
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

María Loreto Monsalve Morales
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

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

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

Ventas y suscripciones: redae@uc.cl

La Revista se encuentra disponible en su versión electrónica: redae.uc.cl

[Santiago de Chile, 2022]

Índice

Nº 35

I. Doctrina: Estudios e Investigaciones

Derecho Administrativo

ASENJO A, Karen R.

Contratos administrativos en sentido estricto y contratos privados de la administración. Criterios para su delimitación..... 5

CONTRERAS, Pablo; TRIGO, Pablo y ORTIZ, Leonardo

Un sistema fragmentado: La protección sectorial de los datos personales en Chile..... 35

LARROUCAU TORRES, Jorge

Existencia, cómputo e interrupción del plazo del recurso de protección contra la Administración del Estado..... 65

OSORIO MORALES, Hugo y GARCÍA YZAGUIRE, Víctor

El derecho al plazo razonable en procedimientos administrativos tributarios: el caso chileno..... 93

SÁNCHEZ EGAÑA, Alberto

El trasvase probatorio entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador: análisis del caso chileno desde el ordenamiento español 123

Derecho Urbanístico

GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa

Regulación urbanística: tendencias jurisprudenciales..... 157

Derecho de Telecomunicaciones

JARA AHUMADA, Alberto

Concesión de servicio público de telecomunicaciones: debates sobre su regulación..... 181

II. Ensayos

FLORES RIVAS, Juan Carlos y AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite

Impugnación de los actos administrativos y el contencioso-administrativo de reclamación..... 211

<i>SCHIAVI, Pablo</i> <i>Transparencia y buena administración en la sociedad de la información</i> <i>y de las nuevas tecnologías.....</i>	239
<i>VERGARA BLANCO, Alejandro</i> <i>Las aguas en las constituciones chilenas:</i> <i>Historia, actualidad y prospectiva</i>	259

III. Jurisprudencia: Comentarios

<i>BOCCHI JIMÉNEZ, Giannina</i> <i>La publicidad de los permisos de edificación: una incorrecta</i> <i>aplicación supletoria de la Ley N° 19.880.....</i>	275
<i>ESCOBAR VEAS, Javier</i> <i>Derecho a no autoincriminarse y procedimientos administrativos sancionatorios:</i> <i>Comentario a la sentencia C-481-19 del Tribunal de Justicia</i> <i>de la Unión Europea y sus repercusiones</i>	293
<i>MATHEUS HIDALGO, Mayerlin</i> <i>La Administración Pública sí está sujeta a plazos: Comentarios a partir</i> <i>del caso Schmidt con Departamento de Extranjería y Migración</i> <i>de 2020 y de más de sesenta fallos similares de 2021</i>	309
<i>VERGARA BLANCO, Alejandro</i> <i>El Derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, IV:</i> <i>Líneas y vacilaciones durante 2021</i>	323

IV. Bibliografía: Recensiones

<i>SANZ DE UNDURRAGA, Gerardo</i> <i>Empresas Públicas: Régimen Jurídico. Actas de las XIV Jornadas de Derecho</i> <i>Administrativo (2017). (Tirant lo Blanch, Valencia, 2022) 301 pp.</i> <i>Editores: Sonia Zuvanich Hirmas y Alejandro Vergara Blanco</i>	359
--	-----

Contratos administrativos en sentido estricto y contratos privados de la administración. Criterios para su delimitación

Administrative contracts in the strict sense and private contracts of the administration. Criteria for its delimitation

Karen R. Asenjo A.¹

El presente artículo intenta resolver dos de los problemas que se advierten en la interpretación del contrato administrativo, dada la dispersión normativa y la carencia de tribunales contencioso administrativos que permitan condensar esta materia. Un primer problema es la indeterminación del régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos en la fase de ejecución, para lo cual, tomando como base los aportes previos de la doctrina, voy a partir por proponer criterios que permitan diferenciar entre el contrato administrativo en sentido estricto y el contrato privado de la Administración. Un segundo problema es el uso preeminente de reglas civiles que, en conjunto con la pretendida supletoriedad general del Código Civil, plantean la necesidad de revisar el estatuto jurídico supletorio de los contratos administrativos en silencio de regla expresa, para lo

This article tries to solve two of the problems that are noticed in the interpretation of the administrative contract, given the normative dispersion and the lack of contentious-administrative courts that allow condensing this matter. A first problem is the indeterminacy of the legal regime applicable to administrative contracts in the execution phase, for which, based on the previous contributions of the doctrine, I am going to start by proposing criteria that allow to differentiate between the administrative contract in the strict sense and the private contract of the Administration. A second problem is the preeminent use of civil rules that, together with the alleged general supplementary nature of the Civil Code, raise the need to review the supplementary legal status of administrative contracts in silence of

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Abogada y Docente de la carrera de Derecho en la Universidad de los Lagos. Mg. en Derecho mención Derecho Público y Mg. en Derecho y Constitucionalismo ambos de la Universidad Austral de Chile. Doctoranda de la misma casa de estudios. Dirección Postal Avda. Fuchslocher 1305. Osorno, Chile. Correo electrónico: karen.asenjo@ulagos.cl.

Artículo recibido el 15 de febrero de 2022 y aceptado el 5 de mayo de 2022.

cual voy a fundamentar la interpretación preferente en base a reglas y principios de la contratación en el Derecho público y la aplicación supletoria de reglas civiles en defecto de lo anterior.

Palabras clave: contratación administrativa, contrato privado de la Administración y contrato administrativo en sentido estricto.

express rule, for which I am going to base the interpretation based on the rules and principles of contracting in public law and the supplementary application of civil rules in the absence of the foregoing.

Keywords: administrative contracting, private contract of the Administration and administrative contract in the strict sense.

I. Introducción

Partiremos de la premisa que la Administración en el ejercicio de sus funciones contrata y no todos los contratos que ella celebra se rigen íntegramente por unas mismas reglas, de hecho, se observa la presencia de cuerpos normativos que regulan pormenorizadamente el contenido y efectos de ciertos contratos, mientras que en otros casos el legislador remite dicha actividad a las reglas de Derecho privado. Ello se debe a que nuestro ordenamiento jurídico carece de una regulación que concentre toda la actividad contractual de la Administración del Estado². En su lugar, la regla matriz en esta materia, se encuentra en el artículo 9 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE³) y se limita a indicar los mecanismos de selección del co-contratante de la Administración (licitación pública, licitación privada o trato directo) y los principios que deben regir a la licitación pública (la libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y la igualdad ante las bases que rigen el contrato). Esta regla procedimental, también denominada “zona común” de la contratación administrativa⁴, que regula la fase precontractual o de formación del contrato, ha

² Como ocurre en países de la Unión Europea luego de la entrada en vigencia de las Directivas N° 23, 24 y 25 de 2014 sobre contratación pública, que los ha obligado a condensar la regulación interna en función de tales reglas. Dicha dispersión, a su vez, ha sido criticada por el Banco Mundial desde el año 2004, pues genera espacios de corrupción, elevando la necesidad de nuestro país de contar con un estatuto jurídico unificado, integral y sistematizado que gobierne las adquisiciones de la Administración (Banco Mundial 2004,11). Dicha reforma es la que se encuentra actualmente en tramitación en el Congreso Nacional: Boletín 14137-05, Proyecto de Ley que Moderniza la Ley N° 19.886, de 2004 y otras leyes.

³ Esta referencia alude al DFL 1/19.653 de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁴ Respecto a la idea de “zona común”, ver: DE SOLAS RAFECA 1990, 141 y ss. ARIÑO 2007, 93, y García de Enterría y Fernández 2017, T I, 737. Por otro lado, es importante señalar que estas técnicas de contratación mencionadas en el artículo 9 de la LOCBGAE, han sido “desarrolladas” por la Ley N° 19.886, de 2004 y su reglamento, haciendo exigible a todos los órganos de la Administración la obligación de publicar la información de sus contrataciones a través de un Sistema de Información de Compras y Contratación Pública administrado por la Dirección de Compras y Contratación Públicas (DCCP). Respecto de aquellos contratos excluidos de su aplicación, rige supletoriamente la Ley N° 19.886, de 2004, de acuerdo a lo sostenido por la Contraloría General de la República (CGR) en los Dictámenes N°s 59.566 (2004); 53.520 (2008); N° 38.794 (2009); 35.844 (2012).

permitido la construcción de un concepto amplio de contrato administrativo que alberga todos los contratos suscritos por un órgano de la Administración del Estado (en el sentido amplio fijado por el artículo 1 de la LOCBGAE⁵) y un particular⁶, que es agente colaborador al servicio de un interés público. Esta regulación, dada su amplitud no se hace cargo de la fase posterior a la suscripción del contrato o de ejecución contractual, en la que se observa una dispersión normativa importante y en la que hay contratos que se rigen por reglas de derecho común, y otros por reglas administrativas especiales.

Al escenario normativo antes descrito, se debe agregar la ausencia de una jurisdicción contenciosa administrativa que, en materia contractual, centre el conocimiento y resolución de los conflictos que surjan desde la fase de construcción del contrato hasta la total y completa ejecución del mismo. Existen desde instancias arbitrales, hasta instancias internacionales de solución de conflictos en materia administrativa contractual, en un escenario tan disperso como confuso que contribuye a la indeterminación jurídica que existe respecto del régimen jurídico aplicable al contrato⁷. Ello se agudiza al observar el modo en el que los tribunales de justicia resuelven los conflictos de esta naturaleza, ya que cada vez con más frecuencia utilizan reglas de la contratación civil para interpretar y resolver conflictos en los que ya existen reglas y principios en el campo del Derecho Público⁸, suprimiendo toda la construcción doctrinal existente en torno a la figura del contrato administrativo.

Lo anterior genera dos tipos de problema: un primer problema que denominaremos de indeterminación del régimen jurídico aplicable a la fase de ejecución del contrato; y otro, que es accesorio del anterior, que denominaremos de indeterminación del estatuto normativo supletorio de los contratos administrativos en silencio de regla expresa, y que se vincula a la incidencia

⁵ En sentido amplio, se refiere a todos los indicados en el artículo 1° de la LOCBGAE, de acuerdo a Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 39 (1986). Asimismo se ha manifestado la CGR en los Dictámenes N°s 29.401 (1984); 12.251 (1993); 46.532 y 14.540 (2000), y 57.215 (2006), a partir de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 9 de la LOCBGAE.

⁶ Se excluye de la clasificación en estudio a los contratos interadministrativos, esto es, aquellos que se celebran entre órganos de la Administración del Estado.

⁷ Así, ciertos conflictos son de competencia de comisiones arbitrales (en materia de concesión de obra pública [artículo 36 y 36 bis del Dto. N° 900, de 1996]; Financiamiento Urbano Compartido [artículo 21 de la Ley N° 19.865, de 2003]; Concesiones Portuarias [artículo 18 de la Ley N° 19.542, de 1997]). Otros, limitados a la fase de licitación del contrato, son de competencia del Tribunal de Contratación Pública (TCP) de acuerdo a la Ley N° 19.886, de 2004 (respecto de las limitaciones, ver: CONCHA 2016, 290-292, y LARA Y GARCÍA-HUIDOBRO 2013, 410-411). Finalmente, de forma general y residual, todos los restantes asuntos son del conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 inciso 2° de la CPR, luego de la reforma del año 1989. Ferrada 2011, 131. Cabe agregar que si el co-contratante es una empresa extranjera perteneciente a un país con el cual el Estado mantenga un tratado internacional de inversiones, es posible que el asunto contractual sea de conocimiento y competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) de acuerdo a la jurisprudencia de esta en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones. MEREMINSKAYA 2010, 37-64.

⁸ Carolina Pincheira ha efectuado un estudio jurisprudencial al respecto, en: PINCHEIRA 2019, 79-111. Para un análisis de los principios propios de la contratación administrativa, ver: BERMÚDEZ 2014, 247-257. CORDERO 2015, 430-435. ARIÑO 1968, 222-240.

de las reglas de la contratación civil respecto del contrato administrativo, a partir de la pretendida supletoriedad general del Código Civil (CC) respecto de la legislación especial.

Respecto del primer problema, la doctrina nacional distingue entre los contratos administrativos en sentido estricto y los contratos privados de la Administración, según el régimen jurídico de Derecho público o privado aplicable al contrato⁹. Cabe hacer presente que dicha clasificación ha sido importada del sistema franco español¹⁰, en el cual surge con el objeto de identificar el tipo de jurisdicción competente para cada contrato, además de gozar de reconocimiento legal expreso en el Derecho español¹¹; ambas son circunstancias que aun cuando no se den en nuestro derecho (porque no hay tribunales contencioso-administrativos con competencia en la fase de ejecución del contrato, y porque no hay reconocimiento legal de esta clasificación), no significa debemos prescindir de dicha clasificación, al contrario, debemos revisarla. Y si nos preguntamos el porqué es importante esta clasificación, la respuesta está en que ella indica el conjunto de las reglas y principios aplicables al contrato en silencio de las partes, las que son diversas en uno u otro régimen jurídico¹².

En este punto, pretendo ofrecer criterios de identificación de uno u otro tipo de contrato, lo que ha de tener incidencia desde el proceso de elaboración de las bases de licitación (informando a los órganos de la Administración el marco jurídico que deben observar en la confección de las mismas¹³), hasta la resolución de conflictos que puedan surgir de la ejecución del contrato y la extinción de los mismos¹⁴, informando a los órganos jurisdiccionales que dependiendo del tipo de contrato que suscriba la Administración, ha de aplicar uno u otro régimen jurídico. Así, a partir de una labor de reconstrucción

⁹ Dependiendo de si el conjunto de reglas y principios son de Derecho público (contrato administrativo en sentido estricto) o de Derecho privado (contrato privado de la Administración); MORAGA 2010, 324-326.

¹⁰ En cuanto a la procedencia de esta clasificación, ver: GARCÍA DE ENTERRÍA 1963, 271. En cuanto al origen de la clasificación, ver: Villar PALASÍ 1969, 28. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2017, T I, 729. DE SOLAS RAFECAS 1990, 24. CARRETERO 1964, 107.

¹¹ La Ley N° 9/2017 identifica los criterios de identificación del contrato administrativo en sentido estricto y del contrato privado de la Administración. Por su parte, en el sistema Francés, luego de la entrada en vigencia del "*Code de la Commande publique*" el año 2019, la diferencia entre ambos contratos se desvaneció. AMILHAT 2020, 4.

¹² Para Coviello el porqué de esta distinción dice relación con el ejercicio de prerrogativas de poder público de la Administración que ostenta en el contrato administrativo, mas no en el de Derecho privado. COVIELLO, 2010.

¹³ Será el marco jurídico aplicable al contrato, aquél que informe a la Administración los límites al ejercicio de potestades que debe observar en la elaboración de las bases de licitación y la validez de las mismas. Por su parte, la CGR, en el marco de la toma de razón de bases de licitación, puede rechazar su aprobación si estas contravienen el marco jurídico que han debido observar en su elaboración, entre otros, ver los siguientes Dictámenes N° 47806 (2014); N° E113163 (2021); y N° E72477 (2021).

¹⁴ Juan Carlos Flores observa esta problemática, a propósito de la contratación administrativa de las empresas públicas. FLORES 2021b, 126 y ss.

de las diversas soluciones propuestas por la doctrina tanto nacional como comparada, pretendo proponer criterios de identificación basados en la presencia de un presupuesto orgánico y uno material que permitirán contribuir en la delimitación entre ambas categorías. Finalmente, agrego un apartado un análisis de cómo se expresa la modificación de contrato en uno y otro tipo contractual, a fin de mostrar las diferencias entre ambos.

Respecto del contrato administrativo en sentido estricto, veremos se presenta un segundo problema vinculado a la incidencia de las reglas civiles en la interpretación del mismo. Hago la prevención que no se trata aquí de sostener la completa autonomía del contrato administrativo respecto del CC, dada la existencia de reglas e instituciones que solo se encuentran reguladas en dicho cuerpo normativo, como en materia de prescripción, responsabilidad, entre otros¹⁵. Sino más bien, el problema que se intenta revisar acá dice relación con el uso de reglas civiles respecto de asuntos que se hallan expresamente reguladas en el derecho administrativo, o bien, de los cuales existen construcciones dogmáticas acordes a la especialidad de este tipo de contratación que, parece, debieran ser interpretadas acorde a ellas y no a reglas civiles por las razones que pretendo explicar en dicha parte del texto.

II. Especialidad de la contratación administrativa

En Derecho privado, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual permite a las partes pactar libremente el contenido y efectos de las obligaciones que han de asumir producto de dicho vínculo contractual¹⁶. El contrato es, ante todo, una fuente del derecho creadora de normas de carácter particular, puesto que una vez suscrito su contenido es obligatorio e inmutable siendo Ley para quienes le suscriben, de acuerdo al artículo 1545 CC¹⁷. En cambio, en el campo del Derecho Público, las relaciones jurídicas bilaterales que pueda pactar la Administración, por ser un sujeto público, debe necesariamente adecuarse –en su configuración formal y material¹⁸– al principio de legalidad y juridicidad de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República (CPR), al principio de probidad y transparencia del artículo 8 del mismo cuerpo normativo, y desde una óptica finalista, dicho acto debe propender al bien común mediante la satisfacción de un interés público, de acuerdo al artículo 1 inciso 4° del texto constitucional (estar al servicio de la persona humana y promover el bien común).

¹⁵ En esta línea, ver: MORAGA 2019, 39.

¹⁶ LÓPEZ y ELORRIAGA 2010, 191 y ss.

¹⁷ BARCIA 2006, 159-185.

¹⁸ Aquí hacemos alusión a la necesidad de adecuación competencial (la existencia de un poder de contratar asignado al órgano en cuestión), procedimental (la adecuación de la actuación administrativa a la Ley N° 19.880, de 2003), y presupuestaria (adecuación al D.L. N° 1.263, de 1975, a la Ley de presupuestos respectiva, entre otras reglas) que tiene la actuación administrativa y que va más allá del texto del contrato.

Como se observa, la libertad de pactos que se conoce en el ámbito privado, no puede predicarse con la misma intensidad respecto de las actuaciones en las que forme parte la Administración del Estado, por una serie de restricciones presupuestarias, procedimentales y competenciales que la rigen¹⁹, lo que ha llevado desde su origen a plantear la necesidad de su teorización. Si bien, al inicio son razones de carácter práctico-procesal las que justifican dicha construcción, con el objeto de extraer el conocimiento de estos contratos desde la jurisdicción civil ordinaria y llevarla a la jurisdicción contenciosa-administrativa²⁰; más tarde, serán regulaciones normativas especiales²¹, unida a otros factores que veremos a continuación, los que justifican su teorización.

