente, puede decirse que ambas líneas realizan una ponderación de los efectos que la regulación tiene sobre el propio Estado<sup>74</sup>. Sin embargo, no existe una concreción clara sobre los casos en los que se hace uso de cada una de las líneas utilizadas, lo que ha sido criticado, en la medida en la que la aplicación estricta de los criterios utilizados por el Tribunal Supremo vulnera uno de los objetivos principales de la propia cláusula, al promover la eficiencia económica, pues desde un punto de vista estricto, la generación de electricidad dentro de un Estado resultaría más económica<sup>75</sup>.

## 2. La intervención de la Comisión Federal Reguladora de Energía

La *Federal Energy Regulatory Commission (FERC)* establece el precio de venta al por mayor de electricidad, incluidos los porcentajes. Se encarga de regular todas las transmisiones interestatales de electricidad, además de gas natural y petróleo, teniendo jurisdicción sobre todas las empresas de generación de electricidad. Consecuentemente, dado que la mayoría de las instalaciones fotovoltaicas están conectadas a redes públicas, están sometidas a la jurisdicción de la *FERC*; únicamente no se controlan por la *FERC* aquellas instalaciones que generan energía exclusivamente para sus propietarios, lo que a juicio de algunos autores implica que las empresas que no quieran someterse a un control exhaustivo por parte de la *FERC* pueden optar por pequeñas instalaciones de energía renovable, las cuales de esta forma ven reducidas sus cargas administrativas<sup>76</sup>.

Por su parte, los Estados tienen sus propias áreas de jurisdicción sobre la industria eléctrica, como los porcentajes de venta al por menor. Sin embargo, si la decisión del Estado hace que aumente el precio al por mayor fijado por la *FERC* es inconstitucional, porque la cláusula de comercio de acuerdo con los requisitos establecidos en *PURPA*<sup>77</sup> pretende que todos los Estados tengan el mismo precio.

Bajo la Ley del Estado de California *Waste Heat and Carbon Emission Reduction Act*<sup>78</sup>, cuyo objetivo principal era la reducción de emisiones de gases efecto invernadero, la *California Public Utilities Commission (CPUC)* adoptó políticas y procedimientos específicos para las unidades de cogeneración. Uno de ellos consistía en un requisito de oferta estándar de compra, tipo *Feed-in Tariff* para el exceso de energía proporcionada por este tipo de instalaciones de 20 MW o menos. A pesar de que esta oferta de compra fue enfocada por el regulador como una oferta de compra desarrollada para la compra minorista, en la medida en la que se está proporcionando una oferta

<sup>73</sup> Esta prueba de ponderación deriva de la argumentación utilizada en el caso *Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 U.S. 137 (1970).

<sup>74</sup> TODD 2019, 189.

<sup>75</sup> TEROL GÓMEZ 2021, 1015.

<sup>76</sup> YAFFE 2022, 245.

<sup>77</sup> 16 U.S. Code § 824 (d) y (e).

<sup>78</sup> AB 1613.

estandarizada de referencia para el exceso de potencia de las unidades de cogeneración elegibles y, como tal, encaja dentro del papel tradicional del Estado, la revisión del mecanismo que realizó la *FERC* determinó que se estaban extralimitando de sus propias competencias; concretamente, se trataba de la imposición de un régimen tarifario incompatible con los requisitos de *PURPA* y los reglamentos de esta Comisión<sup>79</sup>.

Como hemos señalado anteriormente, también ha sido generalizado el establecimiento de sistemas de *RPS* que discriminan o incluso prohíben la emisión de *CER* a la energía proveniente de otros Estados, como es el caso de Colorado o California<sup>80</sup>; también ha sido usual en la práctica el establecimiento de multiplicadores de *REC* para la generación producida en el propio Estado<sup>81</sup>. Al respecto, mientras que el juez Richard Posner afirmó que “limitar fuera del Estado los *CER* renovables produce una violación de la Cláusula de Comercio”<sup>82</sup>, el juez Antonin Scalia sostenía que “cualquier interferencia o formulación de políticas de subsidios para la industria del Estado por parte del Tribunal Supremo es inválida”<sup>83</sup>.

## Reflexiones finales

La investigación científica e innovación tecnológica, la necesidad de mejorar la sostenibilidad ambiental y el incremento de las economías de escala, merced a las medidas públicas de fomento de la inversión en nuevas instalaciones de generación han permitido una rápida evolución a todos los niveles de la energía fotovoltaica, incluido su precio, lo que ha provocado su presencia creciente en el sistema eléctrico estadounidense.

El recorrido sobre la actividad legislativa a nivel federal nos permite señalar que, en cada una de las legislaturas, los diferentes presidentes han intentado, aunque con algunas incongruencias, proporcionar seguridad energética, con una intensa y generosa regulación de fuentes fósiles autóctonas, la cual se ha simultaneado con el estímulo de nuevas formas energéticas sostenibles. En este sentido, podría cuestionarse hasta qué punto Estados Unidos está verdaderamente comprometido con el uso ecológicamente racional de la energía.

Ahora bien, la aprobación de *Inflation Reduction Act*, en la que se vincula el clima con la recuperación económica, ha supuesto un claro impulso a una ambiciosa agenda climática. Los objetivos de emisiones de gases de efecto invernadero comprometidos por Biden para 2030, en la senda de conseguir en el año 2050 la plena neutralidad climática, contienen cifras

<sup>79</sup> California. Pub. Util. Comm'n, 132 FERC P 61047 (2010). California también alegó que las razones ambientales genéricas que han justificado la interposición de estas tarifas y sus efectos beneficiosos para el medioambiente debían justificar la regulación realizada.

<sup>80</sup> COLO. RDO. STAT. § 40-2-124 (1) (e) (II) - (III) (2013).

<sup>81</sup> Maine, Michigan o Washington, entre otros.

<sup>82</sup> 721 f.3d 764 (7th Cir. 2013).

<sup>83</sup> West Lynn Creamery, Inc. v. Healy, 512 EE.UU. 186, 208, 1994.

realmente optimistas, que entrañan, en todo caso, importantes mejoras de la eficiencia y la dependencia energéticas, actuando especialmente sobre las energías renovables.

De esta forma, tanto operadores de sistema y operadores de las redes de distribución, como propietarios de estas instalaciones y fabricantes de los equipos deben cumplir con los requisitos técnicos que les sean exigibles y con las necesidades básicas de transparencia e interlocución. También la Administración juega un papel nuclear, debiendo fijar objetivos concretos, que puedan ser ambiciosos pero que sean factibles.

Algunas medidas contenidas en la norma, como los créditos fiscales específicos para la producción de equipos y los requisitos de suministro de equipos, se han implementado con el fin de fomentar el crecimiento del sector de las energías renovables y las industrias verdes en Estados Unidos, lo que a su vez va a propiciar que se sigan implementando nuevas políticas en relación al cambio climático en un futuro.

Esta iniciativa legislativa también contempla la implementación de programas y políticas federales que promueven el acceso a las energías renovables como medida para reducir la desigualdad social y mejorar la justicia energética. Y es que el uso de energías renovables puede ser una solución efectiva para reducir la pobreza energética, que se refiere a la falta de acceso a servicios energéticos asequibles y seguros. Al proporcionar fuentes de energía sostenibles y asequibles, las energías renovables pueden ayudar a las comunidades más pobres y marginadas a obtener acceso a la electricidad y a los servicios energéticos básicos, mejorando su calidad de vida y reduciendo su dependencia de los combustibles.

Relevantes son también los diferentes instrumentos estatales para apoyar el despliegue de electricidad renovable a través de diferentes etapas de madurez tecnológica. Las opciones incluyen primas o tarifas de alimentación establecidas administrativamente, estándares de cartera renovable, cuotas y esquemas de certificados verdes negociables. En cualquier caso, no cabe duda de la funcionalidad de la implementación de objetivos de energías renovables, siendo un factor determinante en su crecimiento en diversos Estados brindando seguridad y confianza a los inversores. Las políticas de algunos Estados están asegurando ya la independencia energética de los ciudadanos, sin embargo, cada uno de los diferentes Estados tiene un grado de compromiso diverso. En este sentido, insistimos en apostar por objetivos más ambiciosos, como puede ser el de ampliar la capacidad de almacenamiento para acelerar la integración de la energía renovable en la red.

Además, para poder abordar correctamente esta estrategia de transformación energética, resulta indispensable electrificar gran parte de la economía; concretamente más del 60 por 100 de la demanda energética antes de 2050, incrementando de forma sustancial la penetración de electricidad renovable y creando la infraestructura necesaria para optimizar estos nuevos recursos. En esa línea, se contemplan medidas financieras para modernizar la

red eléctrica, construir una red nacional de cargadores de vehículos eléctricos, o fortalecer la cadena de suministro de baterías para impulsar el almacenamiento de energía. Resulta, pues, fundamental que las políticas federales y estatales continúen proporcionando incentivos significativos para invertir en renovables para la generación de electricidad y en biocombustibles para el transporte. Objetivos ambiciosos que, en todo caso, requieren invertir las tendencias o prácticas que perjudican la gestión ambiental, en sintonía con los fines y principios propugnados en la agenda climática actual de Estados Unidos. Empezando por eliminar los mecanismos que de una forma u otra subvencionan la producción de combustibles fósiles.

No cabe duda de que el camino hacia un verdadero futuro de energía limpia necesita de un firme compromiso en todos los niveles legislativos, lo que sin duda propiciaría que un porcentaje cada vez más alto de la demanda energética sea cubierto a través de la tecnología solar, pues los retos que plantea el cambio climático tienen una importancia fundamental para la seguridad y los intereses internos de Estados Unidos. Pero en todo caso, es importante encontrar un equilibrio entre el desarrollo de nuevos proyectos y la preservación de los recursos naturales ya que, en ocasiones, tanto las infraestructuras de los proyectos a gran escala, especialmente aquellos relacionados con la energía solar y eólica, como las líneas de distribución y subestaciones asociadas a ellas pueden poner en peligro los valores naturales, la fauna, el paisaje y la agricultura.

Las enseñanzas que se desprenden del modelo norteamericano de apoyo a las renovables pueden ser mucha utilidad para un país como Chile que tiene inmensos recursos naturales, un mercado eléctrico maduro y muchos desafíos sociales y económicos vinculados con el acceso al suministro de la electricidad que afrontar.

### Bibliografía citada

- BUETTGENS, Matthew; BANTHIN, Jessica; y GREEN, Andrew (2022). *What If the American Rescue Plan Act Premium Tax Credits Expire?* Editorial Washington, DC. Urban Institute.
- DEBACKER, Jason; EVANS, Richard W.; PAGE, Benjamin (2021). *A Detailed Macroeconomic Analysis of President Biden's 2020 Campaign Tax Proposals*. Urban-Brookings Tax Policy Center.
- FELDMAN, Rachel y LEVINSON, Arik (2023). Renewable Portfolio Standards. *The Energy Journal* (44) 30.
- GALÁN VIOQUE, Roberto (2021). La contratación pública local: ordenación del territorio, urbanismo y movilidad. Anuario del Gobierno Local.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2022). *Comunidades de energía y transición energética*. Editorial Aranzadi.
- HUNT, Julian David (2022). Lift Energy Storage Technology: A solution for decentralized urban energy storage. *Energy Review* (254), 124-156.
- IMHOF, Hans (2021). *The Modernization of the Public Utility Regulatory Policies Act of 1978 and its Effects on Solar Power Generation: An Analysis of the Implementation of PURPA in South Carolina*. Princeton University Senior Theses.
- JANG, Sojin y YI, Hongtao (2022). Organized elite power and clean energy: A study of negative policy experimentations with renewable portfolio standards. *Review of Policy Research* (39), 8-31.

- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, (2017). Balance neto energético. Estado de la cuestión en EE.UU. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49-50.
- LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente y ZAMORA SANTA BRÍGIDA, Ignacio (2022). Derecho de la transición energética y Ley de Cambio Climático. En ALENZA GARCÍA, José Francisco y MELLADO RUIZ, Lorenzo [Dirs.], *Estudios sobre cambio climático y transición energética: Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del Prof. Íñigo del Guayo Castiella* (20-43). Editorial Marcial Pons.
- MA, Junhai y Xu, Tiantong (2022). Optimal strategy of investing in solar energy for meeting the renewable portfolio standard requirement in America. *Journal of the Operational Research Society*, (vol. 74), 14.
- MULLEN, Jeffrey D.; DONG, Luran (2022). Effects of state and federal policy on renewable electricity generation capacity in the United States. *Energy Economics* (105), 14.
- OLIVA, Sebastian (2022). Impact of increasing transmission capacity for a massive integration of renewable energy on the energy and environmental value of distributed generation. *Renewable Energy* (183), 524-534.
- PAREJO ALONSO, Luciano (2022). Cambio climático y Derecho. En ALENZA GARCÍA, José Francisco y MELLADO RUIZ, Lorenzo [Dirs.], *Estudios sobre cambio climático y transición energética: Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del Prof. Íñigo del Guayo Castiella* (pp. 20-43). Editorial Marcial Pons.
- PETRZELKA, Joseph. (2022). *Do Renewable Portfolio Standards Result in Lower Carbon Emissions? An Econometric Assessment of State-Level Climate Policy* [Tesis Doctoral, Georgetown University].
- RICHARDSON, Julia y NORDHAUS, Robert (1995). The National Energy Act of 1978. *Natural Resources and Environment* (10), 62-88.
- RUIZ OLMO, Irene (2021). *La regulación de las energías renovables: la electricidad fotovoltaica*. Editorial Tecnos.
- SHARMA, Tusshar; KANWAR, Neeraj y SHARMA, Mohit Kumar (2020). *Net metering from smart grid perspective*. Publishing LLC.
- SISSINE, Fred (2007). *Renewable energy: background and issues for the 110th congress*. Congressional Research Service. Library of Congress.
- SMITH, Don C. (2022). Cambio climático, energía y la nueva presidencia en Estados Unidos. En ALENZA GARCÍA, José Francisco y MELLADO RUIZ, Lorenzo [Dirs.], *Estudios sobre cambio climático y transición energética: Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del Prof. Íñigo del Guayo Castiella* (717-742). Editorial Marcial Pons.
- SMITH, Josh T. y CORNWALL, Vidalia (2023). *What Is the Relationship between Renewable Portfolio Standards and Electricity Prices?* The Center for Growth and Opportunity.
- TEROL GÓMEZ, Ramón (2021). Un apunte sobre el régimen de las energías renovables en Estados Unidos: Del retroceso a la esperanza. En VALENCIA MARTIN, Germán y ROSA MORENO, Juan [Dirs], *Derecho y energías renovables* (pp.1007-1032). Editorial Thompson Reuters-Aranzadi.
- THOMBS, Peter y JORGENSEN, Andrew (2020). The political economy of renewable portfolio standards in the United States. *Energy Research & Social Science* (62), 379-397.
- TODD, Kevin (2019). The Dormant Commerce Clause and State Clean Energy Legislation. *Mich. J. Envtl. & Admin. L.* (vol) 9, 190-211.
- YAFFE, David (2022). *Regulating Public Utility Performance: The Law of Market Structure, Pricing and Jurisdiction*. Editorial Amer Bar Assn.
- ZHOU, Shantai y SALOMÓN, David (2020). Do renewable portfolio standards in the United States stunt renewable electricity development beyond mandatory targets. *Energy Policy Review* (140), 120-153.

## Normativa citada

- U.S., Public Law No: 82-375 (30/08/1954) Atomic Energy Act.
- U.S., Public Law No: 42-85 (17/12/1963) Clean Air Act.
- U.S. Public Law No: 93-409 (10/12/1973) Solar Heating and Cooling Demonstration Act.

U.S., Public Law No: 93-473 (26/10/1974) *Solar Energy Research, Development, and Demonstration Act*.  
 U.S., Public Law No: 95-618 (9/11/1978) *Public Utility Regulatory Policies Act*.  
 U.S., Public Law No: 95-619 (9/11/1978) *National Energy Conservation Policy Act*.  
 U.S., Public Law No: 95-620 (9/11/1978) *Power Plant and Industrial Fuel Use Act*.  
 U.S., Public Law No: 95-621 (9/11/1978) *Natural Gas Policy Act*.  
 U.S., Public Law No: 96-294 (30/06/1980) *The Energy Security Act*.  
 U.S., Public Law No: 101-218 (11/12/1989) *Renewable Energy and Energy Efficiency Technology*.  
 U.S., Public Law No: 102-486 (24/10/1992) *Energy Policy Act*.  
 U.S., Public Law No: 111-5 (17/02/2009) *The American Recovery and Reinvestment Act*.  
 U.S., Public Law No: 109-58 (29/07/2005) *The Energy Policy Act*.  
 U.S., Public Law No: 110-140 (19/12/2007) *The Energy Independence and Security Act*.  
 U.S., Public Law No: 111-5 (17/02/2009) *The American Recovery and Reinvestment Act*.  
 U.S., Public Law No: 117-169 (08/16/2022) *The Inflation Reduction Act*.