El eje sobre el cual orbita el contrato administrativo es diverso de aquél que caracteriza el contrato entre privados. En efecto, la Administración del Estado usa esta técnica de concertación –de intercambio de bienes y servicios– con el objetivo de poder cumplir los fines de interés público que le han sido conferidos por la CPR y las leyes²², cada vez que el Estado no pueda por sus propios medios concretar tales fines; transformando al particular en un agente colaborador al servicio de un interés público²³. Esto supone, a su vez, dos cosas: por un lado, que la Administración no puede despojarse de la gestión del interés público, posición que le es irrenunciable, y cuya responsabilidad no puede verse condicionada por los contratos que vaya celebrando²⁴. Por otro lado, que el compromiso que asume el particular con dicha gestión es más elevado, pues “se extiende a todo lo que es absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público con el cual consiente en colaborar”²⁵. Como se observa, este tipo de contrato gira en torno a un interés público que se eleva por sobre los intereses individuales, y que transforma a dicho interés en un principio autónomo de interpretación del contrato, presumiendo una interpretación finalista, por

¹⁹ Para Cordero, la actuación administrativa es una actividad “típica” ya que debe ajustarse a los límites normativos impuestos por el ordenamiento jurídico y que son de índole organizacional, competencial, procedimental, presupuestaria, y finalista o teleológica. CORDERO 2015, 35 y 78.

²⁰ Para Colmeiro, había razones de conveniencia práctica para sostener aquello, fundadas en que la defensa del interés público, la exactitud y celeridad del servicio, la economía en los gastos, entre otros, recomiendan la jurisdicción administrativa con preferencia a la ordinaria requiere, pues si dependiera de esta última, se entorpecería la marcha rápida y eficaz de la Administración. COLMEIRO 1865, 110. En el mismo sentido, ver: PARADA 2018, 95 y ss. Villar PALASÍ 1969, 15. AMILHAT 2014, 180.

²¹ Como la Ley de Contratos del Estado española del año 1965 que recoge la distinción entre ambos tipos de contratos de forma expresa. DEL SAZ 2018, 546-547.

²² SOTO KLOSS 1978, 577. Dicha finalidad encuentra sustento a nivel legal en el artículo 3º de la LOCBGAE.

²³ MORAGA 2010, 283.

²⁴ ARIÑO 1968, 227. En el mismo sentido, ver: ENTRENA 1957, 66.

²⁵ *SERVIU con Instituto de Educación Rural* (2017). Moraga dirá que esta extensión en el compromiso del contratista se explica por la teoría de las obligaciones inherentes. MORAGA 2019, 219.

sobre la subjetiva o voluntarista al modo civil que gira en torno a intereses privados²⁶.

En el plano nacional, la mayoría de la doctrina²⁷ reconoce al contrato administrativo como una realidad²⁸, como una figura que –pese a la dispersión normativa– se construye a partir de reglas y principios de Derecho público que le dan una fisonomía particular y diversa a la del contrato civil²⁹. A partir de ello y luego de un trabajo de reconstrucción de tales esfuerzos doctrinales, podemos sintetizar las características o particularidades que moldean el contrato administrativo, en las siguientes³⁰:

(1) hay un concierto de voluntades entre un órgano de la Administración del Estado y un particular;

(2) se presenta una desigualdad de intereses [y más precisamente desigualdad de fines³¹] entre las partes;

(3) por su intermedio se vincula a un particular con la gestión de un servicio público;

(4) el fin que persigue es la satisfacción de un interés público³²;

(5) se rigen por normas de derecho público, tanto por la ley que rige cada contrato, como por el conjunto de normas que determinan la validez de los actos de la Administración en virtud del principio de legalidad;

(6) la preeminencia de la Administración, se refleja en la posición supraordenadora que tiene esta respecto del contrato³³, la que –a su vez– es consecuencia de la existencia de prerrogativas de poder público (también conocidas como potestades exorbitantes) otorgadas a la Administración por

²⁶ Villar Palasí 1969, 169. Estamos ante una interpretación diversa de la contenida en el artículo 1560 del CC que acude a la intención de las partes. A modo de ejemplo, *Ahimco con Municipalidad de Cerrillos* (2021), la Corte vincula el fin que persiguen las estipulaciones contenidas en las bases de licitación, con el fin público que persigue el actuar de la Administración, en una interpretación que “repele todo obrar que impida el cumplimiento de tal objetivo”.

²⁷ En este sentido ver los siguientes trabajos: IRIBARREN 1936, 66 y ss. VARAS 1948, 288 y ss. SILVA CIMMA 1962, 163 y ss. AYLWIN 1963, 110 y ss. SOTO KLOSS 1978, 577 y ss. OELCKERS 1979, 135-160. MORAGA 2007, 29 y ss. PANTOJA 2008, 38 y ss. CONCHA 2012, 35 y ss. BERMÚDEZ 2014, 238-239. CELIS 2017, 15 y ss.

²⁸ MORAGA 2009, 425-427.

²⁹ En contra de esta doctrina, Arancibia sostiene se trataría de un acto administrativo potestativo que requiere de la aceptación del particular, y no de un contrato. ARANCIBIA 2019, 27-53.

³⁰ Los diversos autores en la esfera nacional los han identificado como características directamente: SOTO KLOSS 1978, 578. POBLETE 2010, 80-81. CELIS 2017, 25-30. SILVA CIMMA 1992, 166-167. Otros autores, los identifican como principios orientadores de la contratación administrativa, entre ellos, ver: BERMÚDEZ 2013, 247-257. CORDERO 2015, 430-435. Para Moraga, no son elementos concluyentes de calificación del contrato, sino meramente auxiliares del intérprete pues es una posición personal. MORAGA 2019, 66-67.

³¹ CELIS 2017, 26. BERMÚDEZ 2014, 247-248.

³² Las características (3) y (4) se extraen –además– de la obra de Patricio Aylwin en: AYLWIN 1963, 114.

³³ SOTO KLOSS 1963, 577. CORDERO 2015, 434-435.

el ordenamiento jurídico y que colocan al particular en un plano de sujeción al poder público, fundado en el bien común³⁴;

(7) por último, el complejo escenario de riesgos que implica el ejercicio de potestades exorbitantes por parte de la Administración, genera como contrapunto el principio del equilibrio económico o equivalencia de las prestaciones, que busca proteger al particular de los abusos que pueda cometer la Administración en su ejercicio (al ejercer las potestades de modificación o término unilateral de contrato por razones de interés público) y que la obligan a compensar los perjuicios que con su actuación pudiera generar en el contratante particular³⁵. Muchas de estas compensaciones están expresamente tratadas al momento de otorgar las potestades, como en materia de modificaciones de obras o de concesión de obra pública³⁶.

III. La indeterminación del régimen aplicable a la fase de ejecución y extinción del contrato administrativo y el uso excesivo de reglas civiles en la interpretación del contrato administrativo en casos regulados por el derecho administrativo

Conforme al contexto de dispersión normativa y jurisprudencial en el que se desenvuelve la contratación administrativa en Chile descrito al comienzo del presente trabajo, podemos observar la existencia de diversos tipos de estatutos contractuales que regulan el contenido y efectos del contrato en la fase de ejecución. Hay normativas que derivan la regulación del contenido y efectos de ciertos contratos íntegramente a las reglas de Derecho privado³⁷; otras que regulan de forma parcial ciertos aspectos del contrato a partir de reglas

³⁴ Estas prerrogativas son: (a) Potestad de Dirección del contrato en la ejecución del mismo; (b) Potestad de Inspección que habilita a la Administración a fiscalizar y controlar el cumplimiento del contrato; (c) Potestad Sancionatoria que opera ante un incumplimiento de la contraparte; (d) Potestad Modificatoria del contrato, que le permite a la administración variar el contenido del contrato por razones de interés público; (e) Potestad interpretativa del contrato que le permite fijar el contenido y alcance; (f) Potestad de poner término anticipado al contrato o de decretar la nulidad de sus actos mediante la invalidación de oficio (artículo 13 de la Ley N° 19.886, de 2004 y artículo 53 de la Ley N° 19.880, de 2003). Todas ellas, sin perjuicio de la existencia de recursos administrativos y del control de la CGR. POBLETE 2010, 82.

³⁵ Este también es concebido como principio, e iría de la mano del riesgo imprevisible (teoría de la imprevisión) que van de la mano de la obligación de indemnizar de parte del Estado. ARIÑO 1968, 241 y ss.

³⁶ A modo de ejemplo: los artículos 102, 146 y 147 del Decreto N° 75, de 2004 o el artículo 28 ter del Decreto N° 900, de 1996.

³⁷ A modo de ejemplo, el artículo 2 inciso final del D.F.L. N° 1, de 1993 sostiene que los actos y contratos de la Empresa de Ferrocarriles del Estado se regirán por el Derecho Privado. En el mismo sentido, respecto de la Corporación Nacional del Cobre, el artículo 1 inciso 2° del D.L. N° 1350, de 1976 que crea dicha entidad, somete su actuar a sus Estatutos y, en silencio de ellos, a las normas de las sociedades anónimas abiertas y la legislación común; el artículo 2° de la Ley N° 9.618, que crea la Empresa Nacional del Petróleo; Los artículos 24 y ss., de la Ley N° 19.132 que crea la empresa Televisión Nacional de Chile; y el artículo 9 de la Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal.

de Derecho público³⁸, hasta llegar a cuerpos normativos que regulan directa y detalladamente algunos de estos contratos el campo del Derecho público³⁹.

De la mano de la normativa contractual antes expuesta, existe un complejo sistema de normas de Derecho público que regulan el actuar de los órganos de la Administración, y que a partir del principio de legalidad (artículo 7 de la CPR), condicionan la validez de su actuación. En efecto, la acción administrativa requiere de habilitaciones normativas, también denominadas potestades, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación y que, naturalmente, extienden el contenido del contrato administrativo más allá del solo tenor de su texto⁴⁰. Ambos factores inciden en el conjunto normativo que se debe tener a la vista en la elaboración de las bases de licitación, durante todo el íter contractual y, con mayor razón, respecto de la revisión judicial de las actuaciones desplegadas durante la fase de ejecución del contrato.

En ausencia de un estatuto jurídico concentrado y claro de reglas que determinen el régimen jurídico aplicable a los contratos en su fase de ejecución, del análisis caso a caso surge la pregunta ¿qué hacer en caso de ausencia de regla? ¿Se puede acudir a otro cuerpo normativo de derecho público que por analogía contemple una solución al problema o se debe derechamente acudir a las reglas civiles de contratación? A *prima facie*, parte de esta pregunta encuentra respuesta en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado N° 19.880, de 2003 y la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios N° 19.886, de 2003, ya que ellas permiten completar vacíos de índole procedimental tanto de los actos administrativos que se dicten como parte de la ejecución del contrato, como de los procedimientos de contratación ejecutados por la Administración, dada su aplicación supletoria⁴¹. En lo no contemplado por reglas de Derecho público, parece evidente la necesidad de acudir a reglas supletorias civiles. Sin embargo, veremos, se aprecia cierto exceso de aplicación de tales normas en desmedro de reglas y principios de Derecho público que permitirían solucionar el conflicto (preferencia más que supletoriedad).

³⁸ El DS N° 541, de 1996 del Ministerio de Bienes Nacionales que regula la contratación de ejecutores externos en el marco del Reglamento del Decreto N° 2.695, de 1979.

³⁹ Tales como: la Ley N° 19.886, de 2004; la Ley de Concesiones de Obras Públicas, Decreto N° 900, de 1996; la Ley de Concesión de Servicio Público, DS N° 956, de 1999; el Decreto N° 75, de 2004 que regula el contrato de obra pública; el DS N° 236, de 2002 que Aprueba Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para Los Servicios de Vivienda y Urbanización; y la Ley N° 19.865 Sobre Financiamiento Urbano Compartido.

⁴⁰ La jurisprudencia contralora ya había sostenido con anterioridad que el contrato no se agota en la letra del mismo, sino que se extiende a todos los antecedentes de la licitación, entre otros. Dictámenes N°s 11.788 (2008), N° 17.738 (2016), y N° 29.552 (2018) la CGR.

⁴¹ La CGR en Dictamen N° 53.520 (2008), ha interpretado las reglas de la Ley N° 19.886, de conformidad con el artículo 3 letra e), como normas comunes aplicables a otros contratos administrativos. FLORES 2020, 93-124.

La jurisdicción civil adquiere un rol protagónico en la resolución de los conflictos surgidos en la fase de ejecución del contrato⁴², la cual –señala Carolina Pincheira– refleja una preeminencia en el uso de normas civiles por sobre lo establecido en la Ley y en las normas de Derecho público, resolviendo generalmente con énfasis en principios generales del derecho y asimilaciones a instituciones propias del derecho privado⁴³. En el mismo sentido, Gladys Camacho observa cómo se invoca la “Ley del contrato” como eje para resolver controversias en la interpretación de los contratos administrativos, remitiéndose al CC, dado el vacío normativo que se padece en esta materia⁴⁴.

Así las cosas, se advierte el enjuiciamiento del ejercicio de potestades públicas bajo una lógica civil contractual, en el que pese a existir un conjunto de reglas de Derecho público que regulan dicho contrato y determinan la validez de la actuación administrativa en dicho contexto, se prefiere determinar la validez de dicha actuación en función de reglas y principios del CC. Prueba de ello es la Sentencia de la Corte Suprema (CS) de 30 de julio de 2021⁴⁵, que equiparó la potestad de la Administración para rescindir unilateralmente el contrato establecida en el artículo 13 letra e) de la Ley N° 19.886 (LBCA) con una cláusula penal –ni siquiera resolutoria– del orden civil⁴⁶. Este tipo de pronunciamientos, en un contexto en el que tanto la doctrina administrativista nacional⁴⁷, la jurisprudencia de la CGR⁴⁸, y la propia jurisprudencia de los tribunales de justicia⁴⁹, sostienen se trata de una potestad pública, dificultan la caracterización de los contratos administrativos, oscurecen la identificación

⁴² Dada la limitada competencia del TCP que conoce solo de los conflictos precontractuales, y el papel residual que le cabe a la jurisdicción ordinaria en el contencioso-administrativo a partir de lo dispuesto en el artículo 38 inciso 2° de la CPR. En este sentido, ver: CELIS, 2017, 148-149.

⁴³ PINCHEIRA 2019, 79-111. En él observa que existen tribunales que aplican intuitivamente reglas civiles sin considerar aspectos particulares del derecho administrativo, citando un par de sentencias. En el mismo sentido, pero en defensa de dicha aplicación, Ver: CONCHA 2013, 467-476.

⁴⁴ CAMACHO 2021, 169.

⁴⁵ SEMKAT Ltda. Con Municipalidad de Santiago (2020).

⁴⁶ SEMKAT Ltda. Con Municipalidad de Santiago (2020), c 10°. Las potestades públicas son ejercicio de un poder-deber que emana del ordenamiento jurídico, mientras que las cláusulas penales han sido analizadas por la dogmática civil como un contrato accesorio, de manera que es un acuerdo creador de derechos y obligaciones. En otras palabras, se trata como potestad al derecho subjetivo que emana de la cláusula penal. Respecto de la naturaleza jurídica de las multas, ver: PUGA, 2019. FLORES, 2021c, 141-142. AGUILERA, 2021, 9-12. Esta asimilación implica tratar potestades públicas como derechos subjetivos, cuestión que para Ariño Ortiz, es fundamental de distinguir, pues “el derecho subjetivo se agota normalmente con su ejercicio; la potestad, en cambio, es inagotable, en el sentido de que el ejercicio de ella no la consume ni la disminuye”. ARIÑO, 1968, 226. A ello, Aguilera agrega que mientras las potestades son irrenunciables, los derechos subjetivos sí lo son, salvo prohibición expresa. AGUILERA, 2021, 11-12.

⁴⁷ Al respecto ver: MORAGA 2010, 477-501; BERMÚDEZ 2014, 275-276. POBLETE 2010, 82. OELCKERS 1988, 70.

⁴⁸ Entre otros, en los siguientes Dictámenes N° 16.307 (2008), N° 46.532 (2000), N° 23.701 (1999), y N° 32.795 (1996), todos ellos de la CGR. En esta línea, ver: CORDERO 2015, 435.

⁴⁹ Alguna jurisprudencia la trata como ejercicio de potestad exorbitante: *Sociedad de Proyectos y Servicios de Ingeniería Ltda. con Gobierno Regional Tarapacá* (2015) c. 9°. *Municipalidad de Tomé con Constructora de Servicios y Proyectos S.A.* (2011), c. 10°. *Municipalidad de Rancagua con Sociedad Proyecto XXI S.A.* (2014) c 10°.

del régimen jurídico aplicable a las controversias que surgen del mismo y son calificados como una “huida del Derecho administrativo”⁵⁰. El mismo escenario se repite con ocasión de la naturaleza jurídica de las multas contractuales, las que para la CGR⁵¹ y algunos fallos de la CS⁵² constituyen cláusulas del contrato (bajo una lógica de derechos subjetivos) respecto de la cuales se han de aplicar reglas civiles, y no ejercicio de potestad sancionadora; mientras que para la mayoría de la doctrina administrativista⁵³ y cierta jurisprudencia⁵⁴ constituyen ejercicio de potestad pública, respecto de la cual se han de aplicar los principios del derecho administrativo sancionador.

De lo anterior, se observa una tensión en el enjuiciamiento del acto-contrato administrativo, que permite se discutan unos mismos hechos bajo estructuras argumentativas diversas. Si, por ejemplo, se pretende discutir la validez de la actuación administrativa frente a una modificación del contrato, la aplicación de una multa o la terminación anticipada del contrato, es perfectamente posible que dicho conflicto se ventile en sede de responsabilidad contractual⁵⁵ (revisando si el acto configura, o no, un incumplimiento del contrato del artículo 1489 del CC), como en sede de nulidad de derecho público⁵⁶ (revisando la validez de la actuación administrativa), lo que genera –para Gladys Camacho– un escenario de incerteza jurídica⁵⁷. En sentido contrario, para Bermúdez, esta tensión sería aparente pues de acuerdo a la teoría de los actos separables, se permite la valoración individual del acto como del contrato administrativo⁵⁸. Ello, no obstante, no resuelve el escenario de incerteza que se presenta.

⁵⁰ Juan Carlos Flores comenta esta jurisprudencia a la que califica en estos términos, ver: FLORES 2021a.

⁵¹ Entre otros, los siguientes Dictámenes de la CGR: N° 65.248 (2011), N° 73.867 (2012), N° 47.61 (2013), N° 65.791 (2014), y el N° 96.251 (2015), sostienen que la naturaleza jurídica de las multas contractuales no constituye Derecho administrativo sancionador, sino más bien se trataría de una cláusula penal de orden civil.

⁵² *CAS Chile con Municipalidad de la Pintana* (2019), c 9°.

⁵³ La mayoría de la doctrina administrativista da razones para sostener que las multas contractuales no son cláusulas penales: Cristóbal Aguilera, José Luis Lara y Luis García Huidobro, Juan Carlos Flores, Claudio Moraga, Andrés Ruiz y Rosa Gómez, esta última sostiene que al ser una potestad pública, se deben aplicar un conjunto de reglas, principios y garantías de Derecho público. Al respecto, ver: AGUILERA 2021, 1-26. LARA Y GARCÍA-HUIDOBRO 2014, 383. MORAGA 2019, 496 y ss. FLORES 2021b, 137-151. GÓMEZ 2021, 79. RUIZ 2016, 291-297. Un sector minoritario, argumenta que no podría existir una sanción administrativa en el sentido clásico. LLEDÓ y PARDO 2015, 63.

⁵⁴ *Espacio y Jardín Ltda. con I. Municipalidad de Iquique* (2017), c. 5°.

⁵⁵ *Inversiones G.V.G. con Municipalidad de Viña del Mar* (2020), c. 6°.

⁵⁶ *Constructora de Servicios y Proyectos S.A. con Municipalidad de Tome* (2011), c. 10°.

⁵⁷ En *Nahuel con Municipalidad de Corral* (2019), c. 11°, se aplica la nulidad de Derecho público a una compraventa. Asimismo, *Socovesa con Servicio de Salud Arauco* (2018), c. 12°, se rechaza la nulidad de derecho público del acto revocatorio de una modificación contractual debidamente tramitada, en virtud del artículo 61 de la Ley N° 19.880, comparte los argumentos de la Corte de Apelaciones. Sentencias analizadas por: CAMACHO 2021, 170-171.

⁵⁸ BERMÚDEZ 2014, 41.

Los casos antes comentados representan solo una parte del problema, pero es suficiente para dar sentido al presente trabajo. El hecho de que existan reglas que deriven la regulación de contenido y efectos del contrato a reglas civiles, y otros que pormenorizadamente regulen cada aspecto de los mismos, genera espacios de indeterminación respecto de la validez de las actuaciones administrativas contractuales como se observa de los casos antes comentados, de ahí que la clasificación entre contratos administrativos en sentido estricto y privados de la Administración, podría servir de guía en la interpretación de esta figura reduciendo la incerteza anotada.

IV. Contratos administrativos en sentido estricto y contratos privados de la Administración. Una propuesta de identificación de ambas categorías contractuales

La distinción entre contratos administrativos en sentido estricto y contratos privados de la Administración, pese a no tener reconocimiento normativo expreso como el existente en el derecho español⁵⁹, cuenta con un relativo desarrollo doctrinal⁶⁰, y ha sido recogida por cierta jurisprudencia con el objeto de identificar el régimen jurídico aplicable al contrato. En esta línea, la CS ha sostenido que la sola presencia de un órgano de la Administración del Estado, somete la validez del contrato al cumplimiento de las formalidades establecidas en el artículo 9 de la LOCBGAE⁶¹ y a las reglas del Derecho público⁶². Luego, agrega, "resulta indispensable determinar la naturaleza del contrato suscrito, toda vez que ella determinará la legislación aplicable. En efecto, de concluirse que se está en presencia de un contrato administrativo será aplicable toda la normativa de derecho público que regula la suscripción, ejecución y terminación de aquellos, mientras que si se establece que es un contrato privado celebrado por la Administración, este se regirá por el estatuto general aplicable a los contratos suscritos entre particulares"⁶³.

Conforme a lo anterior, esta clasificación distingue dos tipos de contratos celebrados por la Administración dependiendo del régimen preferentemente público o privado aplicable al mismo, habida cuenta de que aun cuando todos los contratos que celebre la Administración se financian con fondos públicos y comprometen, en consecuencia, el interés público, claro es que "no todos ellos" se rigen íntegramente por reglas de Derecho público⁶⁴. En consecuencia, no se trata de una distinción absoluta, en el sentido de esta-

⁵⁹ La Ley N° 9/2017, artículo 9.2 y 26.

⁶⁰ En torno a la clasificación contratos administrativos y privados de la Administración ver: Concha 2012, 45; MERINO 1936, 129 y ss.; BERMÚDEZ 2014, 238; y OELCKERS 1979, 143-144.

⁶¹ *Jaime Sarra con Fisco* (2020), c. 7° y ss.

⁶² *Jaime Sarra con Fisco* (2020), c. 16°.

⁶³ *SERVIU con Instituto de Educación Rural* (2017), c. 2°.

⁶⁴ Cuestión admitida por la doctrina. MORAGA 2019, 34 y ss. Por otro lado, autores como Gaspar Ariño y De Solas Rafecas, buscan administrativizar aún más el contrato de la Administración. DE SOLAS RAFECAS 1990, 21.

blecer una frontera infranqueable entre ambos tipos de contrato, dada las dificultades normativas que presenta esta materia, pero sin duda que esta clasificación permite visualizar la preeminencia de uno u otro sistema de reglas y, con ello, servir de pauta en la interpretación más favorable del conjunto de reglas y principios aplicables al contrato frente a las dificultades observadas en el punto anterior.

En términos generales, se admite como definición de cada uno de estos tipos de contratos, la siguiente: se entiende por contrato privado de la Administración aquel en el que la Administración contrata con un particular desprovista de imperio⁶⁵, no tiene por objeto satisfacer una necesidad pública y se rige –en su ejecución– por normas de Derecho privado (civiles, comerciales u otras)⁶⁶. Por otro lado, se entiende por contrato administrativo en sentido estricto, a aquel vínculo jurídico entre un órgano de la Administración y uno o más particulares, que –en oposición al tipo anterior– satisface una necesidad de interés público y se rige por las normas del Derecho público⁶⁷.

Los criterios de distinción entre ambas categorías contractuales desarrollados por la doctrina nacional son fundamentalmente los que se han importado de los sistemas francés y español⁶⁸, a partir de la sustantivación del contrato administrativo en sentido estricto. Tales criterios son: (1) la presencia de cláusulas o prerrogativas exorbitantes⁶⁹ (tales como: la modificación unilateral o el término anticipado del contrato), que otorgan una posición de preeminencia a la Administración⁷⁰ respecto del particular co-contratante; (2) el objeto del contrato a través del servicio público⁷¹, (3) el giro o tráfico peculiar

⁶⁵ BERMÚDEZ 2014, 238.

⁶⁶ *SERVIU con Instituto de Educación Rural* (2017), c. 3°.

⁶⁷ BERMÚDEZ 2014, 236. En el mismo sentido, *SERVIU con Instituto de Educación Rural* (2017), c. 3°.

⁶⁸ Respecto del origen de esta clasificación en estos sistemas, ver: Villar PALASÍ 1969, 28. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2017, T I, 729. DE SOLAS RAFECAS 1990, 24. CARRETERO 1964, 107. Respecto de los autores nacionales cuyo trabajo es influenciado por el desarrollo de los sistemas francés y español, ver los siguientes trabajos: SOTO KLOSS 1978, 577 y ss. OELCKERS 1979, 135-160. MORAGA 2007, 29 y ss. PANTOJA 2008, 38 y ss. CONCHA 2012, 35 y ss. BERMÚDEZ 2014, 238-239. CELIS 2017, 15 y ss.

⁶⁹ En relación a la terminología empleada, la corriente española prefiere el uso del vocablo “prerrogativa de la Administración”, y la francesa usa el de “cláusulas exorbitantes”. MORAGA 2010, 477. Para Coviello estas prerrogativas son determinantes en la identificación del contrato administrativo, COVIELLO 2011. Estas cláusulas caracterizan al contrato por ser contrarias a los principios que rigen el contrato civil, en tanto que justifican la posición dominante que la Administración detenta para la gestión del servicio público, en miras a la satisfacción de un interés general. Este criterio tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, en sentencia del 31 de julio de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, y se mantiene vigente en sentencia del Tribunal de Conflictos de 13 de octubre de 2014, *SA Axa France*. LONG et al. 2017, 89 y 205-209.

⁷⁰ La preeminencia se explica por los fines que debe cumplir la Administración, mediante la ejecución del contrato. Ver: MORAGA 2010, 335. SOTO KLOSS 1978, 577. CORDERO 2015, 434-435.

⁷¹ Surge en el seno de la Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, a partir del caso Blanco, en Sentencia del Tribunal de Conflictos, de fecha 8 de febrero de 1873. LONG et al. 2017, 27 y ss. Más tarde se desarrolla como criterio material de identificación del contrato administrativo en las sentencias: Tèrrier, emitida por el Consejo de Estado el 6 de febrero de 1903, pero sobre todo con la sentencia Théron, también emitida por el Consejo de Estado el 4 de marzo de 1910. LONG et al. 2017, 112-118, y 169 y ss. DE LABAUDERE 1956, 58. Respecto de la relevancia del

y propio de la Administración⁷², (4) el servicio público dentro de la competencia del órgano⁷³, y (5) el interés público⁷⁴, desigualdad de intereses y fines entre el privado y el público⁷⁵, entre otras posiciones.

Los criterios antes mencionados han permitido a la doctrina nacional construir la caracterización general de los contratos administrativos, o –como dice Moraga– servir de elementos auxiliares de interpretación del contrato⁷⁶, sin que se observe la preferencia por algún criterio en particular que monopolice la identificación del contrato⁷⁷. Por ello, nuestra pretensión de ofrecer criterios de identificación del contrato administrativo en sentido estricto que, haciendo eco de los aportes de la doctrina, contribuya a la mejor identificación de este tipo de contratos atendida nuestra realidad jurídica. Así, es preciso distinguir en presupuestos orgánicos y materiales de distinción entre uno y otro.

1. El presupuesto orgánico de identificación del contrato administrativo como criterio aplicable a ambas categorías contractuales

El criterio orgánico se construye a partir del artículo 9 de la LOCBGAE y consiste en necesaria presencia de un “órgano de la Administración del Estado” como requisito *sine qua non* para la identificación del mismo, excluyéndose a los contratos celebrados entre privados⁷⁸. La interpretación literal de la regla antes citada solo alcanza a los órganos de la Administración del Estado definidos en el artículo 1º de la LOCBGAE. Sin embargo, en la práctica existe una serie de órganos que forman parte del “sector público”, contratan con fondos estatales (a partir del DL N° 1.263 de 1975 de Administración Finan-

criterio desde la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad, ver: PAREJO 1968, 398; GARCÍA DE ENTERRÍA 1963, 108 y ss.; VILLAR PALASÍ, 1969, 28-29.

⁷² Este criterio ha sido propuesto por García de Enterría. Así, prosigue el autor, mientras lo primero explica casi todas las reglas peculiares de formación del contrato (reglas de competencia, de procedimiento, de habilitación previa, de presupuesto disponible, de formación del contrato); lo segundo, se manifiesta en las reglas de ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos, y que en Francia se conocen como “cláusulas exorbitantes”, pero cuyo estudio conviene separar. GARCÍA DE ENTERRÍA 1963, 116. Este concepto es más amplio que el servicio público y así dio cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español (sentencias de 30 de octubre de 1990 y 9 de junio de 1994), razón por la cual se incorporó en la legislación española a partir de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas de 1995. DEL SAZ 2018, 558.

⁷³ Ver: OELCKERS 1979, 157-158. SILVA CIMMA 1995, 172.

⁷⁴ Ver: AYLWIN 1963, 114. IRRIBARREN, 1936, 66.

⁷⁵ Ver: SOTO KLOSS 1978, 578; CELIS 2017, 26. BERMÚDEZ 2014, 247-248.

⁷⁶ MORAGA 2019, 25.

⁷⁷ Al respecto ver: OELCKERS 1979, 159; BERMÚDEZ 2014, 239; y MORAGA 2019, 25.

⁷⁸ El subcontrato, aun cuando su objeto sirva a la consecución de un fin público, no se rige por el derecho público ni califica como contrato administrativo, por no ser parte directa de él un órgano de la Administración del Estado. Tales contratos entre privados se rigen por el derecho privado, como señala el artículo 21 inciso 2º del Decreto N° 900, de 1996 del Ministerio de Obras Públicas, y son de responsabilidad de la empresa contratista. Por ello, solo se permite la subcontratación parcial del objeto del contrato, ver: los artículos 14 y 15 de la Ley N° 19.886, de 2004, corroborado por Dictamen 85.895 (2016) de la CGR, y los artículos 18 y 19 del Decreto 541, de 1996 del Ministerio de Bienes Nacionales.

ciera del Estado), y que no se sujetan a la LOCBGAE⁷⁹. En efecto, hay una serie de órganos que sin ser Administración del Estado –como el Senado, la cámara de diputados, la Corporación Administrativa del Poder Judicial, entre otros– han adherido voluntariamente a los procesos de compra regulados por la LBCA, desarrollando a su vez los sistemas de contratación definidos en la LOCBGAE. Para algunos, el sometimiento a estas reglas por parte de estos órganos del sector público debería ser obligatorio⁸⁰ y no voluntario. En la práctica dicha incorporación se materializa mediante una glosa del presupuesto de la DCCP que sucesivamente se ha ido replicando en el tiempo y que permite esta inclusión⁸¹. Esta situación práctica extiende el criterio orgánico en la identificación del contrato administrativo, incorporando a otros órganos del sector público que no son “Administración del Estado”, quienes se obligan a respetar las reglas de este tipo de contratación. Ello, permite reafirmar la necesidad de una perspectiva tanto orgánica como funcional en la identificación del contrato administrativo.

2. El presupuesto material o funcional de identificación del contrato administrativo

Este presupuesto pretende identificar uno u otro tipo de contrato administrativo en atención a los aspectos materiales o funcionales del mismo, y que a diferencia del presupuesto orgánico, da lugar a dos manifestaciones diversas del contrato administrativo.

a) *El criterio material en el contrato administrativo en sentido estricto*

Este criterio expresa la especialidad de la contratación administrativa (indicada en el punto II de este trabajo), la que –más allá de la presencia de la Administración– apunta al servicio de interés público al cual asiste, y que justifica tanto la preocupación del legislador de dar una regulación especial de contenido y efectos, como la presencia de prerrogativas exorbitantes de la Administración (tales como modificación unilateral o término anticipado de contrato) en la etapa de ejecución contractual, para el aseguramiento del fin específico que se persigue con su celebración. Teniendo presente aquello, la procedencia de este criterio se expresa por la concurrencia de uno o más de los subcriterios que indicaremos a continuación:

1) La existencia de una regulación especial de Derecho público respecto del contenido y efectos del contrato suscrito por la Administración. Ello da cuenta de que la intención del legislador es establecer un régimen jurídico especial, ponderando de esta forma el interés público que hay en la ejecución del contrato. Este tipo de regulaciones, por regla general, reconocen

⁷⁹ El concepto de “órganos del sector público” es más amplio y arranca del DL N° 1263, de 1975. El desafío es, para Dorothy Pérez, que una modificación de la LBCA incorpore al sector público. PÉREZ 2013, 485 y ss.

⁸⁰ PÉREZ 2013, 487.

⁸¹ La glosa correspondiente es la 02 en el Programa 01, Capítulo 7 de la Partida 8 de la Ley de Presupuestos del Sector Público. BECERRA 2016, 82-83.

prerrogativas exorbitantes del Derecho común que permiten a la Administración cumplir con el fin público que motiva al contrato.

2) Asegurar el funcionamiento regular y continuo de un servicio público⁸² o se vincule al giro o tráfico peculiar y propio de la Administración contratante⁸³.

3) La presencia de cláusulas que otorgan poderes exorbitantes a la Administración en miras a la satisfacción de un bien o servicio de interés público⁸⁴. Se trata de cláusulas especiales que otorgan poderes que el Derecho no le ha reconocido directamente a dicho órgano, pero que son incorporadas a la fase de preparación del contrato (ya sea en las bases de licitación o en la elaboración del trato directo), y que son admitidas por aplicación voluntaria y analógica de alguna regulación administrativa especial en materia contractual⁸⁵. Con ello hacemos referencia a aquellos casos en los que un órgano invoca una regulación que le es ajena (orgánicamente) en razón de

⁸² Este criterio ha sido expresamente recogido por la jurisprudencia de la CS, para identificar al contrato administrativo en sentido estricto. SERVIU con Instituto de Educación Rural (2017). La idea de servicio público se puede extraer, en nuestro sistema, del artículo 28 de la LOCBGAE que señala “Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua” Ello permite vincular la competencia de un servicio público así creado por el legislador, con el fin para el cual ha sido creado (satisfacer necesidades colectivas) y cómo ello contribuye al bien común.

⁸³ Este concepto acuñado en la doctrina de García de Enterría, fue recogido en la legislación española desde la Ley de Contratos de las Administraciones públicas de 1995 y se mantiene en la actual Ley de Contratos del Sector Público N° 9, de 2017, en su artículo 25.1.b) para identificar como contratos administrativos aquellos supuestos de hecho innominados, en los que el objeto del contrato se relaciona al giro de la entidad contratante. DEL SAZ 2018, 558. En nuestro país, Bermúdez invoca en la propuesta de definición del contrato administrativo la idea del giro o tráfico peculiar y propio. BERMÚDEZ 2014, 239.

⁸⁴ Usamos la denominación de “cláusulas” y no “prerrogativas”, porque entendemos que las primeras nacen del contrato, y las segundas nacen directamente del ordenamiento jurídico. Las cláusulas exorbitantes de mayor aplicación conocidas son: 1) la ejecutoriedad propia de los actos de la Administración; 2) la modificación unilateral al objeto del contrato (*potestas variandi*); 3) la facultad de terminar anticipadamente el contrato; 4) la potestad de ceder a un particular, por concesión, la explotación de un bien público; 5) la facultad de dirección y control en el cumplimiento del contrato, y; 6) la facultad de imponer la interpretación del contrato. PÉREZ HUALDE 2011, 179-180. Por su parte, Bermúdez agrega a las cláusulas exorbitantes ya indicadas, la potestad sancionatoria. BERMÚDEZ 2011, 224. En el mismo sentido de ambos autores, ver: MORAGA 2010, 338 y 481-501.

⁸⁵ Aquí conviene recordar que la Administración actúa por mandato normativo en virtud del principio de legalidad y vinculación positiva de la Administración. Sin embargo, dicho principio presenta una serie de conflictos derivados tanto de la insuficiencia normativa, como de los altos niveles de imprecisión con la cual el legislador tipifica la atribución de estas potestades, que adoptan la forma de potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados, también denominados cláusulas generales de apoderamiento, pues otorgan a la Administración márgenes de creación normativa. SÁNCHEZ MORÓN 2006, 88 y ss. DE LA CUÉTARA 1986, 139. Consecuencia de lo anterior, estas indeterminaciones normativas –para Medina Alcoz– constituyen programas normativos no acabados, que la Administración debe completar para asegurar el adecuado ejercicio de tales potestades. MEDINA 2016, 103.158. Ahora bien, no es admisible cualquier creación normativa, pues como señala De la Cuétara– el o de la potestad es la juridificación del fin, de manera que cualquier desviación de fin ocasiona la nulidad del ejercicio de la misma. DE LA CUÉTARA 1986, 137-138.

la materia, como ocurre con la construcción de obras por entes diversos del Ministerio de Obras Públicas (MOP)⁸⁶, o en materia de compra de suministro de bienes y servicios de la LBCA cuando es efectuada por órganos ajenos a la Administración del Estado que voluntariamente se sujetan a dicha normativa, como acontece con la Corporación Nacional Forestal⁸⁷, o bien porque obligatoriamente deban acatar tales reglas por disponerlo así la Contraloría General de la República, como acontece con las Corporaciones Municipales⁸⁸, pudiendo incorporar el ejercicio de cláusulas exorbitantes de su artículo 13, al permitir la modificación o el término anticipado del contrato bajo las causales allí establecidas.