### Jurisprudencia citada

*Brown-Forman Distillers Corp. vs. N.Y. State Liquor Auth.* Parágrafo 476 U.S. 573, 579 (3 de junio de 1986).  
*Edgar vs. MITE Corp.* Caso No.457 U.S. Parágrafo 624 (23 de junio de 1982).  
*Massachusetts vs. EPA.* Caso No 549 U.S. Parágrafo 497 (2007).  
*Philadelphia vs. New Jersey.* Caso N° 437 U.S. Parágrafo 617, 623-24 (23 de junio de 1978).  
*Pike vs. Bruce Church, Inc.* Caso N° 397 U.S. Parágrafo 137 (2 de marzo de 1970).  
*Shafer vs. Farmers Grain Co.* Caso N° 268 U.S. Parágrafo 189 (4 de mayo de 1925).  
*West Virginia vs. Environmental Protection Agency.* Caso No.20 U.S. Parágrafo 1530 (30 de junio de 2022).

# Sobre la justificación de la norma de presunción de daño ambiental por escapes de peces en la Ley General de Pesca y Acuicultura

## Comentario a dos sentencias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional

On the justification of the presumption rule of environmental damage due to farmed fish escapes in the General Law of Fisheries and Aquaculture. Commentary on two decisions of the Constitutional Court

Javiera Chacón Astudillo\*

El presente trabajo tiene por objeto analizar el examen de constitucionalidad de las normas de presunción. Para ello, se revisan dos sentencias recientes del Tribunal Constitucional que declaran la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la presunción de daño ambiental por escape de peces contenida en el artículo 118 quáter de la Ley General de Pesca y Acuicultura. Se concluye que, dado que las normas de presunción siempre implican un

The objective of this article is to analyze the constitutionality of presumption rules. For this purpose, we review two recent decisions of the Constitutional Court that declare the unconstitutionality of the presumption of environmental damage due to the escape of fish contained in article 118 quater of the General Law of Fisheries and Aquaculture. It is concluded that, since presumption rules always imply a breach of procedural equality between

\* Abogada de la Universidad de Chile y Master en Argumentación jurídica de la Universidad de Alicante, España. Correo electrónico: javierach92@gmail.com. Dirección postal: Austria 2140, Providencia, Santiago de Chile.

Artículo recibido el 18 de febrero de 2023 y aceptado el 5 de mayo de 2023.

RESUMEN / ABSTRACT

quiebre de la igualdad procesal entre las partes al introducir una modificación en la carga de la prueba, es relevante evaluar si dicha diferencia tiene un fundamento razonable en cuanto a la justificación externa o de necesidad de la norma de presunción, así como a la justificación interna del contenido de la presunción.

**Palabras clave:** normas de presunción, daño ambiental, igualdad ante la ley, racional y justo procedimiento

parties by introducing a change in the burden of proof, it is relevant to assess whether said difference has a reasonable basis in terms of external justification or necessity of the presumption rule, as well as in terms of the internal justification of the content of the presumption.

**Keywords:** presumption rules, environmental damage, equality before the law, fair procedure.

## Introducción

La industria acuícola ha tenido un fuerte desarrollo en Chile desde la década de 1970, y ha venido aparejada a la dictación de una normativa administrativa especializada para el sector. En particular, destaca la dictación en 1989 de la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura (en adelante, "LGPA"), cuya fiscalización está a cargo del Servicio Nacional de Pesca (en adelante, "SER-NAPESCA").

Sin embargo, este desarrollo ha importado a su vez la ocurrencia de eventos de escapes masivos de peces, que tienen el potencial de generar graves impactos al medio ambiente tales como la depredación y competencia por recursos con especies nativas vulnerables y la transmisión de enfermedades. Así, en los últimos 10 años se han registrado más de 3.8 millones de peces escapados desde centros acuícolas<sup>1</sup>.

En respuesta a este fenómeno, el año 2010 se dictó la Ley N° 20.434, que reguló medidas de prevención y mitigación de los escapes masivos de peces desde centros de cultivo. Dicha ley introdujo el artículo 118 quáter, que establece una particular presunción de existencia de daño ambiental en los siguientes términos:

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso séptimo del artículo anterior, en caso de escape o pérdida masiva de recursos en sistemas de cultivo intensivo o el desprendimiento o pérdida de recursos hidrobiológicos exóticos en sistemas extensivos, se presumirá que existe daño ambiental de conformidad con la ley N° 19.300 si el titular del centro no recaptura como mínimo el 10% de los ejemplares en el plazo de 30 días contado desde el evento, prorrogables por una vez en los mismos términos.

En este contexto, el presente trabajo tiene por objetivo evaluar los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional de Chile en las sentencias

<sup>1</sup> SOTO Y OTROS, 2022, 199.

dictadas con fecha 31 de marzo de 2022 bajo los Roles N° 10.576-21-INA<sup>2</sup> y N° 10.109-21-INA<sup>3</sup>, al acoger los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 118 quáter de la LGPA, ejercidos por una empresa acuícola en el marco del procedimiento judicial contencioso administrativo de revisión de la sanción aplicada por la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”) y del procedimiento judicial de responsabilidad por daño ambiental, ambos seguidos ante el Tercer Tribunal Ambiental.

A fin de lograr dicho propósito, se dará cuenta en primer lugar de los hechos que dieron lugar a los requerimientos de inaplicabilidad (I), para exponer a continuación los argumentos que fundamentan la decisión del Tribunal Constitucional (II). A partir de lo anterior, se analizarán los puntos de controversia de la sentencia para esbozar lo que sería una adecuada resolución del caso, centrándose en la revisión de la calificación del art. 118 quáter como una presunción de derecho y de su conformidad a la garantía de igualdad ante la ley (III). Finalmente, se ofrecerán algunas conclusiones.

## I. Los hechos del caso

Según informó la empresa acuícola, entre los días 3 y 7 de julio de 2018 tuvo lugar un evento meteorológico consistente en fuertes vientos y oleaje, generando daños a las estructuras de cultivo y dando lugar al escape de 690.277 ejemplares de salmónidos.

Una vez transcurrido el plazo establecido en el artículo 118 quáter, se determinó por SERNAPESCA que el resultado de la recaptura de ejemplares escapados llevada a cabo por la empresa fue de 38.286 ejemplares, equivalente a un 5,54% del total del escape registrado.

A raíz de los hechos descritos, la SMA dictó una resolución sancionatoria, aplicando una cuantiosa multa a la empresa de 8.909 UTA. Para fijar el monto, la SMA consideró que existía daño ambiental irreparable, entre otras razones, porque al haberse recapturado menos del 10% de los ejemplares escapados dentro del plazo establecido se configuraba la presunción de daño ambiental contenida en el artículo 118 quáter de la LGPA.

Con fecha 11 de septiembre de 2020, se interpuso por la empresa un reclamo judicial contra la resolución de multa de la SMA ante el Tribunal Ambiental de Valdivia. En el marco de dicho procedimiento judicial contencioso administrativo, la empresa presentó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 118 quáter de la LGPA ante el Tribunal Constitucional, sosteniendo que su aplicación al caso concreto conllevaba la infracción a lo dispuesto en los artículos 19 N° 2 (garantía de igualdad ante la ley y no discriminación) y N° 3 (garantías de un racional y justo procedimien-

<sup>2</sup> Sentencia TC rol N° 10.576-21-INA (2022).

<sup>3</sup> Sentencia TC rol N° 10.109-21-INA (2022).

to) de la Constitución, toda vez que establece una responsabilidad infraccional presumida de derecho, sin posibilidad alguna de desvirtuar la presunción.

Luego, con fecha 13 de noviembre de 2020 se presentó por el Consejo de Defensa del Estado una demanda de reparación de daño ambiental contra la empresa<sup>4</sup>, que entre otros argumentos señala que la existencia de daño ambiental debe darse por establecida atendida la concurrencia de los supuestos de hecho de la presunción del artículo 118 quáter de la LGPA. En dicho contexto, se presentó por la empresa un segundo requerimiento de inaplicabilidad del artículo 118 quáter de la LGPA en similares términos.

## II. Las sentencias del Tribunal Constitucional

Como se adelantó, el TC decidió acoger ambos requerimientos de inaplicabilidad presentados, para lo cual utiliza similares razonamientos.

En concreto, se argumenta por el Tribunal que el artículo 118 quáter se encuentra inserto en el Título IX “Infracciones, sanciones y procedimientos” de la LGPA, y cuyo objeto sería que el juez de letras en lo civil, no especializado, que deba aplicar la multa por contravenciones a la normativa acuícola en un proceso breve y concentrado, tuviera en consideración dicha presunción para efectos de determinar el monto específico de la multa, facilitando su labor decisoria.

Luego, –considera el Tribunal– la aplicación de dicha norma a procedimientos regidos bajo otra ley, tales como el juicio por daño ambiental o el procedimiento sancionatorio ambiental, y que configuran instancias altamente técnicas y especializadas, restringiría severamente el derecho a defensa al asumir los caracteres de una presunción de derecho, no permitiendo probar la inexistencia del hecho consecuente (que hubo daño ambiental), y sin que concurra alguna cualificada razón de bien común que así lo justifique.

En palabras del Tribunal

aunque el legislador no la denomine así expresamente, el artículo 118 quáter conforma una presunción de derecho, comoquiera que al procesado solo le es dable descartar el hecho antecedente (únicamente puede acreditar que logró recapturar especies en las magnitudes y en los tiempos requeridas por la ley), pero no puede probar la inexistencia del hecho consecuente (que hubo daño ambiental)<sup>5</sup>.

Luego, señala que

la aplicación de la presunción efectuada por el artículo 118 quáter no solamente altera la carga de la prueba en el procedimiento de que se trata, afectando con ello las posibilidades de la defensa para levantar un relato alternativo de los hechos ocurridos y sus reales efectos sobrevi-

<sup>4</sup> Rol N° D-5-2020 del Tercer Tribunal Ambiental.

<sup>5</sup> c. 6°, STC Rol 10.109 (2021).

nientes, sino que, adicionalmente, desnaturaliza un juicio cabal por daño ambiental y afecta el derecho constitucional a un procedimiento justo y racional. Es que, como se viene apuntando, se trata de un cuerpo extraño, de una norma exógena, que turba la elucidación exacta de la magnitud e intensidad del daño efectivamente causado, al introducir un sesgo en la percepción de la causa y efecto producidos, equiparando la dimensión de ambos. Al paso que priva al demandado de la posibilidad de producir nueva prueba respecto de los antecedentes fácticos que estructuran la suposición del artículo 118 quáter, amén de no poder discutir tampoco su conexión lógica. Todo ello conforma un estado de cosas que, si bien no produce una indefensión completa y absoluta, restringe severamente el derecho a defensa, sin que concurra alguna cualificada razón de bien común que así lo justifique<sup>6</sup>.

### III. Comentario

Para efectos de analizar las sentencias antedichas, el presente comentario abordará los siguientes aspectos: (i) el error del Tribunal al calificar el art. 118 quater como una presunción de derecho y (ii) que para resolver el fondo del asunto, el Tribunal debió haber analizado si la presunción legal del art. 118 quáter es conforme a la garantía de igualdad ante la ley.

#### 1. El yerro del Tribunal: ¿Presunción de derecho o meramente legal?

En primer lugar, es posible identificar que el TC yerra en la distinción entre una presunción de derecho y una presunción legal, así como al concluir que el artículo 118 quáter configura la primera categoría. Para dilucidar esta cuestión, resulta de utilidad echar mano al desarrollo dogmático sobre las presunciones.

Como primera aproximación, se constata por los autores que “presunción” es un concepto ambiguo que presenta una variedad de acepciones. Para efectos de este análisis, es pertinente aquella acepción de “presunción” que se refiere a las reglas que establecen una presunción, también llamadas presunciones legales, inferencias probatorias normativas o normas de presunción. Estas son *“mandatos legislativos en virtud de los cuales se ordena tener por establecido un hecho, siempre que la ocurrencia de otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobada suficiente”*<sup>7-8</sup>.

Respecto de su estructura, se señala de manera uniforme en la doctrina que una presunción se compone de tres elementos: un hecho base, un hecho presunto y un enlace de conexión. Así, en caso de tener por probado el hecho base “A”, se genera el deber del destinatario de la norma a tener por probado también el hecho presunto “B”. Por su parte, el enlace de conexión

<sup>6</sup> Sentencias TC roles N°. 9.399 (2020), c. 7°, y 10.576 (2021), c.15°, c. 7°, Sentencia TC Rol 10-109 (2021).

<sup>7</sup> GAMA LEYVA 2019, 212.

<sup>8</sup> MENDONCA 1998, 89.

funciona a modo de garantía o respaldo que relaciona el hecho base al hecho presunto. En el caso de las normas de presunción, este enlace consiste precisamente en la regla establecida por la autoridad.

Para evitar que opere una regla de presunción en un caso concreto, se identifican por los autores dos formas de ataque: la estrategia de bloqueo y la estrategia de destrucción. La estrategia de bloqueo consiste en alegar que no se encuentra probado el hecho base "A", o que se encuentra probado que "no A". La estrategia de destrucción, por su parte, dirá relación con alegar que se encuentra probada la negación del hecho presunto, esto es, "no B"<sup>9</sup>.

En este respecto, es que nace la distinción entre las presunciones simplemente legales o *iuris tantum* y las presunciones de derecho o *iuris et de iure*, las que se diferencian según la manera en que permiten derrotar la regla de presunción. Las presunciones *iuris tantum* permitirán aplicar tanto la estrategia de bloqueo (probar que "no A") como la estrategia de destrucción (probar que "no B"), mientras que las presunciones *iuris et de iure* solamente permitirán aplicar la estrategia de bloqueo (probar que "no A").

Esta distinción ha sido acogida por el TC en su jurisprudencia, señalando que:

Tratándose de presunciones simplemente legales, se permite probar la inexistencia de este hecho derivado o consecuente (presunciones *iuris tantum*). En cambio, en el caso de las presunciones de derecho no se permite prueba en contrario respecto a este último (presunciones *iuris et de iure*). En ambos casos, sin embargo, la parte favorecida con la presunción tiene que probar aquel hecho base o conocido, así como a la otra le es dable cuestionar su existencia<sup>10</sup>.

Así, para determinar si el artículo 118 quáter configura o no una presunción de derecho o *iuris et de iure*, se debe examinar si es posible aplicar la estrategia de destrucción de la presunción, esto es, si está permitido aportar prueba para desvirtuar el hecho presunto. En este examen, se puede constatar que la redacción del artículo 118 quáter, es ambigua en este aspecto por dos razones: (i) no se señala expresamente si la presunción admite prueba en contrario y (ii) el hecho presunto es una calificación jurídica (la existencia de daño ambiental).

Respecto al primer punto, debe recordarse que en el derecho chileno el artículo 47 del Código Civil señala que "*Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias*". Por tanto, a partir de una interpretación sistemática se puede concluir que la fal-

<sup>9</sup> MENDONCA 1998, 98.

<sup>10</sup> STC 8.696-20, c. 12°. En los mismos términos, Sentencia TC Rol 9.399 (2020), c. 11°.

ta de una cláusula expresa que admita prueba en contrario no convierte a la presunción del artículo 118 quáter en una presunción de derecho.

En cuanto al segundo punto, cabe preguntarse si la circunstancia de que el hecho presunto corresponda a una calificación jurídica (la existencia de daño ambiental) pudiera convertir a la presunción en *iuris et de iure*. La ley 19.300 define el concepto de "daño ambiental" en el artículo 2 literal e) como "*toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes*". El contenido del concepto ha sido largamente discutido por la doctrina chilena<sup>11</sup>, pero a modo de resumen, valga señalar que este requiere de la concurrencia de uno o más criterios de significancia, que diferencien al daño ambiental de un mero impacto o alteración. Como señala el autor Bermúdez, esto "*importa aceptar que existe una zona gris de actividades dañosas que no llegan a ser de tal trascendencia como para generar responsabilidad*"<sup>12</sup>. Estos criterios de significancia no vienen definidos por la ley, sino que han sido mayormente objeto de desarrollo jurisprudencial.

Así, "daño ambiental" es un concepto jurídico indeterminado, en tanto el legislador no estableció con total precisión las propiedades descriptivas que permiten tener por configurado el concepto, e introdujo un juicio de valor en torno al requisito de "significancia". Siguiendo a la doctrina sobre los conceptos jurídicos indeterminados, se ha señalado que este tipo de conceptos puede ser precisado teniendo a la vista las circunstancias de la realidad al momento de su aplicación, de modo tal que admitirá una única solución para cada caso concreto<sup>13</sup>.

Por tanto, de la circunstancia que el hecho presunto sea una calificación jurídica no se sigue que no sea posible la presentación de prueba en contrario. Lo que se sigue, en cambio, es que la estrategia de destrucción de la presunción podrá considerar la aportación de todos aquellos elementos de juicio que pudieran ser relevantes para justificar que el daño no existe o que este no es significativo en dicho caso particular.

Así las cosas, el artículo 118 quáter configura una presunción *iuris tantum* y no, como señaló la sentencia, una presunción *iuris et de iure*. Así las cosas, no se genera un impedimento al derecho a defensa, en tanto subsiste para el infractor la posibilidad de presentar pruebas y realizar todas las alegaciones que permitan desvirtuar la presunción.

La postura expresada por el Tribunal al señalar que la aplicación de la presunción "*turba la elucidación exacta de la magnitud e intensidad del daño efectivamente causado, al introducir un sesgo en la percepción de la causa y efecto producidos*", podría considerarse como una posición benthamiana, en tanto defiende que no deben imponerse restricciones artificiales al razona-

<sup>11</sup> Para una revisión de esta discusión, véase a ROSALES 2020, 39-70.