En este punto conviene señalar que la sola presencia de estas cláusulas no permite calificarlo como un contrato administrativo en sentido estricto, más bien, la CS sostiene debe ser tratado como un pacto comisorio calificado expreso⁸⁹. Por ello, este criterio requiere que el objeto del contrato sea la satisfacción de una necesidad de interés público o un servicio público.

Si se presentan uno o más de los subcriterios antes señalados, estamos en presencia de un contrato administrativo en sentido estricto. La pregunta que surge una vez identificada esta categoría es ¿a qué régimen jurídico se debe recurrir para completar un vacío normativo proveniente de la debilidad de alguno de los subcriterios antes mencionados? Sea que se trate de una débil regulación de contenido y efectos, o bien de la ausencia de regulación en un contrato que asegura un servicio público de manera regular y continua, es una cuestión que pretendemos resolver en el punto que sigue.

⁸⁶ En defecto de reglas especiales, se suele invocar en sus bases de licitación (como parte del contrato) la aplicación del Reglamento del contrato de obras públicas, Decreto N° 75, de 2004. Del mismo modo acontece con el Reglamento para Contratos de Ejecución de Obras, contenidas el D.S. N° 236 de 2002. Así se puede ver su aplicación supletoria en: *Constructora Alvia S.A. con Municipalidad de Peñalolén* (2022), y *Soc. Proyectos y Servicios de Ingeniería Ltda. con Gobierno Regional de Tarapacá* (2015). En doctrina se refiere a esta práctica Moraga, ver: MORAGA 2019, 72-73.

⁸⁷ Dictamen N° 33.622 (2008) sostiene que la Corporación Nacional Forestal, aun cuando no forme parte de la Administración del Estado, podrá “disponer que se aplicarán en las licitaciones que efectúe las mismas reglas que contiene la citada ley 19886 quedando en tal evento obligada, tanto respecto de los postulantes como de los terceros, a respetar cabalmente esa normativa, lo cual se corrobora con la glosa 02 del presupuesto de la Dirección de Compras y Contratación Pública”.

⁸⁸ Las Corporaciones Municipales no forman parte de la Administración del Estado, sin embargo de acuerdo al Dictamen N° 160.316 (2021) se ajustan a la Ley N° 19.886 y su reglamento. Ello, sostiene el ente contralor en el citado pronunciamiento, en virtud “del principio de supremacía de la realidad que debe orientar la labor interpretativa del Derecho Administrativo, y la búsqueda de soluciones que armonicen y uniformen el actuar de las entidades a través de las cuales el Estado ejerce sus funciones (aplica criterio del dictamen N° E33624, de 2020)”.

⁸⁹ *SERVIU con Instituto de Educación Rural* (2017), c 5°.

b) *El criterio material en el contrato privado de la Administración como criterio residual*

Desde una perspectiva funcional, el criterio material del contrato privado de la Administración atiende a todos aquéllos asuntos corrientes en los que la Administración actúa desprovista de poder frente al particular.

De lo revisado hasta aquí, el criterio material en este tipo de contratos, se configura en los siguientes supuestos:

1. La existencia de una expresa derivación de contenido y efectos del contrato, a reglas del Derecho privado y la Administración actúa desprovista del poder de imperio⁹⁰. Este criterio por sí solo no es suficiente, dada la presencia de entidades de derecho privado que debiendo regir sus actos y contratos por el Derecho común (como la Corporación Nacional Forestal y las Corporaciones Municipales, se someten a las disposiciones de la LBCA como vimos en el punto anterior.

2. A falta de derivación expresa al Derecho privado y frente a la ausencia de reglas y principios en el Derecho público, en aquellos supuestos de hecho contractuales en los que la Administración actúe desprovista del poder de imperio y el contrato no tenga por objeto satisfacer una necesidad pública.

Para la mejor comprensión y testeo de estos criterios, podemos revisar el caso de la “Sociedad de Restaurantes Isla de Angostura Ltda. y otros, con Fisco y otros”, resuelto por la CS en sentencia de fecha 3 de noviembre de 2021. En este caso, se discute la calificación jurídica de un “Protocolo de Acuerdo” en el que el MOP compromete el uso de un bien público a una sociedad de particulares a fin de reubicaren sus negocios, luego de haber sido expropiados y haber perdido el acceso al público producto del ensanchamiento de la Ruta 5. El acuerdo implicaba entregar el uso y la administración de ese espacio al Municipio de Paine, para que este dé en comodato los terrenos a estos particulares por 300 meses. Antes del vencimiento del plazo fijado, el MOP puso término anticipado al contrato aduciendo la necesidad de interés público de ensanchar nuevamente la Ruta y recuperar dichos terrenos, usando una cláusula que –dentro del acuerdo– le permitía poner fin al uso gratuito sin derecho a indemnización alguna. A juicio de los demandantes, hay un incumplimiento de contrato consistente en que el Fisco actuó como si se tratara de un contrato público y le puso término de forma unilateral, sin respetar las cláusulas del contrato –que es, a su juicio, privado– generando perjuicios que se deben indemnizar. El fallo de primera instancia, concluyó se trataba de un contrato privado de la Administración, pues su objeto solo mira el interés particular de los demandantes, lo que se aleja del carácter

⁹⁰ Ambos criterios han sido recogidos por la jurisprudencia y la doctrina, ver: *SERVIU con Instituto de Educación Rural* (2017), c. 3º, Bermúdez 2014, 238. Por su parte, que la Administración actúe desprovista del poder de imperio supone que al no estar regulado el contenido del contrato por el Derecho público, el ordenamiento jurídico no otorga a la Administración potestades exorbitantes en el desarrollo y ejecución del contrato.

administrativo que pudiera tener⁹¹. En segunda instancia, la Corte estimó se trataba de “simples reglas para respetar el uso del bien” que no son una concesión administrativa, más bien se trataría de un permiso de uso que excluye supuestos de contratación, en tanto figura semi-informal del Derecho administrativo que refleja el principio de cooperación⁹². Finalmente, para la CS, se trata de un contrato privado de la Administración bajo la forma de un comodato simple o precario, en razón de que su objeto no es la satisfacción de una necesidad pública sino un interés privado. Ahora bien, en relación a la cláusula que habilita al MOP a poner término anticipado del contrato sin indemnización, es para la Corte una “potestad, incluida en la convención celebrada libremente por las partes” que fue válidamente capaz de poner término anticipado al contrato, de manera que las alegaciones basadas en la imposibilidad del MOP de poner término anticipado no son efectivas⁹³.

Del razonamiento anterior, la calificación del contrato se resuelve –en ausencia de una regulación de Derecho público, así como de una expresa derivación a las reglas de Derecho privado– en función del “interés” que rodea la contratación. Al ser un interés privado que mira el solo beneficio de los demandantes, es en concepto de la Corte, un contrato privado de la Administración⁹⁴. Sin embargo, se observa un problema en el análisis que se realiza respecto del acto administrativo que dispuso el término anticipado de contrato, pues –la Corte– estima se trata de una “potestad” que ha sido válidamente ejecutada en virtud de la cláusula cuarta del contrato, por una necesidad de interés público, que no da derecho a indemnización⁹⁵.

La citada potestad –en este caso– no tiene su origen en la Ley, sino en una cláusula del contrato de comodato⁹⁶. Así las cosas (y como se indicó en el último criterio de identificación del contrato administrativo en sentido estricto), la sola presencia de una cláusula exorbitante no convierte al contrato en administrativo, si la misma no va acompañada de la satisfacción de un interés público; más bien se trataría de un pacto comisorio calificado expreso civil y no de una potestad pública, razonamiento que se apoya en la sentencia de la CS de 11 de septiembre de 2017⁹⁷. En consecuencia, si bien este caso configura un contrato privado de la Administración, es –sin embargo– discutible la calificación jurídica que se realiza del acto administrativo que pone término anticipado al contrato, y con ello el tratamiento jurídico

⁹¹ *Sociedad de Restaurantes con FISCO y otros* (2021), c. 10°.

⁹² *Sociedad de Restaurantes con FISCO y otros* (2021), c. 11°.

⁹³ *Sociedad de Restaurantes con FISCO y otros* (2021), c. 17°.

⁹⁴ *Sociedad de Restaurantes con FISCO y otros* (2021), c. 12°.

⁹⁵ *Sociedad de Restaurantes con FISCO y otros* (2021), c. 14°.

⁹⁶ En la primera instancia se resolvió que no procede la aplicación del artículo 2180 del CC, desde que este caso no cabe en ninguna de las causales allí establecidas y que habilitan al comodante poner término anticipado al comodato. *Sociedad de Restaurantes con FISCO y otros* (2021), c. 10°.

⁹⁷ El citado fallo resuelve un asunto de idéntica naturaleza, un contrato de comodato. *SERVIU con Instituto de Educación Rural* (2017), c. 5°.

de dicha actuación. Así, mientras en sede civil se discute la eficacia del pacto comisorio calificado (que para unos depende de una resolución judicial, para otros opera de pleno derecho, y una tercera posición requiere de un acto unilateral recepticio emanado del acreedor diligente en orden a poner término al contrato⁹⁸); en sede administrativa, la potestad opera de pleno derecho en virtud de la autotutela ejecutiva de los actos administrativos (artículo 3 de la Ley N° 19.880). Esta última supone la existencia de una habilitación normativa expresa que otorgue el citado poder y que, en este caso, aparentemente no existe pues nace de la cláusula cuarta del contrato.

V. Análisis de la clasificación anterior a la luz de la modificación del contrato y la *potestas variandi*

Con el objeto de plantear el impacto que esta clasificación ha de tener en la fase de ejecución de los contratos en la práctica, analizaremos la modificación contractual a modo de ver cómo esta difiere si se trata de uno o tipo de contrato, de acuerdo a la clasificación antes revisada⁹⁹.

En el ámbito privado, en el cual situamos la regulación de contenido y efectos de los contratos privados de la Administración, la modificación de contrato –si bien no tiene un análisis pormenorizado en el CC¹⁰⁰– ha sido definida por la doctrina civilista como toda alteración que se introduce a alguno de sus elementos estructurales después de la constitución de ella y antes de su vencimiento, que no constituya una novación del vínculo¹⁰¹. La misma, en consecuencia, solo puede tener su origen en el texto del contrato, en el acuerdo de las partes o en causas legales de acuerdo al tenor del artículo 1545 del CC. En el contrato administrativo en sentido estricto, en cambio, la mutabilidad es una característica del vínculo¹⁰², dada la necesidad que tiene la Administración de flexibilizar los términos del contrato frente a circunstancias que alteren y pongan en riesgo el interés público comprometido en la ejecución del mismo¹⁰³. En esta línea, el ordenamiento jurídico contempla reglas que habilitan a la Administración a introducir adecuaciones al contrato

⁹⁸ GIL LJUBETIC 2011, 287 y ss.

⁹⁹ Cabe señalar que esto es un asunto mucho más complejo que pretende ser analizado en términos generales solo con el objeto de experimentar esta clasificación.

¹⁰⁰ Escaso tratamiento que, según explica Abeliuk, se debe a que en este punto el Código Civil Chileno siguió la tradición francesa del código napoleónico que ignora este tema. ABELIUK 2014, T II, 1219.

¹⁰¹ Ello, dado que la novación implica una variación es de tal entidad que afecta la esencia del contrato y se transforma en la sustitución de una obligación por una nueva, en la que la primitiva que está destinada a extinguirse. Esta definición se extrae de la tesis de Abeliuk, así como la de Alessandri, Somarriva y Vodanovic. Al respecto ver: ABELIUK 2014. T. II, 1215, 130, 1303. ALESSANDRI et al. 2004, 7-9.

¹⁰² Al respecto, ver: POBLETE 2010, 82. MORAGA 2010, 484-491. FLORES 2020, 213-214. En el Derecho español, ver: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2017, T I, 787.

¹⁰³ El fundamento de este poder, señala Marienhoff, radica en que “la Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles, o por estipulaciones contractuales que actualmente resultan inadecuadas para satisfacer las necesidades

de forma unilateral, por razones de interés público, siendo obligatorias para el co-contratante, lo que se conoce como ejercicio de la *potestas variandi*¹⁰⁴. Esta última expresa un poder exorbitante¹⁰⁵ que el ordenamiento jurídico reconoce a la Administración, cuyo título –en consecuencia– arranca de la Ley que regula el contrato y no necesariamente del acuerdo inicial¹⁰⁶.

Existe, de esta manera, una diferencia relevante entre uno y otro tipo de contrato, ya que mientras en el contrato privado de la Administración rige el *pacta sunt servanda* que otorga intangibilidad al contenido del acuerdo¹⁰⁷, impidiendo que una de las partes pueda imponer modificaciones al otro contratante y limitando el ámbito de las alteraciones a aquéllas que no constituyan novación del vínculo; en el contrato administrativo en sentido estricto es posible –por mandato legal– introducir variaciones en favor de una de las partes (la Administración)¹⁰⁸, cuyos límites no se relacionan con los efectos de la novación. Así, en relación a los límites de la *potestas variandi*, se observa que no todos los preceptos legales que la contemplan establecen limitaciones materiales o de contenido a su extensión, basta revisar el artículo 13 letra d) de la LBCA para verificar aquello¹⁰⁹. Del mismo modo, hay preceptos que –fijando el contexto en el que se autoriza la variación del acuerdo– serían constitutivos de una novación a la luz del Derecho privado por alterar aspectos esenciales del contrato sin que por ello se extinga el vínculo, como acontece en materia de concesiones con la potestad otorgada por el artículo

originariamente tenidas en cuenta”. MARIENHOFF 1998, 148. En el mismo sentido, ver: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2017, T I, 788.

¹⁰⁴ Para un análisis de esta potestad, ver: BERMÚDEZ 2014, 251. OELCKERS 1988, 69-90. MORAGA 2011, 484-488. FLORES 2021, 214-221. ARIÑO 1968, 226-230. GARRIDO FALLA 2012, 125-129. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2017, T I, 787-790.

¹⁰⁵ Algunos de los tratadistas nacionales que identifican la *potestas variandi* como una prerrogativa exorbitante de la Administración, son: Julia Poblete Vinaixa, Jorge Bermúdez Soto, Claudio Moraga Klenner y Juan Carlos Flores Rivas, entre otros. Ver: POBLETE 2010, 82. MORAGA 2010, 477-501. FLORES 2019, 70-72.

¹⁰⁶ Respecto del origen legal de la *potestas variandi*, ver: MORAGA 2019, 473. OELCKERS 1988, 73.

¹⁰⁷ La fuerza obligatoria del contrato o *pacta sunt servanda*, obliga a las partes y a terceros a respetar el contenido del pacto suscrito, no pudiendo una de ellas modificar el contenido de la relación a su solo arbitrio, lo que se traduce en su intangibilidad general o imposibilidad de alterar los contratos en curso. LÓPEZ Y ELORRIAGA 2010, 235 y ss. FERNÁNDEZ 2002, 23. La tesis anterior se apoya, desde el punto de vista constitucional, en el derecho de propiedad del artículo 19 N° 24 de la CPR, desde el punto de vista legal, en el artículo 1545 del Código Civil y en el artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, que, al disponer que “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, dándose a entender que no puede verse afectado por legislaciones futuras.

¹⁰⁸ Horgue Baena señala que esta potestad es una excepción a la inmutabilidad del contrato, y se expresa en sus dos vertientes, a saber: una, que denomina inalterabilidad del contrato (que busca respetar las reglas de la licitación, en garantía del principio de igualdad, publicidad, concurrencia y no discriminación, y del principio de buena administración); y otra, denominada *contractus lex*, que atiende a asegurar el cumplimiento del contrato en los términos en que se prestara el consentimiento. HORGUE BAENA 2018, 2260.

¹⁰⁹ De dicha regulación solo es posible colegir una limitación de índole presupuestaria, a partir de lo dispuesto en el inciso final del artículo 77 del Decreto Supremo N° 250, de 2004 que contiene el Reglamento de la LBCA.

19 inciso 3° del Decreto 900, de 1996, que permite “modificar las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación”. Por último, las modificaciones de común acuerdo ampliamente aceptadas en el ámbito del Derecho privado, son –sin embargo– excepcionales en el contrato administrativo en sentido estricto, dado que solo proceden por mandato legal y no por mera voluntad de las partes¹¹⁰.

En suma, las modificaciones en uno u otro tipo de contrato son diversas y dan cuenta de la presencia de actos jurídicos que requieren ser analizados a la luz de reglas y principios acordes a la naturaleza, especialidad y finalidad de cada tipo contractual, justificando así la necesidad de introducir esta clasificación para entender el marco jurídico aplicable en la fase de ejecución y extinción del contrato administrativo.

VI. Régimen jurídico aplicable en defecto de regla expresa que regule un contrato administrativo en sentido estricto

La situación que se plantea en este apartado, es la de enfrentar una regulación débil de contenido y efectos de un determinado contrato administrativo en sentido estricto. En este contexto, dada la especialidad del contrato, su finalidad y la existencia de reglas especiales de Derecho público que regulan, con mayor o menor intensidad, el contenido y efectos de este tipo de contratos, un sector de la doctrina sostiene que en ausencia de regla expresa se debe suplir en función de las reglas y principios de Derecho público¹¹¹, salvo remisión expresa a las reglas de Derecho privado. En contra, hay quienes sostienen que la sola ausencia de regla obliga al intérprete a recurrir al CC como derecho común y general, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4° CC¹¹².

¹¹⁰ A modo de ejemplo, el artículo 13 letra a) de la LBCA permite la modificación de común acuerdo, pero de forma limitada a lo prescrito por el artículo 77 del reglamento de la citada Ley (Decreto Supremo N° 250, de 2004 Ministerio de Hacienda), a partir de la modificación introducida por el Decreto Supremo N° 1410, de 2015 Ministerio de Hacienda señalando, que requiere sean previstas en las bases de la licitación, no excedan del 30% del monto originalmente pactado y se respeten los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes. Del mismo modo, el artículo 20 del Decreto N° 900, de 1996 Ministerio de Obras Públicas, permite se puede acordar modificaciones con el concesionario, de acuerdo a las limitaciones allí previstas. La jurisprudencia administrativa, por su parte, sostiene la improcedencia de las modificaciones de común acuerdo por vulnerar los principios de inmersos en el llamado a licitación pública. Ver: DICTAMEN N° 75.983 (2010) y N° 10.858 (2014), ambos de la Contraloría General de la República. La doctrina se pronuncia en el mismo sentido, al respecto ver: BERMÚDEZ 2014, 256-257.

¹¹¹ En esta línea podemos citar a Rosa Gómez y Alejandro Vergara, ver: GÓMEZ 2021, 47-85; y VERGARA 2010, 76-84. Este último basa su tesis en la descodificación de Irti y en la teoría de los núcleos dogmáticos y autónomos de las diversas disciplinas jurídicas. Por otro lado, Claudia Mejías sostiene la imposibilidad de ver en el CC el derecho común y lo vincula a la labor de la dogmática jurídica. MEJÍAS 2018, 621-646. Finalmente, Soto Kloss sostiene que “Tal aplicación de derecho privado no cabrá sino en cuanto sea compatible con su status jurídico, público y, en general no será sino meramente residual, dada la existencia cada vez más numerosa de regulaciones administrativas específicas”. SOTO KLOSS 1978, 582.

¹¹² Ver: BERMÚDEZ 2012, 21, 29-35 y 57; y CORRAL 2020.

Lo anterior, pese a que hay consenso en la existencia de un núcleo duro e irreductible de la disciplina del Derecho administrativo que solo admite ser interpretado en función de reglas y principios de la misma disciplina¹¹³.

Frente a la aplicación excesiva de reglas civiles para atender asuntos regulados por el Derecho público, es que parece relevante insistir en la necesidad de que frente a un contrato administrativo en sentido estricto, el esfuerzo de los intérpretes por dar soluciones ajustadas al Derecho público debiera ser mayor que el simple exhorto a instituciones civiles¹¹⁴. Parece poco discutible que el CC tiene un carácter residual dentro del sistema jurídico frente a la Constitucionalización del derecho¹¹⁵, o que la construcción que el CC realiza de la figura del contrato responde a ideas y principios decimonónicos que se alejan no solo del Derecho público, sino que inclusive del moderno y nuevo derecho de los contratos, respecto del cual incluso se ha postulado la muerte de los presupuestos de la contratación civil tal y como la conocemos¹¹⁶. Por ello, dada la especialidad del Derecho administrativo y del contrato administrativo en sentido estricto como parte del núcleo irreductible de aquel¹¹⁷, lo convierte en un microsistema jurídico de tal envergadura, que solo puede ser completado en función de reglas de similar naturaleza¹¹⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, existen casos de remisión expresa de supletoriedad al CC, Derecho privado o Derecho común, que no provienen

¹¹³ BERMÚDEZ 2014, 39-40.

¹¹⁴ En relación al orden interpretativo ya lo establece el artículo 1 de la Ley 19.886 en orden a completar los vacíos en base a reglas y principios de derecho público y solo en defecto de lo anterior, acudir a reglas civiles.

¹¹⁵ Irti sostiene que en virtud de este proceso el Código Civil es un derecho residual. IRTI 1992, 90. Santiago Montt va más allá y cita los tratados internacionales que someten la acción del Estado –y su actividad contractual– a instancias jurisdiccionales de nivel internacional, como el CIADI. MONTT 2005, 276 y ss.

¹¹⁶ Respecto del cuestionado papel que tienen los principios básicos de la teoría general del contrato civil clásicos de la contratación como expresión del individualismo del s. XVIII, ver: PEREIRA 2017, 81-85. Respecto del nuevo derecho de los contratos caracterizado por los postulados de sociabilidad y función social, ver: VIDAL 2007, 43-44. Respecto de la muerte del contrato, ver: PEREIRA 2019, 261-306. En contra de ello, Corral si bien reconoce la tesis de la muerte del contrato como consecuencia de la caída de las concepciones liberales del *laissez-faire* y de la transición del individualismo “*to the welfare state and beyond*”, prefiere sostener que el mismo ha resucitado. CORRAL 2010, 29.

¹¹⁷ Dos razones para sostener que el contrato administrativo en sentido estricto forma parte del núcleo irreductible del Derecho administrativo: Una, la contratación es un mecanismo usado para satisfacer una necesidad colectiva de interés público, cuando la Administración no pueda por sus propios medios alcanzar el bien común (Artículo 3 de la LOCBGAE). Otra, no todos los contratos que celebra la Administración se rigen por el Derecho público, sino solo los que identificamos como contratos administrativos en sentido estricto.

¹¹⁸ Respecto del núcleo duro y la solución en base al Derecho público, ver: BERMÚDEZ 2014, 39-40. Este autor no sostiene derechamente que los contratos formen parte de él. Por su parte, Vergara, ha desarrollado la idea de los núcleos dogmáticos en cada disciplina y la necesidad de completar en base a sus propias reglas y principios. El Derecho administrativo como un microsistema jurídico. Ver: VERGARA 2014, 957-991.

el artículo 4 del CC¹¹⁹. Dichas remisiones reafirman la idea de que dicha supletoriedad es excepcional y no constituye la regla general¹²⁰. Por otro lado, debemos considerar que existen instituciones que trascienden a todo el Derecho, que no tienen desarrollo en el Derecho público y que se ubican en el CC, tales como: las normas sobre prescripción (art. 2497 y siguientes del CC), las prestaciones restitutorias del art. 1687 y siguientes del CC, a propósito de la nulidad de Derecho público¹²¹, salvo que existan reglas especiales como prescripciones de corto tiempo, caso en el cual prevalecerán estas sobre aquellas, entre otras. La explicación de esta ubicación no es otra que el resultado del proceso de codificación propio de los códigos civiles decimonónicos, lo que llevó a que nuestro CC contemple muchas reglas de general aplicación que constituían derecho común de las legislaciones especiales, por ser la disciplina con supuestos de hecho más amplios y generales¹²². Ello no significa que en la actualidad siga ocupando dicho lugar, pues conforme a las razones antes anotadas, el CC ha dejado de ser estar en el centro del sistema jurídico y su lugar lo ha ocupado la CPR.

Finalmente, no es apropiado superponer la lógica del contrato civil a un contrato administrativo, pues la construcción de reglas y principios de cada uno los hace diametralmente opuestos. Así, mientras la teoría del contrato civil se erige sobre los presupuestos de: primacía de la voluntad; simetría de los contratantes; estabilidad contractual y ausencia de intervención exógena a las partes¹²³. En el contrato administrativo la primacía de la voluntad es reemplazada por el interés general; la simetría de los contratantes es sustituida por la preeminencia de la Administración¹²⁴; la estabilidad contractual cede ante la mutabilidad del contrato (permitiendo el ejercicio de la *potestas variandi* o modificación unilateral del contrato)¹²⁵. Finalmente, si en el contrato civil se cita la ausencia de intervención exógena a las partes, en el contrato administrativo el *factum principis* o la teoría de la imprevisión, son capaces de afectar las relaciones en curso, permitiendo la adecuación del contenido del contrato¹²⁶.

¹¹⁹ Como ocurre con el artículo 1° de la LBCA; el artículo 9 de la Ley N° 19.542 de 1997 que Moderniza el Sector Portuario Estatal, y el artículo 21 de la Ley de Concesiones contenida en el Decreto N° 900 de 1996.

¹²⁰ FERRADA 2007, 117.

¹²¹ Ferrada 2007, 117. En contra de ello, un voto minoritario del Ministro Muñoz en el que señala que “la prescripción no es un principio general, todo lo contrario, es una sanción, una excepción, que se interpreta restrictivamente”. De esta manera, justifica la no aplicación de las reglas civiles de prescripción en el cómputo de los plazos de la nulidad de Derecho público. *Moya con Fisco* (2020), c. 5°.

¹²² GUZMÁN BRITO 1984, 11-30. IRTI 1992, 22-23.

¹²³ PEREIRA 2017, 81-85.

¹²⁴ MORAGA 2019, 221.

¹²⁵ MORAGA 2019, 230.

¹²⁶ FLORES 2019, 77 y ss.

Conclusiones

La regulación de la actividad contractual de la Administración, dadas las características de nuestro sistema jurídico, generan un espacio de indeterminación respecto del régimen aplicable a la fase de ejecución del contrato. En efecto, dado que no todos los contratos que celebra la Administración se rigen por el Derecho público, ni todos ellos se ejecutan por órganos de la Administración (como el caso de las contrataciones efectuadas por las Corporaciones Municipales), es que recurrimos a la clasificación que sistematiza entre los contratos administrativos en sentido estricto de aquellos que se rigen por el Derecho privado, según el régimen jurídico público o privado aplicable a la fase de ejecución contractual que permita dar claridad a ciertos conflictos que surgen por dicho concepto.

Dicha clasificación, a su vez, requiere de criterios que permitan identificar y uno u otro, para lo cual se ha propuesto ver dicha calificación desde una perspectiva orgánica y funcional, las que van de la mano pero difieren según si se trata de uno u otro tipo de contrato. El presupuesto orgánico consiste en la presencia de un órgano de la Administración que permita calificarlo como contrato administrativo en términos genéricos, razón por la cual es un presupuesto común para ambos tipos de contrato. El presupuesto material, en cambio, busca rescatar los rasgos esenciales de la actividad administrativa contractual, y tratándose de la versión estricta de la contratación, tales criterios son: (1) la existencia de una regulación especial de Derecho público, que se ocupe del contenido, efectos y extinción de los contratos que celebre la Administración; (2) la contribución del contrato a un fin de servicio público o su vinculación al giro o tráfico de la Administración; y (3) la incorporación de cláusulas exorbitantes de derecho común de forma voluntaria e indirecta al contrato, a objeto de satisfacer una necesidad de interés público. El criterio material de calificación de un contrato privado de la Administración, en contraste con el anterior, opera de forma residual en los casos en los que la Administración actúe desprovista de imperio, exista una remisión expresa de contenido y efectos del contrato al Derecho privado, o a falta de ella y de regla en el Derecho público que regule el supuesto de hecho, el contrato no satisfaga una necesidad de interés público y la Administración actúe desprovista del poder de imperio (el ordenamiento jurídico no ha regulado de forma especial el contrato, ni ha otorgado poderes exorbitantes en miras a la satisfacción de un interés público).

Finalmente, frente a la insuficiencia normativa que se pueda presentar respecto de un contrato administrativo en sentido estricto (luego de haberlo calificado como tal), se defiende la preeminencia de reglas y principios de Derecho administrativo, por sobre la integración directa de reglas civiles conforme se ha sostenido de la aplicación del artículo 4 del CC. Ello, de una parte, porque los contratos administrativos en sentido estricto –a diferencia de los contratos privados de la Administración– dada su especialidad administrativa, son una materia que forma o debiera formar parte del núcleo

duro de la disciplina, lo que exige deban ser completados en base a reglas y principios de Derecho público. Por otro lado, considerando el papel residual que tiene el CC en la actualidad, así como de lo obsolescencia de las reglas y principios decimonónicos que rigen la contratación civil en nuestro sistema, se estima son argumentos suficientes como para sostener que un contrato administrativo en sentido estricto debe necesariamente ser integrado e interpretado bajo los principios del Derecho administrativo.

Bibliografía citada

- ABELIUK MANASEVICH, Rene (2014). *Las Obligaciones* (6ª ed.) (T. II) Thomson Reuters.
- AGUILERA MEDINA, Cristóbal (2021). Naturaleza jurídica de las multas en la contratación administrativa: algunas reflexiones sobre la autoridad administrativa y el principio de legalidad. *Revista Chilena de Derecho*, 48(2), 1-26.
- AMILHAT, Mathias (2014). *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*. Bruylant.
- AMILHAT, Mathias (2020). *Marchés publics locaux. Cours Master 2 Collectivités territoriales*.
- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel, y VODANOVIC, Antonio (2004) *Tratado de las Obligaciones. Volúmen de la modificación y extinción de las obligaciones* (2ª ed.) Editorial Jurídica de Chile.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos Administrativos. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (30), 27-53.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Instituto de Estudios Administrativos.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2007). El enigma del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* (172) 79-102.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio (1963). *Derecho Administrativo* (T II). Apuntes de clases. Editorial Universitaria S.A.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2006). La Autonomía Privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile. En Íñigo De la Maza, *Cuadernos de Análisis Jurídico, colección Derecho Privado III Temas Contratos* (pp. 159-185). Editorial Universidad Diego Portales.
- BECERRA FARIAS, Carlos (2016). La Adhesión voluntaria del Senado al sistema de información de compras y contrataciones de la Administración y a los convenios marco suscritos por la Dirección de Compras Públicas. *Revista 50+UNO* (4), 72-90.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General* (3ª ed.). Thomson Reuters.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2012). *Las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Común*. Thomson Reuters-Abeledo Perrot.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys (2021). Certeza Jurídica y el problema de la nulidad de los contratos públicos en Chile. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (25), 145-174.
- CARRETERO PÉREZ, Adolfo (1964). El Contrato Administrativo ante la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963. *Revista de Administración Pública* (45), 105-189.
- CELIS DANZINGER, Gabriel (2017). *Los Contratos Administrativos* (2ª ed.). El Jurista.
- COLMEIRO, Manuel (1865). *Derecho administrativo español* (3ª ed.). (T II). Imprenta de José Rodríguez.
- CONCHA MACHUCA, Ricardo (2016). Crítica a la falta de declaración de nulidad y a la consiguiente configuración de la eficacia del contrato público inválido soportado en un procedimiento ilegal. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (46), 287-310.
- CONCHA MACHUCA, Ricardo (2013). La fuente normativa de la fuerza obligatoria del contrato de la Administración (Art. 1545 Del Código Civil). *Ius et Praxis* (19), 467-476.
- CONCHA MACHUCA, Ricardo (2012). *Nulidad del Contrato de la Administración*. Legalpublishing-Thomson Reuters.

- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª ed.). Thomson Reuters.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2020). *El derecho civil como derecho común: ¿mito o realidad? Una respuesta tardía (pero útil) al profesor Alejandro Vergara Blanco*. <https://corraltalciani.wordpress.com/>.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010). *Contratos y daños por incumplimiento*. Abeledo Perrot-Legal Publishing.
- COVIELLO, Pedro José (2011). El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (66), 169-194.
- COVIELLO, Pedro José (2010). ¿Contratos administrativos o contratos públicos? La actuali-
dad jurídica de los contratos estatales. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Mendoza. https://docs.google.com/document/d/1bDZeUV9yPas_aPfszlP33Qah10iFCy3tV6LdWgKdzV4/edit?hl=es.
- DE LA CUÉTARA, José Miguel (1986). *Las potestades administrativas*. Tecnos.
- DE LABAUDERE, André (1956). *Traité Théorique et pratique des contrats administratifs* (T I). *Librairie générale de droit et de jurisprudence*.
- DE SOLAS RAFECAS, José María (1990). *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*. Tecnos.
- DEL SAZ CORDERO, Silvia (2018). El régimen jurídico de los contratos del sector público. Contratos administrativos y contratos privados (arts. 24, 25, 26 y 27 LCSP/2017). En José María Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 545-570). Aranzadi.
- ENTREÑA CUESTA, Rafael (1957). Consideraciones sobre la Teoría General de los Contratos de la Administración. *Revista de Administración Pública* (24), 39-74.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2002) Fundamentos constitucionales del Derecho de los Contratos: intangibilidad, autonomía de la voluntad y buena fe. En Hernán Corral y Guillermo Acuña (eds.) *Cuadernos de Extensión Jurídica 6*, Universidad de los Andes (pp. 17-37).
- FERRADA BÓRQUEZ, J. C. (2007). Los Principios Estructurales del Derecho Administrativo Chileno: Un Análisis Comparativo. *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (75), 99-136.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2011). Los Tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno. En Jaime Arancibia Mattar y otros (coord.), *Litigación Pública* (pp. 119-150). Thomson Reuters.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020). *Estudio de Mercado sobre Compras Públicas*, 2019. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/08/informe_preliminar_EM05_2020.pdf.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2021a). *Extinción de contratos administrativos: ¿potestad o cláusula contractual?* Asociación de Derecho Administrativo <https://www.adad.cl/post/extincion-de-contratos-administrativos-potestad-o-clausula-contractual>.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2021b). *Aspectos críticos de la contratación administrativa*. Thomson Reuters.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2021c). ¿Son cláusulas penales las multas en los contratos administrativos? En *Contratación Administrativa Práctica* (173), 137-151.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2020). ¿Es la licitación pública la regla de general aplicación en contratación administrativa? *Revista de Derecho Administrativo Económico* (31), 93-124.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2019). Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (53), 67-98.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (2017). *Curso de Derecho Administrativo I* (18ª ed.). Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de la Administración Pública* (41), 99-128.
- GARRIDO FALLA, Fernando, Palomar Olmeda, Alberto, y Losada, Herminio (2012). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. II) (13ª ed.). Tecnos.
- GIL LJUBETIC, Rodrigo (2011). *Material N° 1, Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Segundo semestre 2011. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2021). Aspectos críticos del régimen sancionatorio de los contratos administrativos. *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (89), 47-85.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1984). La Codificación del Derecho. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (8), 11-30.
- HORGUE BAENA, Concepción (2018). Modificación de los Contratos. En Eduardo Gamero e Isabel Gallego (Directores) *Tratado de Contratos del Sector Público* (T. III) (pp. 2259-2311) Tirant lo Blanch.
- IRRIBARREN, Juan Antonio (1936). *Lecciones de Derecho Administrativo* Nacimiento.
- IRTI, Natalio (1992). *La edad de la descodificación* (Trad. Luis Rojo Ajuria). Ed. Bosch.
- LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA-HUIDOBRO, Luis Eugenio (2013). Aspectos críticos de la solución de controversias en la Contratación Administrativa: el caso del Tribunal de Contratación Pública. En Gabriel Bocksang Hola y José Luis Lara Arroyo (coords.). *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública* (pp. 405-448). LegalPublishing.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2010). *Los Contratos. Parte General* (5ª ed.). Abeledo Perrot.
- LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVE, Pierre, y GENEVOIS, Bruno (2017). *Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés (Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa)*. Boletín Oficial del Estado-Dalloz.
- MARIENHOFF, Miguel (1998). *Tratado de Derecho Administrativo, Contratos de la Administración Pública teorías general y de los contratos en particular* (T III). Disponible en: http://ejuridicosalta.com.ar/files/TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_Tomo_IIIA.pdf [fecha de consulta 26.4.2022].
- MEDINA ALCOZ, Luis (2016). Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación. *Revista española de Derecho Administrativo* (177), 103-158.
- MEJÍAS ALONSO, Claudia (2018). El Derecho Común Presupuesto en el Ordenamiento Jurídico Nacional. Una Revisión de su Contenido. *Revista Chilena de Derecho* (45), 621-646.
- MEREMINSKAYA IGOREWNA, Elina (2010). Demandas contractuales ante los tribunales internacionales a la luz de los APPIs suscritos por Chile. *Revista de la Sociedad de Derecho Internacional de Chile* (1), 37-64.
- MERINO, Ernesto (1936). *Derecho Administrativo*. Imprenta Universitaria.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2009). Contratos administrativos en la doctrina chilena (1859-2009). En Rolando Pantoja Bauzá (coord.), *Derecho Administrativo, 150 años de doctrina* (pp. 379-427). Editorial Jurídica de Chile.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2010) *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la Administración del Estado* (T VII). Legalpublishing.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2019). *Contratación Administrativa* (2ª ed.). Thomson Reuters.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2005). Codificación y futuro de la educación jurídica en Chile: El caso irremediable, pero liberador del Derecho Administrativo. En María Dora Martinic Galetovic y Mauricio Tapia Ramos (coord.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la Codificación* (T I, pp. 249-291). LexisNexis.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1979). En torno al concepto de contrato administrativo. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (3), 135-160.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1988) La facultad de la administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (12), 69-90.
- PANTOJA BAUAZ, Rolando (2008). *Los Contratos de la Administración del Estado en "Los Sujetos de Derecho en el Derecho Administrativo: La Administración del Estado, su actuar"*. Apuntes de clase, Facultad de Derecho Universidad de Chile. https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/D123A0525/1/material_docente/bajar?id_material=52483.
- PARADA VÁSQUEZ, José Ramón (2018). *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*. Editorial Universitaria de Sevilla.
- PAREJO GAMIR, Roberto (1968). Contratos administrativos atípicos. *Revista de Administración Pública* (55), 383-420.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2019). La muerte del contrato. En Esteban Pereira Fredes (ed.), *Fundamentos Filosóficos del Derecho Civil Chileno* (pp. 261-306). Rubicón Editores.