<sup>12</sup> BERMÚDEZ SOTO 2014, 402.

<sup>13</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ, 2008, 482.

miento probatorio sobre si concurría o no un daño ambiental en los hechos<sup>14</sup>. Sin embargo, de la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se verifica que la garantía a un racional y justo procedimiento se satisface con que el infractor pueda ejercer efectivamente sus derechos de defensa, y no abarca una prohibición al juzgador de aplicar normas de presunción. Por tanto, esta objeción no modifica lo ya señalado.

2. Lo que se debió haber preguntado el Tribunal: ¿Se encuentra adecuadamente justificado el quiebre de la igualdad procesal entre las partes por la presunción?

Consideramos que, para una adecuada resolución del caso, se debió haber analizado por el Tribunal si el rompimiento de la igualdad procesal que presenta una norma de presunción es conforme a la garantía de igualdad ante la ley contenida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Esta garantía, según se ha desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal, *“consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares”*<sup>15</sup>.

Para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, el Tribunal ha señalado que se debe aplicar un test de razonabilidad de la justificación de la diferencia introducida por el legislador, la que debe ser objetiva, aplicar a todas las personas que se encuentran en una misma situación y no quedar entregado al libre arbitrio del legislador; adicionalmente, la finalidad perseguida por el legislador debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la norma<sup>16</sup>.

Tratándose de reglas de presunción, se afirma por diversos autores que éstas introducen una diferencia entre las partes del proceso, en tanto modifican la carga de la prueba en favor de una de las partes y en perjuicio de la otra. Así, el autor Josep Aguiló Regla señala que *“las normas de presunción incorporan siempre un elemento de parcialidad o de desigualdad (formal) entre las partes; pues rompen el principio igualitario de ‘quien alega, prueba’”* y que *“por ello, su dictado pide siempre una justificación específica, una*

<sup>14</sup> En palabras de Twining, Bentham defendía que no debía contenerse en un sistema jurídico *“ninguna norma que excluya testigos o pruebas; ninguna norma sobre el peso o el quantum de la prueba; ninguna norma vinculante sobre la forma de presentación de la prueba; ninguna restricción artificial sobre los interrogatorios o el razonamiento probatorio; ningún derecho de silencio ni privilegios de los testigos; ninguna restricción al razonamiento que no sean las propias del razonamiento práctico; ninguna exclusión de pruebas excepto si son irrelevantes o superfluas o si su presentación supone perjuicios, gastos o retrasos excesivos en las circunstancias del caso específico”* (William Twining, *Rethinking evidence: Exploratory essays*, 209) La traducción es de J. FERRER, 153, *“La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”*.

<sup>15</sup> Sentencia TC rol N° 1133, c.17°. En el mismo sentido, Sentencia TC roles N° 1217, c. 3°, N° 1951 c. 17° a 19°, N° 1988 c. 65° a 67°, N° 2921 c. 12°, N° 3028 c. 12°, N° 5151 c. 17°, N° 3498 c. 17°, N° 3732 c. 13°, N° 3843 c. 11°, N° 3869 c. 12°, N° 4097 c. 13°.

<sup>16</sup> Ídem.

*razón que justifique el trato desigualitario*<sup>17</sup>. Por tanto, se sigue que a esta diferencia procesal también debe aplicarse el test de razonabilidad de la justificación subyacente.

Luego, para aplicar dicho test a las normas de presunción, es de utilidad la distinción que la autora Ullman-Margalit realiza entre dos niveles de justificación. El primer nivel dice relación con justificar la necesidad de existencia de una regla de presunción para un determinado tipo de casos. El segundo nivel, por su parte, concierne a la justificación de la regla de presunción específica que se plantea<sup>18</sup>. Luego, en cuanto al tipo de razones que permitirían justificar a una norma de presunción, existe cierta discrepancia en la literatura.

Algunos autores consideran que la justificación de las presunciones únicamente puede estar basada en juicios inductivos o probabilísticos sobre la realidad<sup>19</sup>, mientras que otros autores, a quienes adherimos, consideran que la justificación subyacente de las presunciones corresponde a la protección de valores de índole moral o política que justifiquen distribuir el riesgo del error de un modo especial entre las partes<sup>20</sup>, y que pueden coincidir o no con juicios probabilísticos sobre la realidad. Así, en algunas ocasiones sería posible que existan buenas razones que justifiquen la existencia de una presunción "contrafáctica", como sería el caso de la presunción de inocencia.

En el caso del artículo 118 quáter, es posible identificar que, en un nivel de justificación externa, le subyace una razón sustantiva relativa a procurar la protección del medio ambiente y obtener la reparación del daño ambiental. Asimismo, se identifica una razón procesal, en tanto busca facilitar la prueba del daño ambiental y entrega la carga de la prueba a la empresa acuícola que genera el riesgo mediante su actividad. En este nivel de justificación, las razones subyacentes parecen ser adecuadas, necesarias, razonables y objetivas para determinar la necesidad de existencia de una norma de presunción para este tipo de casos.

<sup>17</sup> AGUILÓ REGLA 2018, 213-215. En el mismo sentido, ABELLÁN 2004, 126.

<sup>18</sup> ULLMAN-MARGALIT 1983, 154.

<sup>19</sup> En representación de esta postura, puede citarse a Janaina Matida, quien defiende un concepto mínimo de presunción consistente en que las reglas de presunción únicamente son aquellas que pueden contar con fundamentos empíricos: "*Quedarían justificadas bajo el concepto de presunción las reglas que contaran con fundamentos empíricos, hecho básico y autorización de prueba en contra. La reunión de estos requisitos expresaría una finalidad no compartida por ninguna otra herramienta de determinación de los hechos: ofrecer una segunda mejor respuesta sobre los hechos a través de reglas jurídicas que condensan generalizaciones empíricamente adecuadas a representar el mundo como él es*" MATIDA 2018, 109.

<sup>20</sup> Por todos, ver Ullman-Margalit, quien considera que "*the justification of presumptions may, and perhaps commonly is, couched in inductive-probabilistic terms; but such considerations are neither necessary nor sufficient to justify the presumption rules relating to them*" ULLMAN-MARGALIT, 1983, 158 y que "*As we have seen, it must be motivated also by certain evaluative considerations which are primarily concerned with the differential acceptability of the relevant sorts of expected errors: the fact that one sort of error is judged to be, in the long run and all things considered, preferred on grounds of moral values or social goals to the alternative sort(s) constitutes an overriding reason for the decision underlying the presumption rule*". ULLMAN-MARGALIT 1983, 162.

Sin embargo, una vez establecida la existencia de una razonable justificación externa que explica la necesidad de la norma de presunción, cabe preguntarse si valdría cualquier presunción que permita alivianar la prueba del daño ambiental, o si esta debe cumplir con ciertas exigencias respecto de su contenido. Consideramos que, para no infringir la garantía de igualdad, el contenido de la presunción que establece una desigualdad procesal entre las partes también debe estar asistido de una justificación interna razonable.

En el caso concreto es cuestionable si al contenido del artículo 118 quáter le asiste una justificación basada en consideraciones inductivas o probabilísticas. Basta ver que el hecho base consiste en una conducta de recaptura de un porcentaje de peces, respecto de cualquier cantidad total. Así, podría plantearse una situación en que, del escape de 10 peces, no se pudo recapturar ninguno, debiendo tenerse por acreditado el hecho presunto de daño ambiental. En cambio, en una situación de escape de 100 peces, de los cuales solo se pudieron recapturar 10, no se tendría por probado el daño ambiental. En el primer supuesto, el total de peces escapados era 10, mientras que, en el segundo, el total de peces escapados sería 90, pero solo en el primero tendría lugar la presunción de daño ambiental, dando lugar a resultados manifiestamente absurdos en los hechos.

Así, si bien establecer un porcentaje de recaptura podría darnos algún indicio sobre el nivel de diligencia ejercido por el titular del centro de cultivo en dicha actividad, no tiene conexión alguna con los requisitos establecidos para calificar un impacto como daño ambiental. Distinto sería el caso si el legislador hubiese previsto como hecho base un umbral con una magnitud determinada o algún criterio de sensibilidad del ecosistema, tal como "En caso de escapes de más de 100 peces dentro de un área protegida, se presume la existencia de daño ambiental". De este modo, puede señalarse que la regla de presunción no considera elementos objetivos para determinar la significancia del impacto y calificarlo como daño ambiental.

En cambio, pareciera que la finalidad de la norma es incentivar una conducta de recaptura de los titulares de los centros de cultivo para evitar la calificación de daño ambiental. Se trataría, por tanto, de una regla de conducta bajo la forma de una regla de presunción. Desde este punto de vista, puede cuestionarse si una norma de presunción de daño ambiental es un mecanismo necesario o adecuado para conseguir dicha finalidad. Probablemente, sería más adecuado si el legislador hubiera establecido de manera expresa una regla de conducta que exija que "En caso de escapes de peces, se deberá recapturar al menos el 10% de los ejemplares dentro de un plazo de 30 días", y cuya infracción sea fiscalizable y sancionable por las autoridades competentes.

Por lo tanto, si bien a nivel de justificación externa se verifica la necesidad de una presunción para facilitar la prueba del daño ambiental en casos de escapes masivos de peces, a falta de una justificación interna razonable basada en consideraciones inductivas o probabilísticas, o en razones de otra

índole que permitan respaldar una presunción “contrafáctica”, cabe cuestionar que la desigualdad procesal introducida por la aplicación del artículo 118 quáter sea conforme a la garantía de igualdad ante la ley y no discriminación del artículo 19 N° 3 de la Constitución.

## Conclusiones

En primer lugar, el examen de las sentencias permite concluir que, en relación a una posible vulneración a la garantía de un racional y justo procedimiento, será relevante interpretar si la norma configura una presunción *iuris et de iure* o una presunción *iuris tantum*. En el caso de una presunción *iuris tantum*, sería posible descartar que exista una vulneración al derecho de defensa, en tanto la presentación de prueba para desvirtuar el hecho presunto será siempre admisible. No obsta a lo anterior, la circunstancia de que el hecho presunto consista en una calificación jurídica como la existencia de daño ambiental.

En el caso del artículo 118 quáter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, fue posible verificar que, si bien su redacción es ambigua, se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo que no existiría un impedimento para la presentación de prueba en contra del hecho presunto. De este modo, se concluye que no existiría una vulneración a la garantía de un racional y justo procedimiento.

Luego, si bien en sede de la justicia ordinaria las presunciones normalmente solo pueden ser bloqueadas o destruidas, en sede del Tribunal Constitucional es posible revisar la justificación subyacente a la regla de presunción, en el marco del examen de si la presunción vulnera el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria.

En efecto, dado que las normas de presunción siempre implican un quiebre de la igualdad procesal entre las partes al introducir una modificación en la carga de la prueba, es relevante evaluar si dicha diferencia tiene un fundamento razonable en cuanto a la justificación externa o de necesidad de la norma de presunción, así como la justificación interna del contenido de la presunción.

Tratándose de la norma de presunción contenida en el artículo 118 quáter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, es posible considerar que existe una justificación razonable en relación a la necesidad de una presunción para facilitar la prueba del daño ambiental en casos de escapes masivos de peces, en tanto entrega el riesgo del error en quien se encuentra en mejor posición para el control de la contingencia. Sin embargo, la falta de sustento probabilístico o inductivo del contenido de la presunción puede ser un argumento determinante para declarar su inconstitucionalidad, en tanto no se constaten otras razones subyacentes que justifiquen razonablemente una presunción “contrafáctica”.

## Bibliografía citada

- AGUILÓ REGLA, Josep (2018). Las presunciones en el derecho. *Anuario de filosofía del derecho* (34), 201-227.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Editorial Trotta.
- BAYÓN MOHÍNO, Juan (2010). Epistemología, Moral y Prueba de los Hechos: Hacia un Enfoque no Benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 2 (4), 6-30.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Fundamentos de Derecho Ambiental (2ª edición)*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2017). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 9 (18), 150-169.
- Gama Leyva, Raymundo (2019). *Las presunciones en el Derecho*. Tirant Lo Blanch.
- García de Enterría, Eduardo, & Fernández, Tomás-Ramón (2008). *Curso de derecho administrativo*. Civitas.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2004). *Los hechos en el derecho*. Marcial Pons.
- MATIDA, Janaina (2018). En defensa de un concepto mínimo de presunción. *Jueces para la democracia* (93), 93-111.
- MENDONÇA, Daniel (1998). Presunciones. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (21-V1), 83-98.
- OSSANDÓN ROSALES, Jorge (2020). *Daño ambiental y significancia*. Santiago de Chile: Rubicón Editores.
- SOTO, Doris; ARISMENDI, Iván; OLIVOS, Andrés; CANALES-AGUIRRE, Cristian; LEON-MUÑOZ, Jorge; NIKLITSCHKE, Edwin; SEPÚLVEDA, Maritza; PAREDES, Felipe; GOMEZ-UCHIDA, Daniel y SORIA-GALVARRO, Yuri (2022). Environmental risk assessment of non-native salmonid escapes from net pens in the Chilean Patagonia. *Reviews in Aquaculture*, 15(6). doi: <https://doi.org/10.1111/raq.12711>
- TWINING, William (2006). *Rethinking Evidence: Exploratory Essays* (éd. 2nd). Cambridge: Cambridge University Press.
- ULLMAN-MARGALIT, Edna (1983). On Presumption. *The Journal of Philosophy*, 80(3), 143-163.

## Normativa citada

- Decreto N° 430 [Ministerio de Economía, fomento y reconstrucción]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 18.892, de 1989 y sus modificaciones, ley general de pesca y acuicultura. 21 de enero de 1992.
- Ley N° 19.300. Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. 1 de marzo 1994. D.O. N° 34.810.
- Ley N° 20.434. Modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura en materia de acuicultura. 5 de abril 2010. D.O. N° 39.630.

## Jurisprudencia citada

- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 118 quáter de la Ley 18.892, General de pesca y acuicultura, en el proceso Rol N° R 27-2020, seguido ante el Tercer Tribunal Ambiental* (2022): Tribunal Constitucional, 31 de marzo de 2022 (Rol N° 10.576). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 118 quáter de la Ley 18.892, General de pesca y acuicultura, en el proceso Rol N° D 5-2020, seguido ante el Tercer Tribunal Ambiental* (2022): Tribunal Constitucional, 31 de marzo de 2022 (Rol N° 10.109). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por H.S.R. respecto del artículo 125, numeral 1), tercer párrafo, oración final, de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el proceso Rol N° 1637-2020, seguido ante la Corte de Apelaciones de Concepción* (2020): Tribunal Constitucional, 28 mayo 2021 (Rol N° 9.399). [Requerimiento de inaplicabilidad].

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 125, N° 1, de la Ley 18.892, General de pesca y acuicultura, en el proceso Rol N° 855-2020, seguido ante la Corte de Apelaciones de Concepción (2020): Tribunal Constitucional, 15 septiembre 2020 (Rol N° 8.696) [Requerimiento de inaplicabilidad].*

*Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 61 de la Ley 20.000, que Sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en el proceso Rol N° 76-2008, seguido ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso (2008): Tribunal Constitucional, 18 noviembre 2008 (Rol N° 1.133) [Requerimiento de inaplicabilidad].*



# La inactividad de la Administración migratoria como omisión inconstitucional por afectación de derechos fundamentales y su configuración jurisprudencial en Chile

The inactivity of the Immigration Administration as an unconstitutional omission due to the violation of fundamental rights and its jurisprudential configuration in Chile

Mayerlin Matheus Hidalgo\*

Para algunos autores el único agente de omisión inconstitucional sería el legislador por la inmediata vinculación de este con la Constitución. Sin embargo, en este trabajo demostraremos, que, en contra de tal posición, al menos en Chile, jurisprudencialmente, se admite que también la Administración es agente de omisión inconstitucional por su capacidad de violar directamente derechos fundamentales.

**Palabras clave:** omisión inconstitucional, recurso de protección, Administración Pública.

For some authors, the only agent of unconstitutional omission would be the legislator due to the immediate link between this and that. However, in this work we will demonstrate that against such a position, at least in Chile, jurisprudentially, it is also admitted that the Administration is an agent of unconstitutional omission due to its ability to directly violate fundamental rights.

**Keywords:** unconstitutional omission, protection resource, Public Administration.

RESUMEN / ABSTRACT

\* Cursante Doctorado en Derecho en la Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: mjmatheus@miauandes.cl. Dirección postal: Universidad de los Andes, Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Las Condes, Chile.

Artículo enviado el 4 de octubre de 2022 y aceptado el 28 de diciembre de 2022.

## Introducción

Según el Diccionario de la Real Academia Española “omisión”<sup>1</sup> es *abstención de hacer o decir*, en palabras simples y en sentido lato es dejar de hacer algo o guardar silencio, pero por supuesto la omisión tendrá relevancia en la medida en que ese algo que se deja de hacer o decir era debido y comportaba una obligación, en sentido jurídico, para quien la omite.

Como señala Peredo Rojas “...no basta solo el no hacer frente al mandato de la Constitución, sino que se requiere de un nexo de causalidad que nos lleve a que esa omisión sea jurídicamente sancionable...”<sup>2</sup>.

De tal modo, en el ámbito del derecho público nos encontramos frente a una omisión cuando los órganos del poder público dejan de hacer o declarar algo que la Constitución o las leyes les mandan. Así, cuando se omite lo que mandata la Constitución estaremos frente a una omisión inconstitucional y cuando se omite lo que mandata la ley estaremos frente a una omisión ilegal.