- PEREIRA FREDES, Esteban (2017). Fuerza obligatoria y función social del contrato: un estado de la cuestión en Brasil y Chile. *Latin American Legal Studies* (1) 79-114.
- PÉREZ GUTIÉRREZ, Dorothy (2013). Extensión del ámbito de aplicación de la Ley de Compras Públicas, un desafío pendiente. En Gabriel Bocksang Hola y José Luis Lara Arroyo (coords.). *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública* (pp. 481-508). LegalPublishing.
- PÉREZ HUALDE, Aída (2011). La exorbitancia de las prerrogativas de la Administración en los contratos. *Aída ópera Prima de Derecho Administrativo* (9), 175-226.
- POBLETE VINAIXA, Julia (2010). *Actos y Contratos Administrativos* (5ª ed.). Legalpublishing.
- PRADO PUGA, Arturo (2019). Algunos aspectos de la cláusula penal en el derecho chileno. En *Revista de Derecho (Coquimbo)* (26). Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v26/0718-9753-rducn-26-16.pdf> [Fecha de consulta: 23 de abril de 2022].
- RUIZ IBÁÑEZ, Andrés (2016). Límites a la facultad de establecer sanciones por parte de la Administración en los contratos regulados por la Ley 19.886. En Jorge Bermúdez Soto (ed.), *Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa* (pp. 291-297). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2006). *Derecho Administrativo. Parte general* (2ª ed.). Tecnos.
- SILVA CIMMA, Enrique (1962). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA CIMMA, Enrique (1995). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes*. Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1978). La Contratación Administrativa: Un retorno a las fuentes clásicas del contrato. *Revista de Administración Pública* (86), 569-583.
- VARAS CONTRERAS, Guillermo (1948). *Derecho administrativo* (2ª ed.). Nascimento.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010). *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del código civil como "derecho común"*. AbeledoPerrot-Legal Publishing.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2014). Sistema y Autonomía de las Disciplinas Jurídicas. Teoría y Técnica de los "Núcleos Dogmáticos". *Revista Chilena de Derecho* (41), 957-991.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007). Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código civil. Una perspectiva más realista. *Revista Chilena de Derecho* (34), 41-59.
- VILLAR PALASÍ, José Luis (1969). *Lecciones sobre Contratación Administrativa*. Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense.

Jurisprudencia citada

- Control de constitucionalidad respecto del proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado* (1986): Tribunal Constitucional, 2 de octubre de 1986 (Rol N° 39-1986). Pleno. [Control de constitucionalidad].
- Municipalidad de Tomé con Constructora de Servicios y Proyectos S.A.* (2011): Corte Suprema, 23 de diciembre de 2011 (Rol N° 810-2009). Tercera sala. [Recurso de Casación].
- Municipalidad de Rancagua con Soc. Proyecto XXI S.A.* (2014): Corte Suprema, 7 de abril de 2014 (Rol N° 9432-2013). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Sociedad de Proyectos y Servicios de Ingeniería Ltda. con Gobierno Regional Tarapacá* (2015): Corte Suprema, 24 de agosto de 2015 (Rol N° 1126-2015). Tercera Sala. [Recuso de Casación].
- Espacio y Jardín Ltda. con I. Municipalidad de Iquique* (2017): Corte Suprema, 21 de diciembre de 2017 (Rol N° 4001-2017). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Socovesa con Servicio de Salud Arauco* (2018): Corte Suprema, 29 de octubre de 2018 (Rol N° 44.629-2017). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- CAS Chile con Municipalidad de la Pintana* (2019): Corte Suprema, 25 de julio de 2019 (Rol N° 11.527-2019). Tercera Sala. [Recuso de Casación].
- Moya con Fisco* (2020): Corte Suprema, 28 de mayo de 2020 (Rol N° 7410-2019). Tercera Sala. [Recuso de Casación].
- Nahuel con Municipalidad de Corral* (2020): Corte Suprema, 28 de julio de 2020 (Rol N° 29.317-2019). Tercera Sala. [Recuso de Casación].

- Jaime Sarra Propiedades Ltda. con Fisco* (2020): Corte Suprema, 3 de septiembre de 2020 (Rol N° 25.985-2019). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Inversiones G.V.G. con Municipalidad de Viña del Mar* (2020): Corte Suprema, 27 de octubre de 2020 (Rol N° 23.080-2019). Tercera sala. [Recurso de Casación].
- Ahimco Ingeniería y Construcción S.A. con Municipalidad de Cerrillos* (2021): Corte Suprema, 15 de julio de 2021 (Rol N° 150233-2020). Tercera Sala. [Recuso de Queja].
- Semkat Ltda. Con Municipalidad de Santiago* (2021): Corte Suprema, 30 de julio de 2021 (Rol N° 125.529-2020). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Sociedad de Restaurantes con FISCO* (2021): Corte Suprema, 3 de noviembre de 2021 (Rol N° 11.398-2021). Tercera sala. [Recurso de Casación].
- Constructora Alvia S.A. con Municipalidad de Peñalolén* (2022): Corte Suprema, 24 de enero de 2022 (Rol N° 5.342-2021). Primera Sala. [Recuso de Casación].

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. 16 de mayo de 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 de diciembre 2000. D.O. N° 37.137.
- Decreto N° 900 de 1996 [con fuerza de Ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991 Ley de Concesiones de Obras Públicas. 31 de octubre de 1996. D.O. N° 35.604.
- Decreto N° 1 de 1960 [con fuerza de ley], Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado. 23 de febrero de 1960. D.O. N° 34.631.
- Decreto N° 1 de 1986 [con fuerza de Ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 9.618, que crea la Empresa Nacional Del Petróleo. 4 de diciembre de 1986. D.O. N° 32.754.
- Decreto Ley N° 1.263 de 1975 [Ministerio de Hacienda]. Orgánico de Administración Financiera del Estado. 21 de noviembre de 1975.
- Decreto Ley N° 1350 de 1976 [Ministerio de Minería]. Crea la Corporación Nacional del Cobre. 30 de enero de 1976.
- 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° 19.542 de 1997. Moderniza el Sector Portuario Estatal. 9 de diciembre de 1997. D.O. N° 35.944.
- Ley N° 19.865 de 2003. Financiamiento Urbano Compartido. 21 de marzo de 2003. D.O. N° 37.524.
- Ley N° 19.886 de 2003. Establece Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. 11 de julio de 2003. D.O. N° 37.622.
- Decreto Supremo N° 75 de 2004 [Ministerio de Obras Públicas]. Contiene el Reglamento del Contrato de Obra Pública. 2 de febrero de 2004.
- Ley N° 19.132 de 1992. Crea la Empresa Televisión Nacional de Chile. 30 de marzo de 1992. D.O. N° 34.239.
- Decreto Supremo N° 541 de 1996 [Ministerio de Bienes Nacionales]. Reglamento de Decreto N° 2.695, de 1979, que fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y constituir el dominio sobre ella. 20 de agosto de 1996.
- Decreto Supremo N° 956 de 1999 [Ministerio de Obras Públicas]. Reglamento DFL MOP N° 164 de 1991 modificado por las Leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460 de 1996. Reconocida como Ley de Concesión de Servicio público. 6 de octubre de 1997.
- Decreto Supremo N° 236 de 2002 [Ministerio de Vivienda y Urbanismo]. Aprueba Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para Los Servicios de Vivienda y Urbanización. 1 de julio de 2003.

Un sistema fragmentado: La protección sectorial de los datos personales en Chile

A fragmented system: Sectoral protection of personal data in Chile

Pablo Contreras¹ - Pablo Trigo² - Leonardo Ortiz³

El texto analiza el modelo de protección de datos personales ante la ausencia de una autoridad de control. Se examina cómo se protegen los datos personales en sector público y en el sector privado. El artículo concluye que, a pesar de la inexistencia de una autoridad de control especializada, la garantía del derecho se da a través de competencias fragmentadas y sectoriales, en función de la agenda de cada entidad pública.

The paper analyzes the model of personal data protection in the absence of a supervisory authority. We examine how personal data is protected in the public and in the private sector. The paper concludes that, despite the non-existence of a specialized control authority, the guarantee of the right is given through fragmented and sectorial competences, depending on the agenda of each public entity.

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Profesor asociado de la Universidad Central de Chile, Santiago, Chile. Doctor en Derecho (SJD), Northwestern University. Correo electrónico: pablo.contreras@uccentral.cl. Dirección postal: Lord Cochrane 417, Santiago, Chile. <http://orcid.org/0000-0002-1131-182X>.

Este trabajo es parte de la investigación financiada por Fondecyt Regular N° 1200362, del cual es coinvestigador. Agradezco el apoyo de la Fundación Carolina por la beca de estancia posdoctoral en la Universidad de Valencia.

² Investigador doctoral, Vrije Universiteit Brussel (VUB), Law Science Technology & Society (LSTS) Research Group. Investigador asociado del Centro de Estudios en Derecho Informático (CEDI) de la Universidad de Chile. Magister Legum (LL.M.) en Derecho Internacional por la Universidad de Heidelberg y la Universidad de Chile. Correo electrónico: ptrigokr@vub.ac.be. Dirección postal: Pleinlaan 2, Room 4C339, 1050 Elsene, Bruselas, Bélgica.

Agradezco el apoyo de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID) y su beca de doctorado en el extranjero, Beca Chile, en transformación digital y revolución tecnológica, convocatoria 2020, folio N° 720210011.

³ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado. Postítulo en Ciberseguridad, Universidad de Chile. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: lortizmesias@gmail.com. Dirección postal: Almirante Barroso 10, Santiago, Chile. <https://orcid.org/0000-0003-3753-4519>.

Artículo recibido el 4 de enero de 2022 y aceptado el 10 de junio de 2022.

Palabras clave: Protección de datos personales, autoridad de control independientes, Servicio Nacional del Consumidor, Superintendencia de Salud, Comisión para el Mercado Financiero.

Keywords: Personal data protection, independent supervisory authorities, Chilean consumer protection agency, Chilean Health Superintendence, Chilean Financial Trade Commission.

Introducción

En Chile, el esquema regulatorio del derecho a la protección de datos personales descansa sobre una norma de carácter constitucional, contenida en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental, que prescribe que el tratamiento y protección de los datos personales “se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”. La formulación literal de este derecho fundamental –junto con sacrificar “densidad normativa”, al no ahondar en el contenido constitucionalmente protegido– no hace alusión a la existencia de un órgano público especializado, encargado de garantizar o tutelar el ejercicio de los “derechos propios de la autodeterminación informativa”⁴.

A nivel legal, esta omisión se mantiene, de tal forma que el ecosistema chileno de protección de datos personales se caracteriza -y distingue respecto de otros modelos comparados- por la ausencia de un “mecanismo de heterocontrol” de tipo administrativo, que en doctrina se denomina “autoridad de control”⁵, a cargo de la supervisión y cumplimiento de su marco regulatorio general, a saber, la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada (en adelante “LPDP”). Para estos efectos, la autoridad de control puede ser entendida como:

el órgano público de carácter unipersonal o pluripersonal autónomo que, de forma imparcial e independiente, ejerce sus potestades y funciones para supervisar el cumplimiento de la normatividad de protección de datos personales con el fin de proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas sobre el tratamiento de sus datos personales⁶.

Señala Cerda que el propósito de esta instancia administrativa es:

informar los derechos de los ciudadanos frente al tratamiento automatizado de datos que les conciernen, asesorar a los responsables de tratamiento, visar los códigos de conducta adoptados por entidades públicas o privadas, fiscalizar el cumplimiento de la legislación y sancionar las infracciones cometidas respecto de ella o abogar por que así ocurra, según sea el caso⁷.

⁴ CONTRERAS 2020, 115.

⁵ CERDA 2012, 36.

⁶ DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS 2019, 87.

⁷ CERDA 2012, 37.

La inexistencia de una autoridad de este tipo ha sido denunciada de forma unánime por la doctrina nacional⁸. Como ha señalado Viollier, en términos generales, el hecho que no exista una autoridad de control:

implica que los individuos afectados deben recurrir ante los tribunales ordinarios de justicia, sea a través de la acción constitucional de protección, o a través de las vías establecidas en la ley para hacer efectivos sus derechos y resguardarse del tratamiento de datos por parte de terceros⁹.

Este modelo judicial de tutela ha sido criticado pues pone la carga en el titular de datos personales, con los costos y demoras que ello conlleva¹⁰, con escasa jurisprudencia relevante sobre la legalidad de diversos tratamientos de datos¹¹ y por carecer de sanciones adecuadas para la ejecución de la ley¹².

Asimismo, es parte de las principales observaciones que, en su momento, hizo el Departamento de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados, en su diagnóstico respecto de la LPDP¹³. En efecto, tal como se consigna en su informe:

[l]a ausencia de un organismo que eduque, controle y fiscalice la protección de datos personales con un alcance transversal a todos los actores que tratan información de estas características, es indicada como una de las principales debilidades de la norma en Evaluación¹⁴.

Pese a que la LPDP tiene más de 20 años –y que desde hace más de diez se ha intentado por todos los gobiernos conducir una reforma que dote de una institucionalidad especializada en la materia¹⁵–, al día de hoy continuamos con la inexistencia de una autoridad de control encargada de la supervisión y cumplimiento de las reglas sobre tratamiento y protección de datos personales.

La ausencia de una autoridad de control hace impracticable el *enforcement* independiente que se requiere en esta materia. Además, impide la supervisión especializada de la legislación de protección de datos personales. Sin embargo, del hecho que no exista una agencia especializada e independiente no significa que las materias relativas a la protección de datos personales queden sin supervisión alguna. En este trabajo argumentaremos que la inexistencia de una agencia tal ha generado la irrupción sectorial y fragmentada de distintas instituciones que empiezan a regular o fiscalizar a

⁸ GONZÁLEZ HOCH 2001; ARRIETA 2009; CAMACHO 2014; ÁLVAREZ 2016; VIOLLIER 2017; ÁLVAREZ 2020.

⁹ VIOLLIER 2017, 26-27.

¹⁰ GONZÁLEZ HOCH 2001, 177.

¹¹ ÁLVAREZ 2016, 52-54.

¹² ARRIETA 2009, 18; CAMACHO 2014, 81; VIOLLIER 2017, 47; ÁLVAREZ 2020, 1.

¹³ CÁMARA DE DIPUTADOS 2016.

¹⁴ CÁMARA DE DIPUTADOS 2016, 84.

¹⁵ VIOLLIER 2017, 28 y ss.

sus sujetos obligados en asuntos típicamente considerados sobre la protección de datos personales¹⁶.

En particular, estimamos que el sistema de protección de datos personales en Chile está siendo descentralizadamente administrado por los órganos cuyas competencias entran en el radio de asuntos de datos personales. Para ello, es conveniente separar la esfera pública de la Administración respecto de la esfera privada de particulares. Esta distinción se hace con fines meramente ilustrativos, pues permite visualizar el tipo de instituciones que intervienen en una y otra esfera, sin prejuzgar sobre los casos de grises o frontera. Así, esta revisión provee la oportunidad de dibujar el archipiélago del control y supervisión en materia de protección de datos personales, a través de múltiples agencias con distintas potestades y competencias.

El trabajo se estructura de la siguiente forma. En el ámbito público, el *enforcement* está radicado principalmente en entes que controlan la Administración: el Consejo para la Transparencia y la Contraloría General de la República (II). Respecto de los particulares, la fragmentación es sectorial y el regulador de turno es quien tiene las atribuciones de control, en ocasiones, con reglas especiales en materia de datos personales. En este trabajo examinamos tres agencias para ejemplificar el tipo de control y supervisión posible, con las competencias que la ley les brinda. En primer término, se analiza el caso del Servicio Nacional del Consumidor, las reglas aplicables y cómo han evolucionado sus competencias en esta materia (III). Luego se revisa el caso de la Superintendencia de Salud, con el objeto de ejemplificar cómo este tipo de instituciones –las superintendencias– tienen un rol residual en la protección de datos personales en las materias de su competencia (IV). Por último, se indaga en la Comisión para el Mercado Financiero, como un ejemplo de agencia que supera el criticado modelo de las superintendencias (V). Estas instituciones permiten delinear el fragmentado mapa del control y *enforcement* de la protección de datos personales en Chile, teniendo especialmente presente el universo de sujetos sometidos a su función de supervisión y la relevancia que las operaciones de tratamiento de esta clase de información tienen para el desarrollo de las actividades sujetas a su función regulatoria y/o de fiscalización, pudiendo comprender datos amparados por un estatuto reforzado de protección (datos sensibles) o datos sometidos a reglas más estrictas para su comunicación a terceros (datos patrimoniales negativos)

El trabajo concluye que la ausencia de una autoridad de supervisión del derecho a la protección de los datos personales constituye un determinante clave del referido proceso de fragmentación regulatoria, y que se caracteriza por la existencia de distintos organismos públicos que, en el ámbito de su competencia y sobre la base de sus atribuciones genéricas, han venido a regular –con mayor o menor extensión– diversos aspectos relacionados con la

¹⁶ El problema de la fragmentación regulatoria aparece también en otros ámbitos relacionados con la protección de los datos personales, por ejemplo, en materia de seguridad de la información. Véase YURASZEK 2021.

tutela de los sujetos titulares de datos personales o con los deberes que recaen sobre las entidades responsables de las bases de datos. Este escenario no solo incide en la adecuada ponderación de este derecho fundamental respecto de otros derechos o bienes jurídicos, sino que también en su ejercicio y efectiva tutela.

II. La fragmentación de competencias respecto de los organismos públicos

1. Consejo para la Transparencia

Por el lado de la Administración, existen dos órganos relevantes: el Consejo para la Transparencia (CPLT) y la Contraloría General de la República (CGR). El primero tiene una atribución expresa en su ley, cual es, la de “[v]elar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado” (art. 33, letra m) de la Ley N° 20.285). Se trata de una competencia a la que se le ha prestado escasa atención desde la doctrina, con las excepciones de Jijena¹⁷ y Álvarez¹⁸. Para el primer autor, en un informe en derecho preparado para el Consejo para la Transparencia, sostuvo que el art. 33 letra m) tiene el siguiente efecto:

[e]n el hecho y en Derecho, el Consejo para la Transparencia se ha constituido con esta facultad genérica y amplia en una entidad pública y autónoma que debe fiscalizar el respeto de todas las normas técnicas y jurídicas relacionadas con la gestión diligente de los sistemas de tratamiento de datos personales o nominativos en el sector público o al interior de la Administración del Estado¹⁹.

En base a lo anterior, Jijena sostiene que el Consejo para la Transparencia puede fiscalizar a los órganos de la Administración en el cumplimiento de las disposiciones sobre tratamiento de datos personales, requerir información pertinente, inspeccionar las bases de datos personales y dictar instrucciones de carácter general o particular respecto de las condiciones de legitimidad de un tratamiento de datos personales, pero en el entendido que “sería una función meramente informativa y que no podría sancionarse si no se cumpliera con lo instruido”²⁰.