La misma autora citada<sup>3</sup> destaca una clasificación de la omisión inconstitucional articulada en torno al agente que incurre en la abstención. A partir de ella, se distingue en la doctrina entre quienes asumen que la omisión inconstitucional solo puede ser atribuible al legislador y quienes entienden que en un Estado de derecho todos están vinculados por la Constitución con lo cual el agente de omisión inconstitucional podría ser uno diferente al legislador.

Dentro de la primera tesis estaría Fernández Rodríguez quien, por ejemplo, descarta que la Administración Pública pueda ser agente de omisión inconstitucional al señalar “Esta falta de conexión la afirmamos no solo porque las concretas imposiciones de actuar de la Administración no son de origen constitucional, al que se reserva el enunciado de los principios generales de actuación administrativa, sino también por la radical diferencia entre los principios globales rectores del proceder del Ejecutivo y del Legislativo. El punto de partida para ver esta diferencia de principios rectores es el mismísimo principio de legalidad...”<sup>4</sup>.

Asimismo, Peredo señala que “...la inactividad de la Administración en Chile está regulada por cuerda separada, esto es la Ley N° 19.880 de bases del procedimiento administrativo, que regula los silencios administrativos (...) es un silencio que no es *prima facie* inconstitucional, sino de carácter legal, que por lo tanto encontrara su respuesta y razón de ser en la misma ley que lo regula...”<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Ver en <https://dle.rae.es/omisi%C3%B3n>

<sup>2</sup> PEREDO 2019, 27.

<sup>3</sup> PEREDO 2019, 27.

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ 1998, 99.

<sup>5</sup> PEREDO 2019, 175.

Para la autora, la omisión o inactividad que se produce dentro de la Administración no tendría carácter de inconstitucional desde que su forma de control está establecida legalmente a través del silencio negativo o positivo.

Sin embargo, en el presente trabajo presentaremos evidencia de cómo la Corte Suprema de Justicia en Chile (en adelante CS) ha construido una línea jurisprudencial sólida que ubicaría al menos a una parte de la inactividad de la Administración como un caso no solo de omisión ilegal sino también de omisión inconstitucional, por implicar esa conducta una directa afectación de derechos fundamentales.

Esto se daría, por la contravención del artículo 27 de la Ley N° 19.880 que le fija un plazo fatal de 6 meses para concluir procedimientos administrativos, lo que repercute, en unos casos, en la violación del derecho fundamental a la igualdad reconocido en el artículo 19 (2) de la Constitución Política, y, en otros, en la violación al derecho de libertad ambulatoria reconocido en el artículo 19 (7, a) también constitucional.

Los amparos y protecciones que aquí estudiaremos se han presentado específicamente contra la Administración migratoria, es decir, contra el Servicio Nacional de Migraciones (antes Departamento de Extranjería) y en todos ellos la CS ha reconocido que existe una vulneración de derechos fundamentales (igualdad, libertad personal) derivada de la omisión ilegal e inconstitucional de la Administración.

Es decir, de los numerosos fallos, como veremos, dictados por la CS se puede colegir que estamos frente a una verdadera inactividad de la Administración y no a una actividad presunta como sería la circunstancia en que podría operar el silencio administrativo. En un número importante de casos, la CS ha ordenado a la Administración dictar el acto que ponga fin al procedimiento para acabar con su inactividad o bien le ha ordenado iniciar el procedimiento debido, en los casos en que la inactividad se debe a la ausencia de procedimiento, estableciendo para ello un plazo específico de cumplimiento de dichas sentencias.

Valga señalar, que, si bien este trabajo se ha centrado en la respuesta jurisprudencial que se ha dado a la inactividad de la Administración migratoria, las mismas consideraciones son válidas para la inactividad de la Administración Pública en general, por ejemplo en materia económica, más cuando se encuentren derechos fundamentales comprometidos por la omisión de aquella.

En tal sentido, para el desarrollo de este trabajo, en una primera parte identificaremos diversos fallos de la CS del primer semestre de 2022 en los que se ha determinado que la inactividad de la Administración constituye un caso de omisión ilegal e inconstitucional, y, en segundo lugar, analizaremos los problemas jurídicos que presentan tanto el recurso de protección como el amparo constitucional como respuestas judiciales a la inactividad u omisión de la Administración.

## I. La inactividad de la Administración como un caso de omisión inconstitucional por afectación de derechos fundamentales

### 1. La doble vinculación de la Administración a la Constitución y a la ley

En la introducción citamos a Fernández quien es de la tesis de que la Administración no puede ser agente de omisión inconstitucional, en tanto que, su vinculación primaria es a la ley, en atención al principio de legalidad que la rige, y no a la Constitución que solo le enuncia principios generales (ver nota al pie número 5).

Sin embargo, en este punto, nos acercamos más a la tesis de Martín-Retortillo quien expone que “Estas cláusulas orientadoras del actuar de las Administraciones públicas tienen sin embargo muy diferente alcance... En cualquier caso, todas esas cláusulas tienen jurídicamente un valor incuestionable. No cabe postular, como con frecuencia se hace, que, dado el grado de abstracción no pasan de ser simples principios programáticos, en definitiva, de reducida y escasa operatividad... No se olvide tampoco –y lo recordamos una vez más–, el principio del valor vinculante de todos los preceptos de la Constitución... Es, pues, desde esta perspectiva, fijando en definitiva el sentido y orientación del actuar de las Administraciones públicas desde la que en última instancia se proyecta también el alcance de las normas constitucionales”<sup>6</sup>.

En refuerzo de lo anterior, respecto de los enunciados normativos constitucionales que reconocen derechos fundamentales García de Enterría afirma: “No se trata de una mera repetición del principio del artículo 9,1 que ya hemos considerado, y según el cual todos los poderes públicos, como los ciudadanos, “están sujetos a la Constitución”; precisamente la existencia de este precepto general obliga a concluir que el artículo 53,1 ha querido añadir un plus para la regulación constitucional de los derechos fundamentales, plus que consiste, justamente, en que tal regulación tiene el carácter de Derecho directamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una ley...”<sup>8</sup>.

Y en el mismo sentido expone Rubio Llorente “... las normas que declaran los derechos fundamentales, es decir, los derechos que protegen al ciudadano (más exactamente, al hombre) frente al poder y que son, en consecuencia, fuente inmediata de derechos... es evidente que su contenido primario sigue siendo el original y que ellas constituyen la parte más importante de la Constitución como fuente del derecho”<sup>9</sup>.

Consideramos que, precisamente, de esta visión de la supremacía de la Constitución, y en particular del efecto vinculante de exigibilidad directa de

<sup>6</sup> MARTÍN-RETORTILLO 2007, 97 y 98.

<sup>7</sup> Si bien lo hace refiriéndose a la Constitución española, el argumento es válido para cualquier país donde la Constitución sea verdadera norma, como es el caso de Chile, cuyo artículo 6 subordina, al igual que el artículo 9,1 de la Constitución española, a autoridades y particulares por igual a observar la supremacía constitucional y la exigibilidad inmediata de respeto y garantía de los derechos fundamentales.

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA 2006, 79.

<sup>9</sup> RUBIO 1997, 54.

los derechos fundamentales, puede entenderse que cualquiera de los poderes constituidos podría ser agente de omisión inconstitucional, toda vez que los enunciados normativos constitucionales en general, y en particular los que garantizan derechos fundamentales, son vinculantes en un sentido jurídico y que fija directamente formas de actuación –más o menos concretas– y no simplemente orientaciones del modo de actuación.

En igual dirección encontramos a autores como Beladiez Rojo<sup>10</sup> y Rebollo Puig<sup>11</sup>, con lo cual, puede dejarse en evidencia, primero, que el principio de legalidad no sería razón suficiente para sostener que la Administración no podría ser agente de omisión inconstitucional y, segundo, que es posible plantear que la Administración, por su vinculación directa a la Constitución, puede ser agente de omisión inconstitucional.

## 2. La improcedencia del silencio administrativo en casos de omisiones inconstitucionales

En los artículos 64<sup>12</sup>, 65<sup>13</sup> y 66<sup>14</sup> de la Ley N° 19.880 se regula el silencio administrativo, tanto el positivo como el negativo y sus efectos, respectiva-

<sup>10</sup> BELADÍEZ 2000, 328 y 330. “Por todo ello considero que esta conexión con el interés general constituye la vinculación mínima y necesaria que todo acto de la Administración debe tener con el Derecho para que esa actuación pueda considerarse conforme al ordenamiento jurídico y respeta así la exigencia que deriva del principio de legalidad y, en última instancia, del principio de juridicidad... Ahora bien, el ordenamiento jurídico no se limita a exigir que los actos de la Administración tengan como finalidad satisfacer el interés general, sino que además puede establecer muchas otras determinaciones sobre la actividad que pretenda realizar la Administración. Pues bien, estas otras determinaciones, por exigencias del principio de legalidad, también deben ser respetadas por la Administración y, por ello, la Administración también se encontrará vinculada a las mismas”.

<sup>11</sup> REBOLLO 1991, 112. “Retomando la gran cuestión que dejamos pendiente (vid. § 38), la última afirmación supone que las ‘materias administrativas’ son tales por una determinación ajena a la misma Administración, pero que, sin embargo, no corresponde única y exclusivamente al legislador (236) porque la misma existencia de la Administración, que se debe a la Constitución y no a las Leyes, supone ya el diseño de un cierto ámbito propio que se confirma y amplía por lo que se vienen admitiendo como expresos apoderamientos constitucionales”.

<sup>12</sup> Artículo 64. Transcurrido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud que haya originado un procedimiento, sin que la Administración se pronuncie sobre ella, el interesado podrá denunciar el incumplimiento de dicho plazo ante la autoridad que debía resolver el asunto, requiriéndole una decisión acerca de su solicitud. Dicha autoridad deberá otorgar recibo de la denuncia, con expresión de su fecha, y elevar copia de ella a su superior jerárquico dentro del plazo de 24 horas. Si la autoridad que debía resolver el asunto no se pronuncia en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la denuncia, la solicitud del interesado se entenderá aceptada. En los casos del inciso precedente, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro del plazo legal. Dicho certificado será expedido sin más trámite.

<sup>13</sup> Artículo 65. Silencio Negativo. Se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal cuando ella afecte el patrimonio fiscal. Lo mismo se aplicará en los casos en que la Administración actúe de oficio, cuando deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos o cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política. En los casos del inciso precedente, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro de plazo legal. El certificado se otorgará sin más trámite, entendiéndose que desde la fecha en que ha sido expedido empiezan a correr los plazos para interponer los recursos que procedan.

<sup>14</sup> Artículo 66. Efectos del silencio administrativo. Los actos administrativos que concluyan por aplicación de las disposiciones de los artículos precedentes, tendrán los mismos efectos que

mente. Sin ánimos de entrar en la discusión doctrinal acerca de cuál de los silencios prevalece y en cuáles casos, lo cierto es que, de la simple lectura de la ley puede colegirse que se configura en forma general el silencio positivo y en casos especiales el silencio negativo.

Para avanzar en el planteamiento al cual queremos arribar es necesario saber qué se entiende por silencio administrativo. En términos generales, como apuntan García de Enterría y Fernández "...el silencio negativo, mera ficción legal de efectos exclusivamente procesales dirigida a facilitar el acceso de los interesados a la vía jurisdiccional, y el silencio positivo, considerado efectivamente como un auténtico acto administrativo, aunque presunto, equivalente a todos los efectos a una resolución expresa de sentido estimatorio"<sup>15</sup>.

O como expone Garrido Falla "...el silencio administrativo debe de entenderse pura y simplemente como una presunción legal, un caso de ficción legal... Consiste, y no en otra cosa, en presumir, a los efectos de facilitar el acceso del particular a lo contencioso-administrativo, que, transcurrido un plazo sin que la cuestión planteada a la Administración pública haya sido resuelta, es como si hubiese una decisión previa que impugnar"<sup>16</sup>.

Como puede observarse, el silencio administrativo, supone una ficción jurídica en la que se entiende o se presume que existe un acto que rechaza o concede lo pedido. Si bien la figura del silencio administrativo tiene lugar por la inactividad de la Administración, una vez que se configura se abandona el plano de la inactividad y se pasa al plano de la actividad presunta.

Esto es así básicamente porque la existencia del acto administrativo –expreso o presunto– permite que se activen las vías de impugnación, cualesquiera sean estas, en los determinados ordenamientos jurídicos donde el silencio se configure.

Justo por lo indicado, estimamos que en los casos de omisiones inconstitucionales que tienen como agente a la Administración y que afectan derechos fundamentales, no es viable la aplicación del silencio administrativo.

Primero, porque el reconocimiento del silencio excluye la posibilidad de alegar que existe inactividad u omisión, son situaciones excluyentes entre sí, en tanto que, como se ha indicado el silencio crea un acto presunto a efectos legales. Segundo, porque el silencio se configura solo cuando en el respectivo procedimiento el acto que resta por producir es el acto definitivo, mientras que la inactividad se genera respecto de la falta de actividad de la Administración en sentido amplio, es decir, que podría producirse cuando, por ejemplo, la Administración omite abrir el procedimiento debido. Y, tercero, debido a los requisitos para la procedencia del silencio en el caso chileno, de acuerdo con lo previsto en la Ley N° 19.880.

---

aquéllos que culminaren con una resolución expresa de la Administración, desde la fecha de la certificación respectiva.

<sup>15</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2006, 604 y 605.

<sup>16</sup> GARRIDO FALLA 1955, 92 y 95.

En efecto, según el artículo 66 de la Ley N° 19.880, el silencio administrativo tendrá efectos solo desde la fecha en que la propia Administración certifique que no ha emitido un pronunciamiento expreso en los lapsos que tenía para ello.

No es objeto de este trabajo analizar la forma en que se regula legislativamente el silencio administrativo, pero sí diremos que puede resultar muy poco efectivo, desde el punto de vista práctico, que la procedencia del silencio administrativo se haga depender de la actividad de la Administración (por la emisión del certificado) cuando precisamente se está ante la inactividad de esta.

Es decir, si estamos frente a una Administración que ha dilatado ilegalmente su actuar, no parece congruente que la garantía que opera en favor de los particulares solo se haga efectiva cuando la Administración emane un acto en el que reconozca, casi a título de confesión, que en efecto ha actuado ilegalmente (por contravención del plazo legal).

Es por ello que, cuando estamos frente a una inactividad u omisión que deviene en inconstitucional no consideramos necesario ni aceptable exigir a los particulares, que padecen violación de sus derechos fundamentales, que rompan la inercia de la Administración procurando un acto que certifique tal omisión y así hacer surgir el silencio administrativo.

Lo que procede en estos casos es que dicha inactividad pueda ser reclamada judicialmente en forma directa y que exista una tutela efectiva de sus derechos fundamentales. Por cierto, vale señalar que esa tutela judicial efectiva, no podría darse por los mecanismos de impugnación judicial contencioso administrativos reconocidos en la ley chilena vigente.

Nos referimos a la nulidad de derecho público y al reclamo de ilegalidad municipal, por obvio que parezca, nos haremos cargo de decir que en el caso de la nulidad de derecho público ante la inactividad de la Administración no existe acto que reputar como nulo, por lo tanto, una acción en ese sentido carecería de objeto.

Por su parte, el reclamo de ilegalidad municipal tampoco sería una vía idónea en tanto que su ámbito de aplicación está restringido solo a la Administración municipal y no considera especialmente los casos en que la inactividad de la Administración pueda generar omisiones de índole constitucional.

### 3. Los fallos de la Corte Suprema en los que se reconoce la omisión ilegal y arbitraria y se ordena a la Administración a dar resolución expresa

En una revisión de las sentencias dictadas por la CS desde el primer día hábil de enero hasta el día 13 de julio de 2022, donde el Servicio Nacional de Migraciones es el órgano recurrido, hemos encontrado ciento sesenta y seis (166) fallos que resuelven la omisión ilegal y arbitraria denunciada por los recurrentes, casos en los cuales la CS ha acogido los recursos (de protección y amparo) entendiendo que en ellos se configuraron violaciones de derechos fundamentales.

Lo anterior ha dado lugar a una verdadera línea jurisprudencial que no solo rompe con el mito denunciado por Vergara Blanco<sup>17</sup> según el cual no existen plazos fatales para la Administración, demostrando que aquella sí está sujeta a plazos<sup>18</sup>; sino que, además, configura la omisión de la Administración como un caso de omisión inconstitucional y no solo legal.

Para constatar dicha línea jurisprudencial, hemos usado la siguiente metodología: En primer lugar, utilizamos el buscador de causas disponible en la web del Poder Judicial<sup>19</sup>, centrándonos solo en las causas de protección y amparo contra el Servicio Nacional de Migraciones, y seleccionamos preliminarmente quinientos (500) fallos que parecían relevantes a este estudio; en segundo lugar, hicimos una nueva revisión para seleccionar y finalmente estudiar ciento sesenta y seis fallos que serán referidos a continuación, en los que, como se ha adelantado, se acogieron las acciones de amparo o los recursos protección por la omisión ilegal e inconstitucional en que ha incurrido la Administración.

a) *Los casos de amparo constitucional contra el Servicio Nacional de Migraciones*

De los casos estudiados, veinticuatro resuelven amparos interpuestos en contra de la inactividad de la Administración migratoria. Varios de estos fallos fueron resueltos aduciendo las mismas razones, en vista de lo cual podemos agrupar estas razones como sigue:

En seis fallos<sup>20</sup> se puede leer un considerando, que en todos los casos es el segundo<sup>21</sup>, del cual se desprende que en esas causas la Administración migratoria excedió el plazo indicado en el artículo 27 de la Ley N° 19.880 sin que se hubiese dictado el acto terminal, además del considerando tercero<sup>22</sup> se desprende que tal incumplimiento importa un problema de seguridad jurídica que vulnera la garantía de seguridad individual y en consecuencia

<sup>17</sup> VERGARA 2017, 177 y 178.