Posteriormente, en 2013, el autor ha agregado que la atribución del Consejo supone que la “competencia de vigilancia o tutela se extiende a la definición que se haga de las políticas de privacidad respecto de los datos

¹⁷ JIJENA 2009 y 2013.

¹⁸ ÁLVAREZ 2016.

¹⁹ JIJENA 2009, 184.

²⁰ JIJENA 2009, 187. El autor descarta que el Consejo pueda mantener un registro único nacional de bases de datos, requerir la inscripción de los bancos de datos que no estén registrados conforme al art. 22 de la Ley N° 19.628, conocer de las reclamaciones de *habeas data* y ejercer potestades sancionadoras contra los responsables de tratamiento de datos personales en la Administración. Véase JIJENA 2009, 187-188; JIJENA 2013, 69 y 87 y ss.

personales de los ciudadanos disponibles, accesados, recopilados y registrados mediante los sitios web de los servicios públicos”²¹. Pese a lo anterior, Jijena cambia –o matiza– su criterio original de 2009 relativo a la facultad de instruir, aunque sea meramente en términos informativos. En efecto, en su opinión, afirma que el art., 33, letra m):

[n]o es, de modo alguno, un mandato abierto para ‘instruir’ ahora bajo la denominación de ‘recomendación’, reglamentar y establecer nuevos requisitos no contemplados en el texto de la Ley 19.628, crear procedimientos de reclamo de habeas data ilegales, y autoasignarse competencia para conocer alternativamente de los recursos del artículo 12 de la Ley 19.628, lo que nunca estuvo ni en el espíritu ni en el debate del legislador de la Ley 20.285²².

Álvarez, por otro lado, ha analizado tangencialmente esta atribución a partir de su revisión más amplia sobre si el Consejo puede ser la autoridad de control de protección de datos personales en Chile²³. Constata que el Consejo publicó una serie de recomendaciones en materia de tratamiento de datos personales por parte de los órganos de la Administración del Estado²⁴ y que ha debido aplicar directamente la LPDP en casos de amparos o reclamos por acceso a la información²⁵. No obstante, en lo relativo al alcance de la citada atribución, Álvarez afirma que:

esta resulta insuficiente para constituir al CPLT como autoridad de control por cuanto su campo de acción se encuentra reducido a los órganos de la Administración del Estado, careciendo de competencias específicas sobre los privados que realizan algún tipo de tratamiento de datos personales²⁶.

Es decir, para Álvarez, el hecho que el Consejo contemple una atribución exclusiva respecto de los órganos de la Administración impide que sea considerado una autoridad de control, propiamente tal, de cara al estándar internacional.

Para finalizar la revisión de las competencias del Consejo y sus competencias en materia de protección de datos personales. Como ha quedado claro de la revisión de la literatura, la atribución solo cubre a la Administración y no comprende potestades sancionadoras. La facultad fiscalizadora, sin embargo, no está en cuestionamiento. En efecto, tal como dictaminó la Contraloría General de la República:

²¹ JIJENA 2013, 60.

²² JIJENA 2013, 88.

²³ ÁLVAREZ 2016.

²⁴ ÁLVAREZ 2016, 61.

²⁵ ÁLVAREZ 2016, 66.

²⁶ ÁLVAREZ 2016, 70, n/p 60.

la ley junto con conferir al Consejo para la Transparencia atribuciones para fiscalizar el cumplimiento de la Ley de Transparencia, le encomienda expresamente la función de velar por la reserva de los datos personales por parte de los órganos de la Administración del Estado y por el cumplimiento de la ley N° 19.628, para lo cual lo habilita para recabar toda la información necesaria al efecto²⁷.

Ello incluye actividades de auditoría y la “instrucción de procedimientos tendientes a la obtención de la información que requiera”, puesto que el Consejo puede “decidir sobre los medios o instrumentos idóneos” para el fin de velar por la reserva de los datos personales de la LPDP, respecto de los órganos de la Administración²⁸.

2. Contraloría General de la República

Además del Consejo para la Transparencia, la Contraloría General de la República (CGR) opera como un mecanismo de control a través de sus atribuciones tradicionales, cuando se trate de órganos de la Administración como responsables del tratamiento y los deberes de los funcionarios públicos relacionados. En efecto, solo durante el 2020, la CGR ha emitido cuatro importantes dictámenes circunscribiendo las competencias de los servicios públicos con relación a la legalidad del tratamiento de datos sensibles²⁹. Además de su facultad dictaminadora, CGR revisa la legalidad ex ante de los actos de la Administración y, en dicha función, se ha pronunciado en casos emblemáticos de protección de datos personales, como el denominado “Decreto Espía”³⁰. El Decreto N° 866 de 2017, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública tenía por objeto reglar la interceptación de comunicaciones privadas, desbordando el marco legal establecido en el artículo 222 del Código Procesal Penal, motivando la representación del acto administrativo. Por último, y como es evidente, la CGR puede instruir los sumarios administrativos correspondientes por infracciones de funcionarios públicos a la LPDP. Esto demuestra que, a diferencia del Consejo para la Transparencia, la CGR sí tiene una potestad para reprochar infracciones a la ley, a través del régimen disciplinario de la administración.

Para cerrar este apartado, cabe destacar que la fragmentación del sistema y las competencias parceladas impide que exista una tutela especializada de la protección de datos personales fuera de la administración, esto es, res-

²⁷ Dictamen N° 021167-19 (2019).

²⁸ Dictamen N° 021167-19 (2019).

²⁹ Sobre el acceso de los municipios a la ficha clínica de pacientes, véase Dictamen N° 008113-20 (2020); sobre el acceso de personal de ambulancias SAMU a identificación biométrica de pacientes por huella dactilar, véase Dictamen N° 009545-20 (2020); sobre la declaración de salud de funcionarios del Servicio Médico Legal para ejercer labores presenciales durante la pandemia, véase Dictamen N° 37912-20 (2020); y, finalmente, sobre las facultades del Servicio de Registro Civil y de Identificación para impedir el acceso a datos de terceros, véase Dictamen N° 30041-20 (2020).

³⁰ Dictamen N° 041188-17 (2017). Véase VIOLLIER y CANALES 2018.

pecto de otros poderes del Estado o respecto de los órganos constitucionalmente autónomos.

III. Consumo, derechos y datos personales: el caso del Servicio Nacional del Consumidor

En el ámbito privado, un supervisor de la protección de datos personales en las relaciones de consumo ha sido el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), ahora confirmado por vía legislativa. SERNAC es un servicio encargado de velar por el cumplimiento de la Ley N° 19.496 ("LPDC") y "las demás normas que digan relación con el consumidor" (art. 58, inc. 1° LPDC). Si bien SERNAC carece de potestades sancionatorias –por decisión del Tribunal Constitucional³¹–, sí participa en el monitoreo de mercados, a través de su plan de fiscalización, y en términos generales, a través de distintas facultades.

Con la última reforma a la LPDC, SERNAC puede ejercer sus atribuciones, en materia de protección de datos personales, cuando estamos ante una relación de consumo. En enero de 2019, el Presidente de la República ingresó un proyecto de ley que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores (boletín N° 12.409-03, en adelante "PDL")³². El proyecto fue aprobado, promulgado y publicado como la Ley N° 21.398, que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores. Conforme a lo dispuesto por dicha ley, el nuevo art. 15 bis LPDC dispone lo siguiente:

Las disposiciones contenidas en los artículos 2 bis letra b), 58 y 58 bis de la presente ley, serán aplicables respecto de los datos personales de los consumidores, en el marco de las relaciones de consumo, salvo que las facultades contenidas en dichos artículos se encuentren en el ámbito de competencias legales de otro órgano.

En esta sección se explica el problema normativo anterior respecto de las competencias del SERNAC, al que responde el art. 15 bis, y cómo esta regla configura amplias atribuciones en la materia.

1. El marco de protección de datos personales en la legislación de consumo, antes de la introducción del art. 15 bis LPDC

Reglas sobre protección de datos personales se encuentran en diversas disposiciones generales de la LPDC. En primer lugar, están las obligaciones de seguridad en el consumo. El art. 3, letra d) establece que son derechos básicos del consumidor "[l]a seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos

³¹ Sentencia TC Rol N° 4012-17 (2018). Sobre el debate generado, véase CONTRERAS 2018.

³² <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12940&prmBOLETIN=12409-03>.

que puedan afectarles". Este derecho tiene un correlato de obligaciones para el proveedor. Conforme al art. 23 de la LPDC:

[c]omete infracción el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio.

Dicha seguridad se extiende a la protección de datos personales en el marco de la relación de consumo³³.

Desde el punto de vista del *enforcement*, SERNAC ha ejercido distintas facultades, aún antes del art. 15 bis LPDC. Una revisión de algunos de los casos puede permitir determinar con mayor claridad las facultades del SERNAC en aplicación de estas reglas. Un primer caso lo constituye el denominado "cartolazo" del Banco de Chile, en donde la entidad bancaria envió por error cartolas de cuentas corrientes de sus clientes a terceros³⁴. En base a ello, SERNAC ofició a la institución para que informara "a los consumidores quién tuvo acceso a sus datos personales y que se tomen los resguardos necesarios para que no se haga mal uso de ellos"³⁵. Esta intervención terminó en un acuerdo extrajudicial donde la empresa se comprometió a contratar una póliza de seguro para todos los consumidores afectados, entregar un abono de \$20.000 por las molestias de más de 50.000 afectados, un aumento de las medidas de seguridad de la información y un plan de ejecución en el plazo de 30 días³⁶.

En materia de cláusulas abusivas, la Corte Suprema ha fallado dos casos relativos a la protección de datos de los consumidores, de manera contradictoria³⁷. La contradicción, además, explica en buena medida la motivación de parte de los legisladores a reformar la LPDC, como se revisa en el siguiente apartado.

En el primer caso, *SERNAC con Ticketmaster*³⁸, la Corte Suprema estimó que la cláusula de la política de privacidad del sitio web del proveedor era abusiva. Entre otras razones, declaró que la cláusula contenía:

³³ Adicionalmente, se puede citar el art. 15 de la Ley N° 19.406, que establece que los "sistemas de seguridad y vigilancia que, en conformidad a las leyes que los regulan, mantengan los establecimientos comerciales están especialmente obligados a respetar la dignidad y derechos de las personas". Entre los "derechos de las personas" se puede entender comprendido, sin problemas, el derecho constitucional a la protección de datos personales, establecido en el artículo 19 N° 4 de la Constitución.

³⁴ SERNAC 2012a.

³⁵ SERNAC 2012a.

³⁶ SERNAC 2012b.

³⁷ MOMBERG 2017a; MOMBERG 2017b.

³⁸ *Servicio Nacional del Consumidor con Ticketmaster Chile S.A.* (2016).

diversas autorizaciones a Ticketmaster. No son sin embargo autorizaciones que el usuario dé positiva y especialmente. Tampoco son autorizaciones supletorias que el usuario pueda denegar si así lo desea. Son autorizaciones que se entienden concedidas por el consumidor por el solo hecho de usar el sitio³⁹.

En este caso, la Corte asume que la Ley N° 19.496 era aplicable⁴⁰ y que la protección de datos personales de sus titulares podía ser defendido a través de la tutela de los intereses colectivos de los consumidores. En cierta forma, depende del fundamento desarrollado, con posterioridad, en *SERNAC con Créditos Organización y Finanzas S.A.*⁴¹, en donde revisó, precisamente, el alcance de la aplicación de la LPDP con relación a la LPDC. Frente a la alegación que la defensa de los datos personales supone un interés individual y personal de cada titular, la Corte Suprema afirmó lo siguiente:

si bien el tratamiento de datos personales está regulado en una ley especial, la afectación de intereses supraindividuales que implica la contratación en situación de desigualdad mediante contratos de adhesión cuyo contenido acarrea el desequilibrio entre las partes que se refleja, entre otros, en el quebrantamiento de los derechos de los titulares de datos de carácter personal, constituye una materia susceptible de ser conocida en esta sede. Más clara es esta inferencia cuando se advierte que el proceso judicial de la ley de protección a la vida privada está previsto únicamente para el resguardo de un interés individual, mientras que el de estos antecedentes se refiere al interés colectivo de todos aquellos deudores que suscribieron el informativo convenio con la expectativa no cumplida de ser eliminados del Boletín Comercial, de manera que nos encontramos en el caso previsto en la letra b) del artículo 2 bis de la ley 19.496, ya que si bien las normas de protección al consumidor no son aplicables, en principio, en materia de datos personales, sí lo son cuando se compromete el interés colectivo o difuso⁴².

No obstante, en *SERNAC con Ticketek*, la Corte negó a SERNAC la legitimación activa para obrar en la defensa de los datos personales de los consumidores⁴³. A diferencia de lo resuelto en *Ticketmaster y Créditos Organización y Finanzas S.A.*, la Corte entendió que la LPDP regula "una cuestión esencialmente individual", dado por la protección de la tenencia y uso de los datos personales y, en consecuencia, tiene un "procedimiento que nace del interés individual, que inicialmente se manifiesta en el requerimiento hecho al poseedor de los datos y que no necesariamente derivará en un pleito de carácter judicial"⁴⁴. En consecuencia, concluye la Corte:

³⁹ *Servicio Nacional del Consumidor con Ticketmaster Chile S.A.* (2016), c. 11°.

⁴⁰ MOMBERG 2017a, 361.

⁴¹ *Servicio Nacional del Consumidor con Créditos Organización y Finanzas S.A.* (2016).

⁴² *Servicio Nacional del Consumidor con Créditos Organización y Finanzas S.A.* (2016).

⁴³ *Servicio Nacional del Consumidor con Ticketek Co. SpA* (2016).

⁴⁴ *Servicio Nacional del Consumidor con Ticketek Co. SpA* (2016), c. 6°.

no es posible asumir que la ley especial pueda ceder ante la general, aún en el caso de procedimientos de interés colectivo o difuso de los consumidores, puesto que la naturaleza de los asuntos regulados por la Ley 19.628 es esencialmente individual, sin que tengan cabida los procesos colectivos⁴⁵.

La respuesta legislativa apunta, precisamente, al corazón de la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Ticketek*. La reforma a la LPDC afirma, explícitamente, que las normas jurídicas sobre protección de datos personales, contenidas en la LPDP, son normas jurídicas especiales a la luz de la LPDC. Estos alcances se explican a continuación.

2. La reforma a la LPDC y las obligaciones expresas en materia de protección de datos personales

a) *El origen del art. 15 bis LPDC*

El art. 15 bis es una norma de origen peculiar. No estaba prevista en el mensaje original del Presidente de la República y su base fue una regla incorporada y aprobada en el segundo trámite constitucional por el Senado. Sin embargo, dicha disposición fue rechazada en tercer trámite constitucional y fue la única norma en desacuerdo sometida a la revisión de la Comisión Mixta del PDL. En esta instancia, el debate giró sobre las competencias del SERNAC como autoridad de control en materia de protección de datos personales⁴⁶. Entre las críticas al articulado propuesta se mencionaba “un debilitamiento del derecho [a la protección de datos personales]”⁴⁷, que el SERNAC no es una autoridad independiente y que ello no permitiría que Chile fuese reconocido por la Unión Europea como un país que brinda un nivel adecuado de protección de datos personales⁴⁸, que el proyecto generaría una “falsa sensación de resolución de los problemas que aquejan a la ciudadanía”⁴⁹ y que es una respuesta legislativa “cortoplacista”⁵⁰ que puede tener como consecuencia el retraso de la modificación integral de la LPDC.

Pese a las críticas, la Comisión mixta aprobó una regla que eliminó en su totalidad lo aprobado inicialmente por la Cámara –en materia de deberes de seguridad– y dejó establecidas las competencias para el SERNAC en materia de protección de datos personales. El alcance de la disposición se explica a continuación.

b) *El contenido del art. 15 bis LPDC*

El art. 15 bis de la LPDC consta de un inciso:

⁴⁵ *Servicio Nacional del Consumidor con Ticketek Co. SpA* (2016), c. 6°.

⁴⁶ El debate público giró precisamente en torno a este aspecto. Véase CONTRERAS 2021.

⁴⁷ MATUS 2021.

⁴⁸ PESSÓ 2021.

⁴⁹ ZAROR 2021.

⁵⁰ *Diario Financiero* 2021.

[l]as disposiciones contenidas en los artículos 2 bis letra b), 58 y 58 bis de la presente ley, serán aplicables respecto de los datos personales de los consumidores, en el marco de las relaciones de consumo, salvo que las facultades contenidas en dichos artículos se encuentren en el ámbito de competencias legales de otro órgano.

La disposición en comento presenta las siguientes características:

a) Es una regla especial de competencia del SERNAC, que clarifica cuáles atribuciones puede ejercer respecto del tratamiento de datos personales de consumidores.

b) El ámbito de aplicación de la regla de competencia se circunscribe a “los datos personales de los consumidores, en el marco de las relaciones de consumo”. Habría que entender que las competencias seleccionadas por el legislador se refieren a los tratamientos de datos personales que efectúan los proveedores en el marco de la relación de consumo. Por lo tanto, no es una competencia general del SERNAC respecto a la protección de datos personales, en tanto derecho fundamental aplicable a todas las dimensiones de la vida de una persona natural. Es una protección circunscrita a la relación de consumo, esto es, la relación entre proveedores y consumidores, en los términos del art. 1° LPDC.

c) Conforme a la disposición, el SERNAC tiene las siguientes competencias. En primer término, la facultad de iniciar procedimientos colectivos y el derecho a solicitar la indemnización a través de éstos (art. 2 bis, letra b) LPDC). En segundo lugar, se aplican todas las funciones y atribuciones del SERNAC, contenidas en el art. 58 LPDC, cuya extensión amerita un desarrollo adicional. Tercero, SERNAC tiene a su cargo el registro de sentencias con información referente a las causas iniciadas por infracción de la LPDC (art. 58 bis LPDC).

d) El artículo 58 LPDC establece catorce funciones y atribuciones de SERNAC, todas las que son aplicables en materia de protección de datos respecto de relaciones de consumo. No es necesario reproducir su contenido. Salvo por las potestades sancionatorias que fueron declaradas inconstitucionales, en su oportunidad, el SERNAC tiene amplísimas competencias para fiscalizar, interpretar la legislación, efectuar propuestas normativas, iniciar procedimientos voluntarios colectivos, denunciar incumplimientos a la ley, generar programas de educación, realizar estudios en el área de consumo, publicar información sobre características de comercialización de bienes y servicios, entre otras. La letra g) del art. 58 establece una función general: “[v]elar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores [...]”.

Esto implica, por ejemplo, que el SERNAC puede fiscalizar a un proveedor sobre las bases de licitud para el tratamiento de datos de sus clientes, revisar los estándares de seguridad de la información, verificar la información a que tiene derecho el titular de datos y cómo han respondido las solicitudes

de los titulares de datos, cumpliendo con la LPDP respecto de consumidores. Pero además puede dictar una circular interpretativa, realizar promoción y educación sobre la protección de datos respecto de la ciudadanía, en general, o denunciar los incumplimientos de la ley ante los tribunales de justicia cuando se infrinja la LPDP por parte de un proveedor.