<sup>18</sup> Como se evidencia en MATHEUS 2022, 307-319.

<sup>19</sup> <https://www.pjud.cl/>

<sup>20</sup> De la Corte Suprema del año 2022 identificados como *Renodavich Monteagudo con Servicio Nacional De Migraciones*, *González con Servicio Nacional De Migraciones*, *Suárez con Servicio Nacional De Migraciones*, *Bonfiglio con Servicio Nacional De Migraciones*, *Habimelec con Servicio Nacional De Migraciones*, *Perdomo con Servicio Nacional De Migraciones*.

<sup>21</sup> Segundo: Que desde la fecha en que dicha autoridad administrativa acogió a trámite las solicitudes de regularización migratoria y de visas temporarias, respectivamente han transcurrido más de doce meses, sin que se haya dictado el acto terminal correspondiente –no mediando razones de fuerza mayor o caso fortuito–, infringiéndose con ello lo preceptuado en el artículo 27 de la Ley 19.880, norma que dispone que “Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de seis meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final”.

<sup>22</sup> “Tercero: Que las circunstancias antes descritas importan necesariamente un problema de seguridad jurídica, dejando a los actores en una situación de incertidumbre completamente injustificada, vulnerándose de este modo la garantía fundamental de la seguridad individual a su respecto... se declara que éste queda acogido, debiendo la autoridad migratoria pronunciarse en un plazo que no excederá de...”.

se obliga a la Administración a dictar el acto terminal en un plazo perentorio (que varía entre 15 a 60 días).

En sentido similar en otros seis fallos<sup>23</sup> se señala, en el considerando segundo<sup>24</sup>, que la no resolución de petición de los recurrentes los coloca en una situación de incertidumbre injustificada por lo cual se acoge el amparo y se ordena a la Administración a decidir las solicitudes en un plazo perentorio que también oscila entre 15 a 60 días.

Por su parte en otros dos fallos<sup>25</sup> se señala en la primera parte<sup>26</sup> de la sentencia que los plazos que se ha tomado la Administración exceden lo razonable y perturban la libertad ambulatoria de los amparados por lo cual se revoca la sentencia y se acoge el amparo.

A la misma conclusión se llega en otro fallo<sup>27</sup> en que el amparado mantenía un trámite de refugio cuya tramitación tenía más de tres años sin que hubiera respuesta por parte de la Administración, por lo cual también se concluyó que existía omisión inconstitucional por violar el derecho a libertad ambulatoria.

Igualmente, en otra causa<sup>28</sup> en que se impidió la tramitación del procedimiento administrativo, la Corte Suprema señala que ha habido omisión ile-

<sup>23</sup> De la Corte Suprema del año 2022 identificados como *Boscán García con Servicio Nacional De Migraciones*, *Arteaga Perdomo con Servicio Nacional De Migraciones*, *Leyva Leyva con Servicio Nacional De Migraciones*, *Torres Fiorini con Servicio Nacional De Migraciones*, *Pierina Penimpepe con Servicio Nacional De Migraciones*, *Toro Chacón con Departamento de Extranjería*.

<sup>24</sup> "2º) Que desde la fecha en que dicha autoridad administrativa acogió a trámite la solicitud de permanencia definitiva, no se ha emitido un pronunciamiento sobre ella, por lo que la situación de no resolución de la petición efectuada importa, también, un problema de seguridad que coloca al recurrente en una situación de incertidumbre completamente injustificada... se acoge el recurso de amparo deducido... para que la autoridad administrativa en un plazo de... se pronuncie sobre la solicitud".

<sup>25</sup> Ambos de la Corte Suprema del año 2022 identificados como *Estrada Borges con Servicio Nacional De Migraciones*, *Caballero Batista con Servicio Nacional De Migraciones*.

<sup>26</sup> Vistos y teniendo únicamente presente, que la tramitación de la solicitud... se ha extendido por un lapso que excede de lo razonable, lo cual perturba el ejercicio de su derecho a la libertad ambulatoria, se revoca la sentencia apelada... y, en su lugar se dispone que se acoge la acción de amparo a su respecto, debiendo la autoridad migratoria pronunciarse...

<sup>27</sup> Identificado como *Chirino Bernal con Servicio Nacional De Migraciones*, 2022 se señala "Vistos y teniendo únicamente presente: Que la tramitación de la solicitud de refugio del amparado... se ha extendido por un lapso que excede de lo razonable, lo cual perturba el ejercicio de su derecho a la libertad ambulatoria, se revoca la sentencia apelada... y, en su lugar se dispone que se acoge la acción de amparo a su respecto, debiendo la autoridad migratoria pronunciarse a en plazo de treinta días...".

<sup>28</sup> De la Corte Suprema año 2022 identificado como *Méndez Soto con Departamento de Extranjería*, 2022 se señala "4º. Que, al no permitir la autoridad que el recurrente formalice su petición de refugio, mediante la entrega material del respectivo formulario, el Servicio de Extranjería y Migración ha incumplido con los deberes que le imponen tanto los convenios de Derechos Humanos (que, conforme al artículo 5 inciso segundo de la Constitución, el Estado y sus órganos tienen obligación de respetar y promover), como las disposiciones legales antes citadas. Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la sentencia apelada de veinte de enero de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones

gal y arbitraria en contravención no solo de la Constitución sino que también de los tratados internacionales en la materia.

Asimismo, en otra sentencia<sup>29</sup>, en el considerando séptimo<sup>30</sup> se otorgan treinta días a la Administración para que decida sobre la solicitud de la amparada, determinando que la conducta de aquella ha resultado en la violación de su libertad ambulatoria y además ha repercutido en una violación a su derecho a reunificación familiar.

En otra causa<sup>31</sup>, si bien había concluido el procedimiento administrativo, la Administración en este caso había dilatado injustificadamente poner a disposición del amparado el acto administrativo que resolvía su solicitud, por ello, la Corte Suprema determinó<sup>32</sup> que dicha demora constituía una inacción arbitraria que hacía procedente el amparo.

Finalmente, respecto de las acciones de amparo, se observan otras seis sentencias<sup>33</sup>, que confirman las sentencias apeladas de diversas Cortes de Apelaciones a nivel nacional las cuales acogen las acciones declarando la omisión ilegal y arbitraria por vulneración del artículo 19, N° 7 de la Constitución.

b) *Los recursos de protección constitucional contra el Servicio Nacional de Migraciones*

Los fallos analizados en su mayoría resuelven recursos de protección, así, tenemos ciento cuarenta y dos (142) fallos en los que se pueden agrupar los criterios como sigue:

---

de Santiago en el Ingreso Corte N° 83-22 y en su lugar se declara que se acoge la acción constitucional de amparo deducida... solo en cuanto se dispone que el Departamento de Migraciones deberá acoger a tramitación sus solicitudes de refugio...".

<sup>29</sup> De la Corte Suprema año 2022 identificada como *Ascanio con Servicio Nacional de Migraciones*.

<sup>30</sup> "Séptimo: Que, en consecuencia, corresponde acoger el presente recurso de amparo, pues la conducta de la recurrida resulta ilegal, ya que se actúa al margen de las normas vigente y además, en forma arbitraria al realizar actos genéricos y vagos que no reparan en la situación particular de la amparada, afectando con ello la garantía prevista en el artículo 19, N° 7 de la Carta Fundamental, desconociendo además el derecho a la reunificación familiar de ésta con su hija en Chile... se declara que se acoge la acción constitucional... y se dispone que la recurrida, a través de su Consulado en Venezuela, admita a trámite su visa temporaria dependiente, debiendo en consecuencia citarla a entrevista en el Consulado de Chile correspondiente, para el día y hora a fijarse, dentro de un plazo razonable que no podrá exceder de treinta días corridos".

<sup>31</sup> De la Corte Suprema año 2002 identificada como *Fasan con Departamento de Extranjería*.

<sup>32</sup> "Que del mérito de los antecedentes se colige que el amparado oportunamente –con fecha 19 de noviembre de 2021– pagó la orden de giro correspondiente a la visación de residencia temporaria solicitada de conforme el Acuerdo de Residencia Mercosur, motivo por el cual no existe razón alguna que justifique la dilación por parte de la Administración en poner a disposición del amparado el estampado electrónico correspondiente, transformándose dicha inacción en arbitraria, lo que lleva al acogimiento de la acción constitucional intentada".

<sup>33</sup> En las causas de la Corte Suprema del año 2022 identificadas como *Rojas con Servicio Nacional de Migraciones*, *Tamayo con Servicio Nacional de Migraciones*, *Urbina con Servicio Nacional de Migraciones*, *Cuevas con Servicio Nacional de Migraciones*, *Peralta con Departamento de Extranjería* y *Colina con Departamento de Extranjería*.

En los fallos recaídos en cincuenta y seis causas<sup>34</sup>, se puede encontrar un considerando que en todos está identificado como “cuarto”<sup>35</sup> en el que la CS ha señalado expresamente que la “dilación” en la tramitación de los procedimientos administrativos ha configurado una omisión ilegal y además arbitraria –inconstitucional– por violar la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Política.

Argumentación similar se encuentra en otras setenta y un causas<sup>36</sup>, en las que la Corte Suprema expresamente señala, también en todos los casos

<sup>34</sup> De la Corte Suprema del año 2022 identificadas *Díaz con Departamento de Extranjería*, *Fleu- risma con Departamento de Extranjería*, *González con Departamento de Extranjería*, *Rodríguez con Departamento de Extranjería*, *Hernández con Departamento de Extranjería*, *Pineda con De- partamento de Extranjería*, *Sarwar con Departamento de Extranjería*, *Medina con Departamento de Extranjería*, *Pérez con Departamento de Extranjería*, *De los Santos con Departamento de Extranjería*, *Vital con Departamento de Extranjería*, *Martínez con Departamento de Extranjería*, *Liriano con Departamento de Extranjería*, *Carrero con Departamento de Extranjería*, *Castellano con Departamento de Extranjería*, *Rangel con Departamento de Extranjería*, *Cañizalez con De- partamento de Extranjería*, *Bitriago con Departamento de Extranjería*, *Jallaro con Ministerio del Interior y Seguridad Pública*, *Cedre con Departamento de Extranjería*, *Castillo con Departamento de Extranjería*, *Aponcio con Departamento de Extranjería*, *Altuve con Departamento de Extran- jería*, *García con Departamento de Extranjería*, *Huang con Departamento de Extranjería*, *Hadla con Servicio Nacional de Migraciones*, *Quijada con Departamento de Extranjería*, *Guerra con Departamento de Extranjería*, *Rodríguez con Departamento de Extranjería*, *Chacón con Depar- tamento de Extranjería*, *Verenzuela con Departamento de Extranjería*, *Araujo con Departamento de Extranjería*, *Rivas con Servicio Nacional de Migraciones*, *Montilla con Departamento de Ex- tranjería*, *Perdomo con Departamento de Extranjería*, *López con Bellolio*, *Flórez con Departa- mento de Extranjería*, *Martínez con Departamento de Extranjería*, *Hernández con Departamento de Extranjería*, *Pachano con Subsecretaría del Ministerio del Interior y Seguridad Pública*, *Zibetti con Departamento de Extranjería*, *Agüero con Departamento de Extranjería*, *Valbuena con De- partamento de Extranjería*, *Romero con Departamento de Extranjería*, *Martínez con Departamen- to de Extranjería*, *Belandria con Departamento de Extranjería*, *Zambrano con Departamento de Extranjería*, *Darias con Departamento de Extranjería*, *Martínez con Departamento de Extranjería*, *Rodríguez con Departamento de Extranjería*, *Rodríguez con Departamento de Extranjería*, *López con Departamento de Extranjería*, *Villasana con Departamento de Extranjería*, *Toledo con Depar- tamento de Extranjería*, *Martínez con Departamento de Extranjería*.

<sup>35</sup> Cuarto: Que, por tanto, la dilación del recurrido en el pronunciamiento sobre la mentada solicitud... debe ser calificada de ilegal y arbitraria porque vulnera la garantía de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, en tanto importa una discrimi- nación en contra de la recurrente en relación con el trato dispensado a otros interesados que, en situación jurídica equivalente, han podido tramitar debidamente sus solicitud, obteniendo una respuesta formal en la que se contengan las razones conforme a las cuales la autoridad ha adoptado la decisión terminal pertinente... se acoge el recurso de protección interpuesto, solo en cuanto se dispone que el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior deberá emitir el pronunciamiento que en derecho corresponda respecto de la solicitud de per- manencia definitiva presentada ante ella por la parte recurrente dentro del plazo de...

<sup>36</sup> De la Corte Suprema del año 2022 identificadas como *Salaya con Departamento de Extranje- ría*, *Rivero con Departamento de Extranjería*, *Padrón con Departamento de Extranjería*, *Villalba con Departamento de Extranjería*, *Márquez con Departamento de Extranjería*, *Suárez con De- partamento de Extranjería*, *Villamizar con Departamento de Extranjería*, *García con Departa- mento de Extranjería*, *García con Departamento de Extranjería*, *Corrales con Departamento de Extranjería*, *Urbina con Departamento de Extranjería*, *Segrera con Departamento de Extranjería*, *Barazarte con Departamento de Extranjería*, *Aquino con Departamento de Extranjería*, *Salazar con Departamento de Extranjería*, *Bermúdez con Departamento de Extranjería*, *Melo con Depar- tamento de Extranjería*, *López con Departamento de Extranjería*, *Mejías con Departamento de*

en el considerando “cuarto”<sup>37</sup>, que queda en evidencia que la Administración ha incumplido la normativa que le es aplicables, esto es, la Ley N° 19.880 especialmente el artículo 27 que le impone un límite temporal para resolver las solicitudes que le son llevadas a su conocimiento quebrantando igualmente los principios de celeridad, conclusivo, de economía procedimental, etc. En estos fallos, también en todos los casos en el considerando “sexto”<sup>38</sup> se señala que la omisión en respuesta por parte de la administración no es solo una omisión de tipo ilegal, sino que también vulnera directamente la Constitución, es decir, una omisión inconstitucional por lo cual se dispone en todos esos casos un plazo (que varía de una a otra sentencia) para que la Administración se pronuncie sobre las solicitudes de los recurrentes.

Además, de los casos señalados también la Corte Suprema ha controlado la inactividad de la Administración no solo en los casos en que se ha deja-

---

*Extranjería, Flores con Subsecretaría del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Márquez con Departamento de Extranjería, Escalona con Departamento de Extranjería, Sánchez con Departamento de Extranjería, Vásquez con Departamento de Extranjería, Ramírez con Departamento de Extranjería, Rodríguez con Departamento de Extranjería, Nieto con Departamento de Extranjería, Córdova con Departamento de Extranjería, Corales con Departamento de Extranjería, Graterol con Departamento de Extranjería, Maldonado con Departamento de Extranjería, Arias con Departamento de Extranjería, Montero con Departamento de Extranjería, Perozo con Departamento de Extranjería, Abufakher con Departamento de Extranjería, Huaman con Departamento de Extranjería, Mora con Departamento de Extranjería, Bermúdez con Departamento de Extranjería, Méndez con Departamento de Extranjería, Sánchez y otro con Departamento de Extranjería, Rojas con Departamento de Extranjería, Cetina con Subsecretaría del Ministerio del Interior, Díaz con Departamento de Extranjería, Barrios con Departamento de Extranjería, Nava con Departamento de Extranjería, Jaimés con Departamento de Extranjería, Silva con Departamento de Extranjería, Miranda con Departamento de Extranjería, Chacín con Subsecretaría del Interior, Montilla con Departamento de Extranjería, Capiro con Departamento de Extranjería, Ortiz con Departamento de Extranjería, Ortiz con Departamento de Extranjería, Castillo con Departamento de Extranjería, Páez con Departamento de Extranjería, Puerta con Departamento de Extranjería, Atencio con Departamento de Extranjería, Chavarri con Departamento de Extranjería, Nadales con Departamento de Extranjería, Gil con Departamento de Extranjería, Arraiz con Departamento de Extranjería, Aponte con Departamento de Extranjería, Lobos con Departamento de Extranjería, Corredor con Departamento de Extranjería, Suegart con Departamento de Extranjería, Oviedo con Departamento de Extranjería, Planes con Departamento de Extranjería, Crespo con Departamento de Extranjería, Contreras con Departamento de Extranjería, Ávila con Departamento de Extranjería y Zambrano con Departamento de Extranjería.*

<sup>37</sup> “Cuarto: Que, del mérito de lo informado por el recurrido, queda en evidencia el incumplimiento de la normativa que regula la actividad de la Administración, toda vez que la autoridad respectiva ha desconocido la aplicación de los principios de celeridad, conclusivo, de economía procedimental e inexcusabilidad, en tanto ha dilatado la decisión de la solicitud de residencia definitiva presentada por más de seis meses, excediendo el plazo establecido en el artículo 27 de la mencionada Ley N° 19.880...”.

<sup>38</sup> “Sexto: Que la omisión en que incurrió la administración no solo debe ser calificada de ilegal, sino que, además, vulnera la garantía de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, se acoge el recurso de protección interpuesto en contra del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, con el solo objeto que la citada autoridad emita el pronunciamiento que en derecho corresponda respecto de la solicitud de residencia definitiva presentada ante ella por la parte recurrente, requerida la información que estime necesaria, dentro del plazo de...” (Vale señalar que se ha omitido la última parte del considerando donde se establece el plazo de cumplimiento de la sentencia porque varían de caso a caso, entre 15 hasta 90 días).

do de emitir el acto que ponga fin al procedimiento sino también en aquellos en que la inactividad se traduce en la no apertura del procedimiento, es decir, en la omisión de tramitación del procedimiento debido, para entrar a conocer la solicitud de los requirentes.

En tal sentido, en cinco causas<sup>39</sup>, la Corte Suprema dispone que ha habido omisión ilegal y arbitraria y ordena a la Administración a tramitar los procedimientos administrativos a los recurrentes estableciendo plazos perentorios para ello.

También puede referirse una causa<sup>40</sup> que confirma la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Santiago donde esta señaló<sup>41</sup> que todas las diligencias previas que se exigieran a los solicitantes, destinadas a impedir el inicio del procedimiento administrativo (a omitirlo) constituían una vulneración del derecho a no discriminación contemplado en la Constitución.

Por último, respecto de los recursos de protección, vale señalar que otras ocho sentencias<sup>42</sup> que confirmaron las sentencias apeladas en las que se comparte el mismo criterio, es decir, que la omisión en el pronunciamiento constituye una omisión no solo ilegal sino que inconstitucional por violar la garantía de igualdad consagrada constitucionalmente.

#### c) *Sobre los amparos y los recursos de protección constitucional*

De todos los fallos referidos, destaca la importancia que tiene para el derecho que los procedimientos administrativos terminen con una resolución expresa que resuelva la cuestión planteada o solicitada por los particulares a la Administración.

Dicha importancia se ve reforzada con la adopción del principio conclusivo en el artículo 4 de la Ley N° 19.880 con el que "(...) el legislador lo que

<sup>39</sup> De la Corte Suprema año 2022 identificadas como *Quevedo con Ministerio del Interior y Seguridad Pública*, *Álvarez con Ministerio del Interior*, *Aponte con Bellolio*, *Sáez con Bellolio*, *Vicuña con Departamento de Extranjería*.

<sup>40</sup> De la Corte Suprema año 2022 identificada como *Instituto Nacional de Derechos Humano con Bellolio*.

<sup>41</sup> En la causa de la Corte de Apelaciones de Santiago año 2021 identificada como *Instituto Nacional de Derechos Humano con Bellolio* se señaló "8°. Que, en este escenario, resulta ilegal y arbitrario, que por diligencias previas que se exigen a los extranjeros o por juicios anticipados de los funcionarios de migración se prive a estas personas del derecho de iniciar el procedimiento correspondiente conforme a la Ley N° 20.430 ya citada, e impedir así que la Secretaría técnica sea la que evalúe los antecedentes de rigor, vulnerándose de esta forma el derecho de igualdad ante la ley, al discriminárseles frente a otras personas que siendo extranjeras han podido iniciar su trámite, por lo que se adopta una medida de cautela en su favor. Y de acuerdo, también, con lo preceptuado en los artículos 20 de la Constitución Política de la República, y en los N°s 1, 3 y 7 del Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección, se resuelve: Que, se ACOGE, sin costas, el recurso de protección".

<sup>42</sup> De la Corte Suprema año 2022 identificadas como *Aponte con Departamento de Extranjería*, *Piccioni con Departamento de Extranjería*, *Hassoun con Departamento de Extranjería*, *Anzola con Departamento de Extranjería*, *Martínez con Servicio Nacional de Migraciones*, *Lugo con Servicio Nacional de Migraciones*, *Izquierdo con Departamento de Extranjería* y *Torres con Departamento de Extranjería*.

busca es establecer el deber de la Administración de adoptar una resolución sobre el asunto de que conoce<sup>43</sup> y con la limitación temporal de máximo seis meses que tiene la Administración para, en efecto, concluir los procedimientos, limitación consagrada en el artículo 27 de la misma ley.

Por tanto, el principio conclusivo debe entenderse como una garantía para los particulares no solo de que su pretensión será resuelta, sino que dicha resolución no podrá demorar más de seis meses y que si ello sucede, es decir, si vence ese plazo sin que se haya completado la sustanciación del respectivo procedimiento, la jurisprudencia es clara en que procede condenar tales omisiones por ilegales, arbitrarias y, al menos en un número importante de casos, por inconstitucionales.

Asimismo, se ha puesto de relieve, no solo la necesidad de conclusión de los procedimientos ya iniciados, sino también de la importancia que tiene que las solicitudes de los particulares discurran a través de ese cauce que se erige como garantía de resguardo de sus derechos, que no es más que el debido procedimiento administrativo, que como apunta Díez Sánchez admite dos precisiones: "El procedimiento juridifica la actuación administrativa al someterla a reglas o pautas formales. El procedimiento permite a los ciudadanos conocer de antemano el desarrollo de aquella actuación, garantizando así la defensa de sus derechos e intereses frente a ella. [y continúa diciendo] La significación de la implantación del procedimiento como proceso debido y predeterminado, representa una conquista histórica fruto de la vigencia del Estado de Derecho..."<sup>44</sup>.

## II. Problemas del recurso de protección y del amparo constitucional como respuesta a la inactividad de la Administración

En la primera parte de este trabajo hemos evidenciado cómo la Corte Suprema de Chile ha ido estableciendo una línea jurisprudencial que permite afirmar que la inactividad de la Administración puede constituir un caso de omisión inconstitucional al menos cuando se establezca que han sido violados derechos fundamentales.

Sin embargo, antes de plantear las conclusiones queremos dejar sentados algunos comentarios críticos respecto de las vías jurisdiccionales que en sede constitucional se están utilizando para atacar la inactividad de la Administración.

1. No son vías idóneas para atender omisiones ilegales (necesidad de una vía especial)

Si bien en el caso de la omisión inconstitucional de la Administración se ha acudido con favorables resultados a planteamientos jurisdiccionales en sede constitucional que han terminado por entregar tutela judicial en los cientos

<sup>43</sup> BERMÚDEZ 2014, 183.

<sup>44</sup> Díez 1992, 28.

de casos aquí referidos, no es menos cierto que en todos esos casos se ha comprobado la violación de derechos fundamentales, específicamente de dos derechos, en el caso de los recursos de protección se ha constatado la violación del derecho a la igualdad y en el caso del amparo se ha constatado la violación del derecho a la libertad ambulatoria.

Todo esto da pie a preguntarse ¿qué sucede en los casos en que la inactividad de la Administración no conlleva una omisión inconstitucional por no violar derechos fundamentales, sino derechos o intereses protegidos por la legislación, la regulación sublegal o un acto particular? ¿Deben entonces los particulares soportar la inactividad cuando esta es solo ilegal o infralegal?

En un Estado de derecho no parece razonable que los órganos jurisdiccionales puedan controlar la inactividad de la Administración solo si esta es inconstitucional y que se imponga la carga indebida a los particulares de soportar omisiones ilegales que, si bien no violan un derecho fundamental, igual pueden causar daños en su ámbito de derechos e intereses en un sentido general.

Pensamos que, como se dijo anteriormente, las vías de impugnación contencioso administrativas que existen en el derecho chileno son inidóneas para controlar la inactividad de la Administración, por lo que lo más razonable sería que este vacío lo cubra el legislador normando un procedimiento especial destinado a proteger a los particulares frente a la arbitrariedad de la Administración que decide mantenerse inerte cuando en derecho le corresponde actuar<sup>45</sup>.

## 2. No son vías idóneas para proteger todos los derechos fundamentales

Respecto de los derechos fundamentales, ya se ha indicado que las vías constitucionales usadas (amparo y protección) han servido hasta ahora para proteger en específico dos derechos fundamentales, pero respecto de esto también surge una interrogante ¿qué sucede con el resto de los derechos fundamentales?

Pues bien, puede afirmarse que el amparo directamente estaría vedado para plantearse en casos de violación de otros derechos protegidos constitucionalmente, ya que este protege exclusiva y excluyentemente el derecho a la libertad personal.

<sup>45</sup> Al respecto, es de utilidad consultar el estudio preliminar de BREWER-CARÍAS 2019, 90 en el que afirma: "Otro de los procesos contencioso-administrativos que en las últimas décadas se ha regulado en la mayoría de las leyes sobre la materia, ha sido el proceso contencioso administrativo contra la carencia, la omisión o la abstención de la Administración Pública". Asimismo, resultan opciones a considerar los procedimientos que en países de la región se aplican para controlar, en sentido amplio, la inactividad de la Administración como Colombia –artículos 146 y 159 y ss., proceso común–, Perú –artículos 26 y ss., proceso urgente–, El Salvador –artículos 88 y ss., proceso especial–, Nicaragua –artículos 48 y ss., proceso común– y Costa Rica –artículos 42 y ss., proceso común–, en todos los cuales existen vías procesales, comunes o especiales, dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las demandas en contra de la inactividad de la Administración. Ver, en la misma obra, 90 a 93.

Por su parte, el recurso de protección si bien puede plantearse para proteger un espectro más amplio de derechos fundamentales, tal como lo establece el artículo 20 de la Constitución vigente, también es limitativo en cuanto a la cantidad de derechos que pueden protegerse por esa vía.

Como señala Ferrada “Precisamente esta última circunstancia, es decir, la exigencia de encontrarse ante una verdadera afectación de un derecho fundamental específico, y no solamente la presencia de un acto u omisión ilegal de la Administración del Estado constituye una limitación relevante de este proceso de tutela de derechos fundamentales como contencioso administrativo, lo que obviamente es consecuencia del objeto o finalidad del mismo. Ello restringe severamente la utilidad del recurso de protección como proceso administrativo, replanteando en el derecho chileno la necesidad de configurar un contencioso administrativo general”<sup>46</sup>.

En vista de ello, puede considerarse que las vías de impugnación constitucional que se vienen usando hasta ahora serían insuficientes para proteger otros derechos fundamentales distintos a los que se vienen protegiendo y también cabría preguntarse si sería realmente viable que toda inactividad que de alguna u otra forma viole derechos fundamentales reconocidos en la Constitución pueda impugnarse en sede jurisdiccional constitucional. Esta duda surge, porque como plantea el profesor Raúl Bertelsen<sup>47</sup>, en estos casos los llamados derechos sociales ponen de manifiesto un problema respecto de quién o cómo deben ser garantizados.

Vale igualmente señalar, que, como exponen Ferrada, Bordalí y Cazor<sup>48</sup>, estas vías jurisdiccionales (los autores hacen referencia al recurso de protección pero valen las mismas consideraciones para el amparo) puedan desnaturalizarse si se usan indiscriminadamente para atacar cualquier inactividad de la administración siempre que aquella pueda de alguna manera vincularse a algún derecho reconocido constitucionalmente.

### 3. Poderes del juez para controlar la inactividad u omisión

Las últimas consideraciones o comentarios que queremos hacer están destinados a los poderes del juez cuando se presentan a su conocimiento omisiones provenientes de la Administración.

Hasta ahora la Corte Suprema, en múltiples fallos<sup>49</sup>, ha declarado expresamente que no entrará a conocer si procede o no otorgar lo pedido por los recurrentes a la Administración, ya que, eso debe expresarse en un acto administrativo.

<sup>46</sup> FERRADA 2020, 92.

<sup>47</sup> BERTELSEN 1969, 140.

<sup>48</sup> FERRADA, BORDALÍ y CAZOR 2003, 67-81.

<sup>49</sup> Por todos ver la causa de la Corte Suprema de 2022 identificada como *Salaya con Departamento de Extranjería*.

De esa manera, ha dejado claro que solo le corresponde instar a la Administración a dictar el acto pendiente o iniciar el procedimiento administrativo en otros casos.

Pero, de nuevo, surgen interrogantes en este punto, pues, cuando se trata de derechos fundamentales vulnerados, que en unos casos violan la igualdad y en otros más graves aun violan la libertad ambulatoria, nos preguntamos si es realmente efectiva la tutela judicial que se limita a decirle a la Administración que dicte el acto pendiente.

Cabe preguntarse también si en casos de actos mayormente reglados, donde el rechazo o aprobación de la solicitud pasa por el cumplimiento de requisitos, podría el juez directamente constatar el cumplimiento o no de dichos requisitos y decidir si procede otorgar lo pedido por el solicitante, más allá de solamente constatar la omisión ilegal e inconstitucional.

Por supuesto no estamos aquí abogando por lo que podría llamarse activismo judicial y mucho menos por un quebrantamiento de la separación de poderes, sin embargo, creemos que la pregunta es legítima cuando se trata de actos que son de efectos personalísimos para los solicitantes, como ocurre con los casos analizados en este trabajo.

Y estas preguntas surgen porque una vez constatada la omisión ilegal e inconstitucional e instada la Administración a cumplir la sentencia en un plazo determinado, podría suceder (como en efecto sucede, basta revisar los mismos casos aquí analizados) que la Administración no cumpla la sentencia en el plazo que le ha sido otorgado.

En estos casos, ante el incumplimiento de la Administración, como expone Beltrán de Felipe "(cuando la Administración ha incumplido una sentencia), el sujeto ejecutado queda plenamente sometido a todas las facultades coercitivas de ejecución... Sencillamente, la potestad de hacer que corresponda la realidad de los hechos con lo dispuesto en la sentencia, una vez transcurrido infructuosamente el plazo de cumplimiento, responde a una función jurisdiccional plena y exclusiva (hacer ejecutar lo juzgado)... El TC, y este es el dato decisivo, ha admitido expresamente que dicha potestad incluye la sustitución del sujeto ejecutado (de la Administración)<sup>50</sup>.

En el mismo sentido García de Enterría y Fernández señalan "Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el órgano jurisdiccional podrá, para actuar es ejecución forzosa: ejecutar la sentencia a través de sus propios medios... esto es, sustituir con su propia decisión judicial la decisión requerida por la sentencia y omitida por la Administración..."<sup>51</sup>.

Si en estos casos se rechaza que el juez pueda sustituirse *ab initio* al menos habría que plantearse la posibilidad de que lo haga ante un incumpli-

<sup>50</sup> BELTRÁN 1995, 191-192.

<sup>51</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2006, 669 y 670.

miento de la sentencia teniendo en cuenta, de nuevo, que se trata de omisiones inconstitucionales, es decir, que afectan derechos fundamentales<sup>52</sup>.

## Conclusiones

Algunos autores consideran que el único agente de omisión inconstitucional sería el legislador pues es el encargado de ejecutar directamente la Constitución, mientras que, por ejemplo, la Administración no podría ser agente de omisión constitucional dado su vinculación directa a la ley.

Esta postura, sin embargo, es refutada por otros autores quienes reconocen la doble vinculación de la Administración, tanto a la ley como a la Constitución y con ello la posibilidad de que la Administración con su acción u omisión pueda directamente violar la Constitución.

Esta tesis ha sido reconocida jurisprudencialmente en Chile, donde la Corte Suprema, solo en el año 2022, ha dictado más de ciento sesenta fallos en los que declara que la inactividad de la Administración constituye no solo una omisión ilegal por violar lo dispuesto en la ley sino que también una omisión inconstitucional por violar derechos fundamentales.

Siendo así, por vía jurisdiccional de amparo o protección, la Corte Suprema ha entregado tutela judicial a los reclamantes que han padecido la inactividad de la Administración y ha ordenado a aquella a hacer lo necesario para terminar con dicha inactividad, bien sea abrir el procedimiento que corresponde o dictar el acto administrativo definitivo.

En casos de inactividad, no es necesario que los recurrentes hagan uso de otra figura jurídica diferente a la vía judicial para atacar la inactividad, como podría ser el silencio administrativo, pues este tiene otras características y, una vez que se configura, el caso queda ya no en el plano de la inactividad sino de la actividad supuesta o presunta, por ser una ficción legal que concede o rechaza la petición, aunque no exista materialmente un acto administrativo.

A pesar de que en los casos analizados se ha entregado tutela judicial en casos de inactividad de la Administración que se configuran como omisio-

<sup>52</sup> Vale señalar, como advierte BREWER-CARIÁS 2019, 106 y 107 que estos poderes no son ajenos a legislaciones de países hispanoamericanos por ejemplo El Salvador "...Ley de la jurisdicción Contencioso Administrativa... El artículo 67 de la ley, en todo caso de incumplimiento de las sentencias, establece las potestades del Tribunal para proceder a su ejecución forzosa, pudiendo: "a. Ejecutarla a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y demás servidores del órgano de la Administración o del concesionario que hubiere sido condenado o, en su defecto, de otros órganos de la Administración Pública. b. Adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias hasta lograr la eficacia del fallo, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo al órgano de la Administración Pública o al concesionario que hubiere sido condenado", o Costa Rica "...Código de procedimiento Contencioso Administrativo... De acuerdo con el artículo 159... En todo caso, si después de impuestas las multas, persiste el incumplimiento de la Administración, el juez ejecutor puede: ... Adoptar las medidas necesarias y adecuadas para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente a la conducta omitida, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración Pública condenada; todo conforme a los procedimientos administrativos establecidos en el ordenamiento jurídico".

nes inconstitucionales, cabe reflexionar acerca de la idoneidad de estos mecanismos constitucionales (amparo y protección) para proteger los derechos de los particulares cuando la omisión se reputa solo ilegal y cabe asimismo reflexionar qué sucede cuando la inactividad viola otros derechos fundamentales no protegidos por el recurso de protección o el amparo constitucional, o vulnera derechos legales o sublegales, por ejemplo, ejercidos en sectores económicos.

Finalmente, vale también reflexionar acerca de los poderes del juez cuando se lleva a su conocimiento la inactividad de la Administración y de si será conforme a derecho que, al menos en algunos casos, aquel se “sustituya” en la Administración cuando pasado el plazo establecido en la sentencia aquella insiste en la inactividad.

### Bibliografía citada

- BELADÍEZ ROJO, Margarita (2000). La vinculación de la administración al derecho. *Revista de Administración Pública* (153), 315-349.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel (1995). *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*. Civitas, Madrid.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho administrativo general*. Thomson Reuters.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl (1969). *Control de constitucionalidad de la ley*. Editorial Jurídica de Chile.
- BREWER-CARIÁS, Allan (2019). *Leyes de lo Contencioso Administrativo en América Latina. Con estudio preliminar sobre la justicia administrativa en el derecho comparado latinoamericano*. Editorial Jurídica Venezolana International, Panamá.
- DIEZ SÁNCHEZ, Juan (1992): *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Civitas, Madrid.
- FERRADA, Juan Carlos (2020). *Justicia administrativa*. DER Ediciones Limitada.
- FERRADA, Juan Carlos; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; CAZOR ALISTE, Kamel (2003). El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. *Revista de derecho* (XIV), 67-81.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (1998). *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*. Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006). *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Editorial Aranzadi, Navarra.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón (2006). *Curso de derecho administrativo I*. Editorial Aranzadi, Navarra.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1955). La llamada doctrina del silencio administrativo. *Revista de administración pública* (16), 85-116.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1997). *Derecho administrativo español. El acto y el procedimiento administrativo, Tomo III*. Eunsa, Navarra.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (2007). *Instituciones de derecho administrativo*. Editorial Aranzadi, Navarra.
- MATHEUS HIDALGO, Mayerlin (2022). La Administración Pública sí está sujeta a plazos: Comentarios a partir del caso Schmidt con Departamento De Extranjería y Migración de 2020 y de más de sesenta fallos similares de 2021. *Revista de derecho administrativo económico* (35), 307-319.
- PEREDO ROJAS, Marcela (2019). *Hacia la configuración de la omisión como vicio de inconstitucionalidad, su posible control y sanción en el ordenamiento jurídico constitucional chileno*. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2022). *Diccionario de la Real Academia Española*.

- REBOLLO PUIG, Manuel (1991). Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno. *Revista de administración pública* (125), 7-173.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1997). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2017). La batalla contra las demoras excesivas en los procedimientos administrativos", en Eduardo Soto Kloss [[Coord.] *El derecho administrativo y la protección de las personas. Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la PUC* (pp. 167-185). Ediciones UC.

### Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005. (Chile).
- Ley N° 19.880 de 2003. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. 22 de mayo de 2003. D.O. N° 37.570.

### Jurisprudencia citada

- Abufakher con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 25 de febrero 2022 (Rol N° 4979-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Agüero con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 2 de marzo 2022 (Rol N° 6557-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Anzola con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 11613-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Araujo con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 12000-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Aponcio con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 10753-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Aponte con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1043-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Aponte con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 23 de marzo 2022 (Rol N° 8943-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Altuve con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 8 de abril 2022 (Rol N° 10271-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Álvarez con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 8 de abril 2022 (Rol N° 10011-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Aponte con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 8 de abril 2022 (Rol N° 10268-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Aquino con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 1974-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Arias con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 9 de febrero 2022 (Rol N° 4647-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Arteaga con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 20 de mayo 2022 (Rol N° 15021-2022). Tercera Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Ascanio con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 8 de abril 2022 (Rol N° 10247-2022). Segunda Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Atencio con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1042-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Ávila con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1609-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Barazarte con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 1971-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Barrios con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 192-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].

- Bermúdez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 2564-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Bermúdez con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 37-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Bitriago con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 8 de abril 2022 (Rol N° 10526-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Bonfiglio con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 31 de mayo 2022 (Rol N° 17250-2022). Segunda Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Boscán con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 18 de mayo 2022 (Rol N° 14222-2022). Tercera Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Caballero con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 28 de marzo 2022 (Rol N° 8839-2022). Segunda Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Castillo con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 10756-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Capiro con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 677-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Castillo con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 676-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Cetina con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 197-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Chacín con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 672-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Chavari con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1041-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Chirino con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 13 de abril 2022 (Rol N° 10795-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Cañizales con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 8 de abril 2022 (Rol N° 10270-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Carrero con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 8 de abril 2022 (Rol N° 10026-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Carabali con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 11 de mayo 2022 (Rol N° 12873-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Castellano con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 8 de abril 2022 (Rol N° 10269-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Contreras con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1519-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Corredor con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1239-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Crespo con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1355-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Corales con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 9 de febrero 2022 (Rol N° 4344-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Córdova con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 9 de febrero 2022 (Rol N° 3991-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Cuevas con Ministerio de Interior y Seguridad* (2022): Corte Suprema, 30 de mayo 2022 (Rol N° 16973-2022). Tercera Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Cedre con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 10760-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Chacón con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 11738-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Díaz con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 11056-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Darias con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 16 de marzo 2022 (Rol N° 7854-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].

- De Los Santos con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 11 de mayo 2022 (Rol N° 12874-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Díaz con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 194-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Escalona con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 9 de febrero 2022 (Rol N° 3118-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Fasan con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 24 de febrero 2022 (Rol N° 5468-2022). Segunda Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Flores con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 2916-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Fleurisma con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 11045-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Flórez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 2 de marzo 2022 (Rol N° 6324-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- García con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 1980-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- García con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 1979-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- García con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 10755-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Gil con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1045-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- González con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 7 de julio 2022 (Rol N° 22205-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- González con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 26 de mayo 2022 (Rol N° 16197-2022). Tercera Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Guerra con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de abril 2022 (Rol N° 11735-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Graterol con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 9 de febrero 2022 (Rol N° 4617-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Habimelec con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 21 de abril 2022 (Rol N° 11327-2022). Segunda Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Hassoun con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 12092-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Hasen con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 18 de mayo 2022 (Rol N° 10910-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Hernández con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 7 de julio 2022 (Rol N° 22692-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Hernández con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 2 de marzo 2022 (Rol N° 6406-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Huaman con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 25 de febrero 2022 (Rol N° 5910-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Huang con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 5 de abril 2022 (Rol N° 10765-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Instituto Nacional De Derechos Humanos/Bellolio* (2022): Corte Suprema, 8 de junio 2022 (Rol N° 14543-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Instituto Nacional De Derechos Humanos/Bellolio* (2022): Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de mayo 2022 (Rol N° 38904-2021). Tercera Sala. [Recurso de Protección].
- Izquierdo con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 15 de junio 2022 (Rol N° 14544-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Jaimes y otros con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 527-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Jallaro con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 10768-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].

- Leyva y otra con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 19 de abril 2022 (Rol N° 11039-2022). Segunda Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Liriano con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 8 de abril 2022 (Rol N° 10273-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Lobos con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1056-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- López con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 2554-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- López con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 16 de marzo 2022 (Rol N° 8290-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- López/Belloio* (2022): Corte Suprema, 18 de mayo 2022 (Rol N° 12350-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Lugo con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 15 de junio 2022 (Rol N° 15159-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Maldonado con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 9 de febrero 2022 (Rol N° 4639-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Martínez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 30 de marzo 2022 (Rol N° 9465-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Martínez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 4 de abril 2022 (Rol N° 8207-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Martínez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 14 de marzo 2022 (Rol N° 7444-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Martínez y otro con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 2 de marzo 2022 (Rol N° 6405-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Martínez con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 8 de abril 2022 (Rol N° 10263-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Márquez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 1802-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Márquez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 2939-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Medina con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 11 de mayo 2022 (Rol N° 12618-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Mejías con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 2907-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Melo con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 2555-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Méndez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 189-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Méndez y otro con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 9 de febrero 2022 (Rol N° 3716-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Miranda con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 536-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Mora con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 41-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Montero con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 25 de febrero 2022 (Rol N° 4852-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Montilla con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 665-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Montilla con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 11996-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Nadales con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1051-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Nava con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 548-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].

- Nieto con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 9 de febrero 2022 (Rol N° 3963-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Ortiz y otra con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 669-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Ortiz con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 670-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Oviedo con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1356-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Pachano con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 2 de marzo 2022 (Rol N° 6512-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Páez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 836-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Padrón con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 1805-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Pennimpede con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 29 de marzo 2022 (Rol N° 8984-2022). Segunda Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Perdomo con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 21 de abril 2022 (Rol N° 11319-2022). Segunda Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Perozo con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 25 de febrero 2022 (Rol N° 4954-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Peralta con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 7 de marzo 2022 (Rol N° 6450-2022). Segunda Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Perdomo con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 11 de mayo 2022 (Rol N° 12360-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Pérez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 11 de mayo 2022 (Rol N° 12755-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Piccioni con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 9 de febrero 2022 (Rol N° 4230-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Pineda con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 11599-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Planes con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1232-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Puerta con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1024-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Quevedo con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2022): Corte Suprema, 6 de abril 2022 (Rol N° 9770-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Quijada con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 10932-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Ramírez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 16 de febrero 2022 (Rol N° 3645-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Rangel con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 8 de abril 2022 (Rol N° 10272-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Rodríguez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 9 de febrero 2022 (Rol N° 3992-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Rodríguez con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 7 de marzo 2022 (Rol N° 6442-2022). Segunda Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Rodríguez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 16 de marzo 2022 (Rol N° 8292-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Rodríguez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 4 de abril 2022 (Rol N° 8213-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Rodríguez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 11737-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Rodríguez con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 4 de mayo 2022 (Rol N° 11270-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].

- Rojas con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 188-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Rojas con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 1 de junio 2022 (Rol N° 17716-2022). Segunda Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Romero con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 14 de marzo 2022 (Rol N° 7393-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Rosales con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 14 de marzo 2022 (Rol N° 7449-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Rivero con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1610-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Rivas con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 12013-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Sáez con Bellolio* (2022): Corte Suprema, 6 de abril 2022 (Rol N° 9028-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Salaya con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1620-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Salazar y otro con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 2381-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Sánchez y otro con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 193-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Sánchez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 9 de febrero 2022 (Rol N° 3093-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Sardua con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1044-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Sarwar con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 11 de mayo 2022 (Rol N° 12619-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Segrera con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 1984-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Silva con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 13 de enero 2022 (Rol N° 549-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Suegart con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 19 de enero 2022 (Rol N° 1354-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Suárez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 1806-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Suárez con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 26 de mayo 2022 (Rol N° 16198-2022). Tercera Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Toledo con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 11 de abril 2022 (Rol N° 8847-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Tamayo con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 9 de junio 2022 (Rol N° 12972-2022). Tercera Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Toro con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 15 de febrero 2022 (Rol N° 4317-2022). Segunda Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Torres con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 15 de marzo 2022 (Rol N° 7420-2022). Segunda Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Torres con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 11 de mayo 2022 (Rol N° 12629-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Urbina con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 1981-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Urbina con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 27 de mayo 2022 (Rol N° 16610-2022). Tercera Sala. [Apelación Amparo Constitucional].
- Villasan con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 16 de marzo 2022 (Rol N° 8769-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Valbuena con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 2 de marzo 2022 (Rol N° 7148-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].

- Vásquez con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 9 de febrero 2022 (Rol N° 3209-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Verenzuela con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 27 de abril 2022 (Rol N° 12004-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Vicuña con Servicio Nacional de Migraciones* (2022): Corte Suprema, 6 de abril 2022 (Rol N° 9466-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Villalba con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 1803-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Villamizar con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 1973-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Vital con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 15 de junio 2022 (Rol N° 15164-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Zambrano con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 26 de enero 2022 (Rol N° 1608-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Zambrano y otro con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 16 de marzo 2022 (Rol N° 7851-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].
- Zibetti con Departamento de Extranjería* (2022): Corte Suprema, 2 de marzo 2022 (Rol N° 6558-2022). Tercera Sala. [Apelación Recurso de Protección].

---

**Arancibia, Jaime; Flores, Juan Carlos, y Gómez, Rosa Fernanda (2023)**

*Acto y procedimiento administrativo. Análisis normativo, dogmático y jurisprudencial a veinte años de la Ley N° 19.880*, de Santiago: DER Ediciones, 320 pp.

---

La obra conjunta de los autores Arancibia, Flores y Gómez sobre procedimiento administrativo resulta contingente y necesaria, pues, como lo señala su título, el cuerpo normativo en comento cumple veinte años desde su dictación. Si bien no se trata de la primera obra en comentar este texto cabe destacar la oportunidad en que lo hace y su estructura simple y compacta. Por ello, es un trabajo imperdible para todos quienes quieran comprender y reflexionar en torno al desarrollo del procedimiento y acto administrativo en los últimos veinte años, sus avances y desafíos.

El libro se encuentra dividido de acuerdo a la misma estructura de capítulos de la Ley N°19.880: “Disposiciones Generales”; “El Procedimiento Administrativo”; “Publicidad y Ejecutividad de los Actos Administrativos”; “Revisión de los Actos Administrativos”; y “Disposiciones Finales”. En cada uno de estos capítulos, y artículo por artículo, los autores siguen, por regla general, la misma estructura: análisis normativo, concordancias y análisis jurisprudencial-criterios relevantes.

En la primera sección –análisis normativo– se comenta el contenido de mayor relevancia de cada artículo lo que permite al lector un entendimiento general de la disposición y su relevancia práctica. Luego, en la segunda sección se hace referencia a concordancias, principalmente al texto constitucional y a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, además de otros cuerpos especiales que son debidamente citados. Finalmente, y posiblemente donde se encuentra el mayor valor de esta obra, en la tercera sección –análisis jurisprudencial– se sistematizan los principales criterios, emanados tanto de la Contraloría General de la República como

de la Corte Suprema, de cada artículo de la Ley N° 19.880. Estos criterios son debidamente resumidos y luego la/s fuente/s es/son citada/s como nota al pie.

Adicionalmente, el libro contiene una sección de doctrina en relación con la Ley N° 19.880 publicada en los últimos veinte años. Como los autores destacan, se trata de un listado exhaustivo aunque no acabado. En este sentido, ciertamente hay ciertos trabajos académicos que no son mencionados y que podrían serlo en una próxima edición. Así, los autores contribuyen a la sistematización de la doctrina y lo hacen al agruparla por años. Este listado no solo facilita la búsqueda de material doctrinario para quienes investiguen o tengan dudas en cuanto a la aplicación de una determinada disposición, sino que además permite tener un panorama general acerca de la importancia de este cuerpo normativo y de la atención que ha recibido por parte de la doctrina.

Vamos ahora a un análisis de cada capítulo. Lo primero que se debe señalar es que la extensión de cada uno de estos capítulos no necesariamente es uniforme o correspondiente al número de artículos contenidos en cada uno de ellos. Este primer capítulo trata sobre las disposiciones generales de la Ley N° 19.880, donde se contiene el ámbito de la aplicación de este cuerpo normativo, el concepto de acto administrativo y los principios del procedimiento administrativo, entre otros aspectos. Especialmente, cabe resaltar el ámbito de aplicación de la Ley N° 19.880 que, como subrayan los autores, ha sido ampliado por la jurisprudencia para hacer aplicable esta normativa incluso a órganos de naturaleza privada. En cuanto a los principios, y especialmente aquellos que son originales de la Ley N° 19.880, los autores recalcan su importancia y, por

lo mismo, profundizan en los mismos, aunque al mismo tiempo reconocen las críticas que se han formulado por la doctrina a la incorporación de principios a textos normativos. Luego, desarrollan cada uno de los principios consagrados en la Ley N° 19.880, lo que ciertamente podría ser enriquecido por los lectores a través de otros principios que no constan en la Ley N° 19.880, sino que son de desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

En el segundo capítulo desarrollan los aspectos de mayor relevancia del procedimiento administrativo. Se trata del capítulo más extenso de la Ley N° 19.880, al contener normas generales aplicables a todo procedimiento, tales como cómputo de los plazos, duración máxima del procedimiento, entre otros, además de una definición de procedimiento y luego las etapas del mismo: inicio, instrucción y finalización. En este sentido, se trata de un capítulo sumamente importante y donde, muy posiblemente, se encuentra el corazón de la Ley N° 19.880. Ello es debidamente recogido por los autores, quienes realizan un análisis completo y acabado de las disposiciones de este capítulo. Así, cabe destacar la enfática opinión de los autores en cuanto a la fatalidad de los plazos en materia de procedimientos administrativos de gravamen, la que justifican en cinco sólidos argumentos y que implica una discrepancia con la tradicional jurisprudencia emanada de la Contraloría General de la República.

Respecto del tercer capítulo, referido a la publicidad y ejecutividad de los actos administrativos, si bien es un capítulo breve trata aspectos de la mayor relevancia. Así, los autores parten por distinguir la notificación de la publicidad. En relación con la primera, analizan de debida manera las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.180. Esto resulta relevante, desde que es posible avizorar que este será uno de los temas más sensibles de la implementación de la transformación digital del procedimiento administrativo. En este sentido, resulta una obra com-

plementaria la publicación conjunta de los mismos autores sobre transformación digital (Santiago, DER Ediciones, 2022). Un aspecto que podría haber sido tratado con mayor detalle, considerando la línea jurisprudencial que ha ido desarrollando la Corte Suprema, es la existencia de actos administrativos en apariencia de efectos individuales pero que podrían interesar a un número indeterminado de personas, aunque incluyen doctrina que puede ser consultada al efecto (Helfmann, 2020). En cuanto al párrafo referido a la ejecución, los autores distinguen entre ejecución y ejecutividad. La primera se identifica con la posibilidad de que la Administración busque por sus propios medios el cumplimiento del contenido obligatorio del acto administrativo, mientras que la ejecutividad se identifica con su obligatoriedad jurídica directa a partir de la notificación o publicación del acto.

En cuanto al capítulo cuarto, nuevamente no se trata de un capítulo extenso pero sumamente relevante por su contenido. En efecto, en este capítulo se tratan los diversos mecanismos de revisión de los actos administrativos. En este caso, los autores ahondan en los diversos artículos de este capítulo y se enfocan principalmente en aquellos de mayor incidencia práctica y que, por lo mismo, han generado abundantes pronunciamientos jurisprudenciales. En este sentido, cabe destacar el tratamiento de los artículos 53, 54 y 59. El primero de ellos referido a la invalidación, el segundo a la relación entre reclamaciones administrativas y pretensiones hechas valer en sede jurisdiccional y el tercero a los recursos de reposición y jerárquico. Respecto de lo primero, se distinguen los dos principales requisitos para el ejercicio de la potestad invalidatoria y luego se señala que la discusión se ha centrado en la naturaleza del plazo de dos años. Ello es efectivo, aunque cabe señalar que la discusión no se ha limitado a la naturaleza del plazo, sino que también la jurisprudencia ha

desarrollado otros criterios para permitir una ampliación de un plazo<sup>1</sup>. Luego, en cuanto a la vinculación entre reclamaciones administrativas y presentaciones ante un tribunal de justicia, los autores son claros respecto de la improcedencia de agotar la vía administrativa, aunque dan cuenta de algunos criterios jurisprudenciales que parecen estar en un sentido contrario. Lo mismo se puede señalar respecto del efecto de la interrupción. Finalmente, respecto de la disposición que consagra los recursos de reposición y jerárquico, cabe poner de relieve el criterio jurisprudencial respecto a la improcedencia del recurso jerárquico cuando se trata del ejercicio de una potestad desconcentrada. Para este efecto los autores citan sólida jurisprudencia administrativa aunque también es posible agregar un reciente pronunciamiento judicial<sup>2</sup>.

Finalmente, el capítulo quinto sobre disposiciones generales –principalmente procedimiento de urgencia y silencio positivo y negativo– es abordado brevemente a partir de las principales consideraciones que emanan de cada una de estas normas. En este sentido, y como se puede concluir de los criterios jurisprudenciales sistematizados, el silencio negativo constituye hoy la regla general, dejando al silencio positivo para situaciones muy excepcionales. Esta conclusión ha sido expresamente manifestada por

la jurisprudencia judicial<sup>3</sup>, lo que resulta llamativo y alarmente desde que el proyecto de ley que dio lugar a la Ley N° 19.880 tenía justamente por propósito establecer plazos para las actuaciones administrativas y regular el silencio. Ciertamente no la no fatalidad de los plazos de la Administración es uno de los desafíos que revela la obra en comento.

En definitiva, no estamos en presencia de la primera obra que aborda de manera íntegra el contenido de la Ley N°19.880 pero se trata de una obra relevante desde que lo hace al cumplirse veinte años desde la dictación de la misma y por su tratamiento ordenado y acabado. A lo anterior, se deben sumar elogios por el esfuerzo que los autores realizan para presentar un listado de la doctrina vinculada a la Ley N°19.880 dictada en los últimos veinte años. En suma, se trata de una obra conmemorativa de los veinte años de un cuerpo normativo que marcó un antes y un después en materia de derecho administrativo. Ello hace que este trabajo sea lectura obligada para todos quienes se vinculan de una u otra manera con la Administración del Estado.

**Carolina Helfmann Martini**

*Profesora de Derecho Administrativo  
y Municipal en la Pontificia Universidad  
Católica de Chile*

<sup>1</sup> FLORES, Juan Carlos (354-388) y HELFMANN, Carolina (500-533), ambos en *Nulidad e Ineficacia: estudios públicos y privados*, Tiran lo blanch.

<sup>2</sup> SCS Rol N° 114.641-2022.

<sup>3</sup> SCS Rol N° 8.857-2019.



### Soto, Pablo (2021)

*El reproche personal en el Derecho administrativo sancionador. Culpa y dolo, responsabilidad objetiva y culpa infraccional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 389 páginas.

El libro del profesor Dr. Pablo Soto Delgado es un aporte sustantivo y refrescante en el Derecho administrativo chileno. También constituye un aporte útil para la disciplina en otras latitudes, tanto por la profundidad de su análisis y adecuada contextualización, como por la rigurosa utilización de la perspectiva comparada. En breve, esta obra constituye un hito intelectual ineludible, a lo menos, para comunidad disciplinar chilena.

Tal como lo señala en sus primeras páginas, su investigación aparece en una etapa de cambios que experimenta la disciplina en el campo jurídico nacional y, aunque no lo sostiene, todo lector especializado se percatará fácilmente que su producción intelectual –tal como lo evidencian sus recientes publicaciones– constituye un elemento clave para comprender estos tiempos. En efecto, esta publicación debe ser considerada y estudiada precisamente como una manifestación de dicha transición.

Este trabajo se compone de nueve capítulos, además de la respectiva introducción y acápite de conclusiones. La tesis central es que la exigencia de reproche personal en el derecho administrativo sancionador es conveniente y racional. Un aspecto especialmente valioso de este aporte, por su originalidad, es que lo demuestra sin acudir a lo que denomina “la tesis de la transferencia”, esto es, sin recurrir a la aplicación de los principios del Derecho penal, ya sea en su versión fuerte o matizada. Por cierto, aquella tesis tiene varias versiones doctrinales, unas más sofisticadas que otras, pero no incurre en el facilismo de refutar su peor versión, sino que se hace cargo, con rigor, de cada una de sus aristas.

La exigencia de reproche personal se concreta, según el autor, en un régimen o modelo con los siguientes cuatro elementos mínimos admisibles: (i) la exigencia de culpa sin representación, (ii) la posibilidad de establecer culpa levisima con un altísimo estándar de diligencia, (iii) la procedencia de presunción de la culpa y (iv), a lo menos, la necesidad de la posibilidad de una defensa fundada en la diligencia (pág. 301). Demuestra, además, que lo anterior sería nuestra práctica legal aceptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema en la noción de “culpa infraccional”. Esto es, no solo realiza un aporte teórico y dogmático refinado, sino que también se preocupa de decantar sus consecuencias prácticas que permiten mejorar la operatividad de la legalidad administrativa chilena.

En la introducción, como es de rigor, contextualiza e identifica el problema que se propone abordar, plantea la hipótesis –que finalmente corrobora– y justifica su relevancia, transparenta su metodología –principalmente dogmática y comparada–, explicita su trabajo de fuentes y expone la estructura que sigue. Estas páginas permiten al lector sobrevolar las bases y pilares de su construcción intelectual.

En el primer capítulo introduce delimitaciones conceptuales que permiten precisar las ideas que desarrolla posteriormente y describe el estado del debate sobre el Derecho administrativo sancionador en Chile. Como se sigue de dicho panorama, el debate local ha estado cruzado tanto por argumentaciones constitucionales y de Derecho español, como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Luego, en el segundo capítulo analiza el principio de culpabilidad en la Constitución de 1980. Su objetivo es determinar

si se encuentra anclado o no en dicha norma. Cuestión relevante en la discusión chilena, puesto que, si se sigue la tesis de la transferencia, una respuesta negativa conllevaría necesariamente a descartar su aplicación en materia administrativa sancionadora. Según el autor, "...las bases constitucionales del principio de culpabilidad son más bien precarias..." (pág. 107); por lo cual, "...es plausible afirmar que [...] no se encuentra constitucionalmente garantizado, sino que, más bien, solo hay un intento de leer en la Constitución una concepción determinada acerca de lo que el derecho penal debe ser..." (pág. 108).

Posteriormente, en el tercer capítulo realiza una disección a las posturas doctrinales que plantean una transferencia específica del principio de culpabilidad al Derecho administrativo sancionador chileno. En este momento de su razonamiento la referencia al Derecho español se vuelve nuevamente necesaria, cuestión que el autor desarrolla para evidenciar las diferencias existentes en el derecho positivo de ese país y el propio. En efecto, no existen exigencias constitucionales ni legales similares, por tanto, se debe ahondar en las normas positivas chilenas para determinar si es plausible deducir la específica transferencia, cuestión que realiza posteriormente.

Los pasos argumentales previos son especialmente importantes en la investigación, pues le permiten afirmar que "...no hay justificación normativa suficiente para sostener la vigencia del principio de culpabilidad que la doctrina mayoritaria postula..." (pág. 146); de este modo, no puede sino concluirse que exigir reproche personal en el Derecho administrativo sancionador requiere "...un argumento que ya no dependa de un sostén normativo -que es inexistente en Chile-, sino de otras consideraciones de racionalidad o rendimiento de tal propuesta" (pág. 147).

El cuarto capítulo aborda la jurisprudencia interamericana y europea de

Derechos Humanos. Del respectivo análisis concluye que "...el ordenamiento jurídico chileno no se encuentra, a partir de estándares internacionales vinculantes de derechos humanos, obligado a establecer un determinado esquema de responsabilidad en materia administrativa sancionadora; menos todavía es forzoso que el respectivo régimen necesite reproche personal" (pág. 167). Lo anterior, como se puede ver, refuerza la conclusión anterior: la exigencia de dicho reproche requiere consideraciones de racionalidad.

Como puede verse, el rigor dogmático aplicado por el autor le permite descartar las coordenadas de la discusión mayoritaria y abrir un camino que lo conduce hacia la genuina teorización del Derecho administrativo. Esto lo realiza, principalmente, en los capítulos quinto, sexto, séptimo y octavo. La reflexión es de dos tipos: comparada y funcional.

En el capítulo quinto aborda el *strict liability* en delitos regulatorios del modelo anglosajón, centrándose en los casos inglés y norteamericano. El capítulo sexto está dedicado a las sanciones administrativas en el Derecho anglosajón. Es importante destacar que no acude a la juridicidad foránea como un argumento retórico en debates sobre lo que se le atribuye decir al Derecho positivo, sino que, en propiedad, lo propone como una consideración que permite abrir los horizontes de una reflexión en un plano distinto al dogmático. De este modo, se trata de un genuino ejercicio de comparación jurídica.

De su estudio comparado concluye la importancia de "...la institucionalidad administrativa que puede promover la eficacia normativa e impulsar la persecución de los incumplimientos" (pág. 238). Así, integrando con plena coherencia su razonamiento, el enfoque comparado le permite abrir paso a uno de índole funcionalista, es decir, a un análisis sobre el rol social de la sanción administrativa y, en ello, de la racionalidad y conveniencia

de exigir reproche personal. Esto último lo realiza en el capítulo séptimo, en el cual concluye que "...la política pública sancionadora administrativa necesita el reproche personal: en tanto que existan personas que eviten incumplir la regulación motivados por cuestiones normativas –incluso morales–, se requiere aquel elemento, en primer lugar, para alinear los incentivos al cumplimiento regulatorio, y, en segundo término, para eludir los efectos perversos que el puro análisis económico disuasivo genera" (pág. 272).

De este modo, el autor queda en condiciones de elaborar su propio modelo para el Derecho administrativo sancionador chileno, lo cual desarrolla en el capítulo octavo. La "parte propositiva", como la denomina el Dr. Soto, según la cual se "...exige reproche personal y que, por defecto, ha de operar por imprudencia o culpa. [...] [S]e postula que la culpa ha de graduarse según las necesidades de interés público que el respectivo sector exija, permitiéndose incluso la culpa levisísima, pudiendo, adicionalmente, aceptarse una inversión de la carga de la prueba" (pág. 275).

Aunque la investigación habría sido un aporte trascendental para el Derecho administrativo chileno hasta aquí, el autor se hace cargo de un aspecto necesario y poco usual del trabajo académico profesionalizado nacional: su conexión con la práctica legal actual. En efecto, en el capítulo noveno propone una relectura de las recientes tendencias jurisprudenciales de la Corte Suprema. Es decir, no solo contribuye a esclarecer un problema

dogmático, a teorizar para proponer un modelo original, sino que se exige poner al servicio de la sociedad chilena los resultados de su investigación, a través de sus respectivos operadores jurídicos. Son cada uno de estos pasos los permiten afirmar que se está ante un ejercicio jurídico-intelectual propiamente científico: se cuestiona una práctica, sus supuestos, se teoriza sobre ella y se le propone una mejor dirección.

Aunque no opaca la calidad del trabajo, la arista histórica lo habría enriquecido. En efecto, bajo la vigencia de la Constitución de 1925 existió jurisprudencia de la Corte Suprema que rechazaba la tesis de la transferencia. ¿Cómo operó aquello? ¿De qué Derecho administrativo daba cuenta? ¿Cómo se desarrolló esa evolución? ¿Cuál es su genealogía? No son pocas las interrogantes que abre esta arista.

Por último, el libro acaba con las respectivas conclusiones que sintetizan los pasos medulares del razonamiento, a lo cual sigue la abundante bibliografía que evidencia la exhaustividad de la investigación. En suma, todo estudioso del Derecho administrativo debería leer esta importante contribución, tanto como exigencia disciplinar, como por el placer intelectual que le generará.

**Dr. Flavio Quezada Rodríguez**

*Profesor de Derecho Administrativo  
y Derecho Comparado  
Universidad Alberto Hurtado*



## I. DOCTRINA: ESTUDIOS E INVESTIGACIONES

### Derecho Administrativo

- › **ARANCIBIA MATTAR, Jaime:** El deber estatal de fiscalización de funcionarios, contratistas y particulares: contenido y responsabilidad por incumplimiento
- › **BORDALÍ SALAMANCA, Andrés:** El debido procedimiento administrativo sancionador
- › **CORDERO QUINZACARA, Eduardo y GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda:** Criterios y estándares para el control judicial de las sanciones administrativas
- › **CUBA MENESES, Erick:** Responsabilidad precontractual en la contratación administrativa a partir del principio de la confianza legítima. El caso peruano
- › **HELFMANN MARTINI, Carolina:** Multas coercitivas: determinación de su naturaleza jurídica y efectos. Análisis a partir del artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones
- › **JIMÉNEZ SALAS, Guillermo:** ¿Por qué los particulares litigan en la Contraloría? La potestad dictaminante como foro de resolución de disputas
- › **KURLAT AIMAR, José Sebastián:** El poder reglamentario de las autoridades sectoriales de regulación francesas: vocación de la función regulatoria
- › **VALDIVIA OLIVARES, José Miguel y IZQUIERDO SERRANO, Tomas Patricio:** Hacia una objetivización del principio de proporcionalidad en el control de las sanciones administrativas

### Derecho Minero

- › **TORRES FUENTEALBA, Juan:** El impacto económico de las normas de indemnización de perjuicios en la expropiación de concesiones mineras de explotación en Chile entre los años 1925 a 2010

## II. ENSAYOS

- › **CISTERNA MANZUR, Sofía:** Algunas notas en relación con el alcance del “asunto litigioso” como causal de abstención de la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República
- › **MUÑOZ VICUÑA, Diego:** Participación ciudadana en la metarregulación chilena
- › **RUIZ OLMO, Irene:** Marco jurídico del apoyo a las instalaciones de energía fotovoltaica en Estados Unidos. Organización administrativa e instrumentos jurídicos

## III. JURISPRUDENCIA: COMENTARIOS

- › **CHACÓN ASTUDILLO, Javiera:** Sobre la justificación de la norma de presunción de daño ambiental por escapes de peces en la Ley General de Pesca y Acuicultura
- › **MATHEUS HIDALGO, Mayerlin:** La inactividad de la Administración migratoria como omisión inconstitucional por afectación de derechos fundamentales y su configuración jurisprudencial en Chile

## IV. BIBLIOGRAFÍA: RECENSIONES

- › **HELFMANN MARTINI, Carolina:** Arancibia Mattar, Jaime; Flores, Juan Carlos y Gómez González, Rosa Fernanda (2023): Acto y procedimiento administrativo. Análisis normativo, dogmático y jurisprudencial a veinte años de la Ley Nº 19.880 (Santiago: DER Ediciones, 320 pp.)
- › **QUEZADA RODRÍGUEZ, Flavio:** Soto, Pablo (2021): El reproche personal en el Derecho administrativo sancionador. Culpa y dolo, responsabilidad objetiva y culpa infraccional, Valencia, Tirant Lo Blanch, 389 páginas