Sin abarcar todas las dimensiones de la vida de una persona, el art. 15 bis LPDC alcanza un importante número de interacciones de los titulares de datos. Evidentemente, el mayor responsable del tratamiento de datos personales queda fuera: el Estado. Sin perjuicio de ello, esta reforma ha modificado considerablemente el modelo de *enforcement* de protección de datos personales en el sector privado –y, específicamente, en la relación entre consumidores y proveedores.

e) Con una confusa técnica legislativa, estas tres competencias generales no serán aplicables cuando “se encuentren en el ámbito de competencias legales de otro órgano”. Esta parte del enunciado pretende resolver el problema de concurrencia de competencias ante la creación de una eventual autoridad de control independiente en materia de protección de datos personales. Sin embargo, no es claro cómo debe interpretarse o cómo podría coordinarse con otra agencia. Estas serán algunas de las dudas que los tribunales deberán despejar, especialmente, si se llegare a crear una autoridad de control en materia de protección de datos personales.

IV. El modelo de las superintendencias: el caso de la Superintendencia de Salud

El segundo tipo de instituciones que tiene a cargo una protección sectorial de datos personales corresponde a las superintendencias. Sin perjuicio de los aspectos de diseño institucional anotados por la literatura⁵¹, estas instituciones ejercen de hecho, un rol residual relevante en el modelo de *enforcement* sectorial del derecho de protección de datos personales, en razón de las materias propias de su competencia. Así, dependiendo de su regulación orgánica-sectorial, cuentan con atribuciones directas en la materia, ya sea porque explícitamente se establecen a su respecto atribuciones de fiscalización⁵²; o indirectas, porque con motivo de sus funciones y atribuciones fiscalizan a entidades que en virtud de sus cometidos, tratan datos personales y/o sensibles⁵³. Con fines ilustrativos, analizaremos el caso de la Superintendencia de Salud (“Superintendencia”). Lo anterior, sin perjuicio del análisis sectorial que

⁵¹ Véase, GALETOVIC y SANHUEZA 2002; GARCÍA 2009; GARCÍA y VERDUGO 2010; DÍAZ DE VALDÉS 2010; CORDERO y GARCÍA 2012.

⁵² Esto ocurre en el caso de la Superintendencia de Salud, como veremos.

⁵³ Así, por ejemplo, ocurre con la Superintendencia de Telecomunicaciones respecto de los servicios de telecomunicaciones (art. 7 inc. final de la Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones); o la Superintendencia de Educación, respecto de establecimientos educacionales (art. 49, letra o) de la Ley N° 20.529 que crea el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su fiscalización).

podiere efectuarse respecto del resto de entidades que componen el esquema de superintendencias cuyas competencias se superpongan con aspectos de protección de datos personales.

La Superintendencia es garante del derecho a la protección de datos personales, por parte de usuarios del sistema sanitario en aquellos temas que, en el ámbito de sus competencias, ejerce potestades generales y especiales de supervigilancia y control respecto de los distintos sujetos pasivos involucrados, tales como Instituciones de Salud Previsional (Isapres), Fondo Nacional de Salud (Fonasa), prestadores de salud, ya sean públicos o privados, entre otros. En lo medular, dos son las fuentes normativas a partir de las cuales se configura el esquema de facultades en la materia: aquellas contenidas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Salud, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763 de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469 (en adelante, "DFL N° 1 Minsal"); así como aquellas contenidas en la Ley N° 20.584, de 2012, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, a propósito del deber de confidencialidad de fichas clínicas.

1. Protección de datos personales en virtud del DFL N° 1 del Minsal del año 2006

El DFL N° 1 Minsal es el principal instrumento normativo que otorga a la Superintendencia potestades fiscalizadoras y sancionatorias en materia de protección de datos personales. Se trata de una regulación dispuesta por la Ley N° 20.635 de 2012, que adecúa dicha normativa general a la Ley N° 20.575, de 2012, que establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales. Las atribuciones sectoriales de control y supervigilancia encomendadas a la Superintendencia en la materia, se traducen en la de un mandato general de licitud en el tratamiento de datos personales, así como en la prohibición específica de los sujetos pasivos de fiscalización en el ámbito sanitario (Isapres, Fonasa y prestadores de salud) de consultar información comercial de usuarios, pacientes o beneficiarios. Las describiremos en lo que sigue.

a) *Mandato general de licitud en el tratamiento de datos sensibles de usuarios, beneficiarios o pacientes*

El mandato general de protección de datos personales encomendado a la Superintendencia tiene como destinatario, a todo prestador de salud, Isapre, Fonasa u otras entidades, tanto públicas como privadas, que elaboren, procesen o almacenen datos de origen sanitario, imponiéndoseles la prohibición de "vender, ceder o transferir, a cualquier título, bases de datos que contengan información sensible respecto de sus usuarios, beneficiarios o pacientes, sino cuentan para ello con el consentimiento del titular de tales datos", de conformidad a la LPDP u otras normas especiales que regulen la materia (art. 134 bis DFL N° 1 Minsal). Dicha norma, exige de la obligación de consenti-

miento, cuando la información sea destinada al “otorgamiento de los beneficios de salud que correspondan, así como del cumplimiento de sus objetivos legales [...]”. (art. 134 bis DFL N° 1 Minsal).

Este deber general de licitud en el tratamiento de datos personales a cargo de la supervigilancia de la Superintendencia, tiene como contrapartida, un régimen sancionatorio especial en esta materia, y que está previsto por las reglas contenidas en el artículo 121 N° 11 del DFL N° 1 Minsal. De conformidad a dicha regla (la que fue incorporada por la Ley N° 20.635), se establece explícitamente la potestad de la Superintendencia de fiscalizar y sancionar a los prestadores de salud en las infracciones cometidas de conformidad a lo dispuesto en los artículos 134 bis; 141, incisos penúltimo y final; 141 bis; 173, incisos séptimo y octavo, y 173 bis. De esta manera, las infracciones al deber general de licitud en el tratamiento de datos personales por parte de entes fiscalizados, pueden ser sancionadas, en atención a su gravedad, con una multa de 10 y hasta 1000 UTM. Tratándose de *prestadores institucionales*, además de la multa, se les eliminará del registro nacional y regional de prestadores institucionales acreditados (art. 121 N° 5 DFL N° Minsal). Tratándose de *prestadores individuales*, junto a la multa serán sancionados, si correspondiere, con suspensión de hasta 180 días para otorgar las Garantías Explícitas en Salud (GES), sea por medio de Fonasa o Isapre, así como para otorgar prestaciones en la modalidad de libre elección de Fonasa. Con todo, en el caso de reincidencia dentro del período de 12 meses contado desde la comisión de la primera infracción, se aplicará una multa desde 2 hasta 4 veces el monto de la multa aplicada por dicha infracción.

En razón del contenido de este mandato general de licitud en el tratamiento de datos personales por parte de agentes de salud, se trata de un reenvío general y expreso al dispuesto por la LPDP. Sin embargo, atendida la falta de una agencia de control especializada en materia de protección de datos personales, así como el débil régimen sancionatorio dispuesto por la legislación general, el régimen sectorial sancionatorio dispuesto por el DFL N° 1 Minsal goza de un mejor estándar ante eventuales infracciones en el ámbito sanitario.

b) *Prohibición especial de Isapres, Fonasa y prestadores de salud de consultar información comercial de usuarios, pacientes o beneficiarios*

En lo que a información comercial respecta, el DFL N° 1 Minsal prohíbe a Isapres, Fonasa y prestadores de salud consultar sistemas de información comercial de ningún tipo, ni aun con el consentimiento del paciente, para efectos de condicionar o restringir una atención de urgencia (arts. 141 inc. final y 173 inc. 8°). La infracción a esta prohibición especial de comunicación de datos comerciales es sancionada de conformidad al régimen sancionatorio general previsto por el artículo 121 N° 11 del DFL N° 1 Minsal.

La prohibición de *consulta* de información comercial por agentes de salud vendría a configurar una especie de contrapartida a la obligación de cier-

tas entidades responsables de registros o bancos de datos personales de *no comunicar* información comercial a terceros por la LPDP (art. 17). A este respecto, llama la atención que el DFL N° 1 Minsal regule únicamente la prohibición de consulta y no la prohibición de comunicación de deudas contraídas en el ámbito de la salud a terceros, como es el diseño regulatorio de la LPDP. Desde la otra vereda, también es llamativo que la LPDP regule la prohibición de deudas contraídas con empresas públicas o privadas que presten servicios de electricidad, agua, teléfono, gas y educación, pero relegue la regulación de información comercial con ocasión de prestación de servicios sanitarios a un ámbito sectorial con competencias de *enforcement* bien delimitadas.

La disparidad regulatoria advertida deja en evidencia la fragmentación del control del sistema de protección de datos personales en el sector sanitario. Se trata de obligaciones o prohibiciones que, atendido su contenido, bien podrían ser susceptibles de tener un respaldo bajo el ámbito de aplicación de la LPDP. Sin embargo, atendida las deficiencias ampliamente conocidas de dicho régimen legal general, una disposición sectorial como la advertida tiene efectos positivos sólidos con miras a evitar discriminaciones arbitrarias o diferencias de trato respecto del acceso a cuidado sanitario en desmedro de usuarios.

2. Protección de datos personales y ficha clínica

Un tema relevante respecto del cual la Superintendencia ejerce control y supervigilancia, dice relación con el deber de reserva de la información contenida en la ficha clínica, el que está regulado en los arts. 12 y 13 de la Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Esta ley, encomienda a la Superintendencia de Salud, a través de su Intendencia de Prestadores, controlar su cumplimiento por los prestadores de salud públicos y privados, recomendando la adopción de medidas necesarias para corregir las irregularidades que se detecten. En caso de no ser corregidas dentro del plazo previsto por dicha ley, la Superintendencia tiene la facultad de aplicar los procedimientos y las sanciones establecidas mediante el régimen general de fiscalización y sanción contemplado en el DFL N° 1 Minsal (art. 38 Ley N° 20.584). En este sentido, la Ley N° 20.584 efectúa un reenvío normativo a dicho régimen procedimental-sancionatorio, entre cuyas reglas se encuentran, precisamente, las contenidas en el artículo 121 N° 11 del DFL N° 1 Minsal (que fue incorporada por la Ley N° 20.635) en materia de protección de datos personales en el ámbito sanitario.

En relación al régimen de protección de la ficha clínica, cabe preguntarse si a pesar de las facultades otorgadas a la Superintendencia en este ámbito, es susceptible de ser aplicado el régimen general de protección de datos personales contemplado por la legislación. La regulación de la confidencialidad o acceso a la ficha clínica de conformidad al régimen general de protección de datos personales brindado por la LPDP no ha sido un tema pacífico en la doctrina. Para Donoso, "queda claro que los datos contenidos en

una receta médica, en un examen médico y en la ficha médica son claramente datos sensibles”⁵⁴. Sin embargo, Eterovic lo controvierte: a su juicio, tal interpretación tiene consecuencias jurídicas importantes, pues, entre otras, “posicionaría al paciente con un derecho preferente sobre el médico en lo relativo al ejercicio de derechos sobre la ficha clínica”⁵⁵, esto es, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, que no son afines a los propósitos de dicho instrumento de salud. Para fundar su posición, Eterovic indica que la LPDP estaría enfocada a tratar los datos recopilados en “bases de datos”, lo que a su juicio, es muy distinto a la labor realizada por el médico respecto de las fichas; que la historia fidedigna de la LPDP muestra que ésta emergió para regular datos de carácter financiero o comercial y de aquellos contenidos en registros, bases de datos y ficheros, condicionando su ámbito de aplicación y protección a su incorporación en tales soportes; o que la única categoría de datos sensibles que reconocería la LPDP en el ámbito de salud, son las recetas y exámenes médicos, la que debería ser interpretado restrictivamente⁵⁶.

De lo expuesto, aparece que las razones entregadas por Eterovic para no considerar a las fichas clínicas dentro del ámbito de regulación general de la LPDP permitirían situarla como una institución de protección *sui generis*. El problema de dicha tesis es el texto expreso de la Ley N° 20.584. En efecto, junto con otorgar una definición legal de “ficha clínica”, la ley establece que aquella podrá configurarse de manera electrónica, en papel o en cualquier otro soporte, “siempre que los registros sean completos y se asegure el oportuno acceso, conservación y confidencialidad de los datos, así como la autenticidad de su contenido y de los cambios efectuados en ella” (art. 12 inc. 1° Ley N° 20.584). Más aún, la ley efectúa un reenvío expreso a la letra g) del artículo 2° LPDP, al considerar que “[t]oda la información que surja, tanto de la ficha clínica como de los estudios y demás documentos donde se registren procedimientos y tratamientos a los que fueron sometidas las personas, será considerada como dato sensible” (art. 12 inc. 2° Ley N° 20.584).

Ante dicha regulación, Eterovic destaca que lo calificado como dato sensible sería toda información que surge de la ficha clínica y no aquella por sí misma, lo que implicaría “un trabajo profesional detrás”, pues en ellas “hay mucha información que puede llegar a ser depurada según su utilidad”⁵⁷. Se trata la discusión entonces, de si lo protegido por la Ley N° 20.584 es el continente (ficha clínica) o el contenido (datos sensibles). Sin embargo, el concepto de ficha clínica (entendido como continente), no dista sustancialmente del concepto de registro o banco de datos previsto por la LPDP (art. 2°, letra m), lo que no excluye su ámbito de protección general con ocasión del tratamiento de tales datos. Lo anterior, no implica desde luego la necesidad

⁵⁴ DONOSO 2011, 85.

⁵⁵ ETEROVIC 2019, 61.

⁵⁶ ETEROVIC 2019, 62-68.

⁵⁷ ETEROVIC 2019, 69.

de su regulación bajo un estatuto especial y perfectible por parte de la Ley N° 20.584, que excluya explícitamente ciertos institutos de la LPDP incompatibles con los objetivos de la ficha clínica, como lo es por ejemplo, el libre y discrecional ejercicio de los derechos ARCO por parte de su titular.

Finalmente, tal como se indicó, el artículo 38 de la Ley N° 20.584 es claro al disponer que el agente de control respecto del acceso y confidencialidad de la ficha clínica es la Superintendencia de Salud, por intermedio de su Intendencia de Prestadores. La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la entidad de control a cargo de la fiscalización de la ficha clínica en términos negativos, indicando que Fonasa carece de atribuciones de fiscalización⁵⁸ y sanción⁵⁹ a prestadores de salud en este ámbito.

V. El modelo de un nuevo regulador: el caso de la Comisión para el Mercado Financiero

1. Antecedentes

El último caso que revisamos corresponde a la Comisión para el Mercado Financiero (en adelante, "CMF" o "Comisión"). Esta institución fue creada por la Ley N° 21.000, viniendo a reemplazar, a la Superintendencia de Valores y Seguros. Este cambio tuvo por objeto introducir mejoras profundas a la institucionalidad de supervisión del mercado de valores y seguros, comprendiendo, entre otros aspectos, la modernización de su marco jurídico, el fortalecimiento de su gobierno corporativo (introduciendo un modelo colegiado) y el perfeccionamiento de su estructura orgánica⁶⁰, incorporando, además, el nuevo mandato legal de velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero⁶¹.

La principal función de la Comisión dice relación con "velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero, facilitando la participación de los agentes de mercado y promoviendo el cuidado de la fe pública," así como "velar porque las personas o entidades fiscalizadas, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan". (artículo 1°, incisos segundo y tercero, de la Ley N° 21.000). Caben dentro del ámbito de fiscalización de la CMF, según dispone el artículo 3° del referido cuerpo legal, las personas que emitan o intermedien valores de oferta pública; las bolsas de valores mobiliarios; las operaciones bursátiles; las asociaciones de agentes de valores y las operaciones sobre valores que estos realicen; los fondos que la ley somete a su fiscalización y las sociedades que los administren; las sociedades anónimas y en comandita por acciones que la ley sujete a su vi-

⁵⁸ *Zuchel Matamala con Directora Zonal Centro Sur de Fonasa* (2020).

⁵⁹ *Vaccarezza con Fondo Nacional de Salud* (2021).

⁶⁰ Boletín N° 9015-05.

⁶¹ NACRUR Y RIED 2020, 64.

gilancia; las empresas dedicadas al comercio de asegurar y reasegurar, así como de las personas que intermedien seguros; el Comité de Autorregulación Financiera; y, cualquiera otra entidad o persona natural o jurídica que la Ley N° 21.000 u otras leyes le encomienden.

Dentro del ámbito de su competencia, la CMF puede ejercer potestades normativas e interpretativas. Dispone el numeral primero del artículo 5° de la Ley N° 21.000 que la Comisión puede “[d]ictar las normas para la aplicación y cumplimiento de las leyes y reglamentos y, en general, dictar cualquier otra normativa que de conformidad con la ley le corresponda para la regulación del mercado financiero”. Asimismo, la Comisión tiene la función de “interpretar administrativamente las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas, entidades o actividades fiscalizadas, y podrá fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento”. Por otra parte, y en el marco de sus atribuciones normativas, la CMF cuenta con la facultad de establecer reglas relacionadas con la información financiera de sus fiscalizados⁶².

El 12 de enero de 2019, se publicó la Ley N° 21.130, que Moderniza la Legislación Bancaria, modificando el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 1997, que fija texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos (en adelante, indistintamente, “LGB”). La Ley N° 21.130 vino a generar una nueva institucionalidad regulatoria y modelo de supervisión del sector bancario y financiero, traspasando todas las competencias y facultades de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras a la Comisión para el Mercado Financiero. De esta forma, todas las instituciones fiscalizadas por dicha Superintendencia (v.gr. empresas bancarias, empresas cuyo giro consista en la emisión u operación de tarjetas de crédito, tarjetas de pago con provisión de fondos o de cualquier otro sistema similar a dichos medios de pago) quedaron sujetas a la supervisión de la CMF. Entre dichas competencias, destacan ciertas atribuciones específicas para dictar normas de carácter general aplicables a las operaciones realizadas por las entidades bancarias y financieras fiscalizadas por la Comisión.

2. La LPDP y los datos personales de carácter económico

Resulta indudable el rol fundamental que desempeñan las operaciones de tratamiento de información personal en los contextos financieros, en especial los datos personales patrimoniales, sean estos positivos (activos financieros) o negativos (pasivos financieros). El procesamiento de estos datos no solo resulta indispensable para la adecuada prestación de servicios bancarios o crediticios, sino que también para el resguardo de ciertos intereses públicos, tales como promover o asegurar la estabilidad financiera, principalmente a través de los sistemas de información sobre morosidades⁶³, o prevenir y de-

⁶² NACRUR Y RIED 2020, 82.

⁶³ BOZZO 2020, 102.

tectar fraudes⁶⁴. Asimismo, cobran relevancia aspectos relacionados con la seguridad, integridad y confidencialidad de los sistemas o redes informáticas financieras.

Si bien la LPDP se refiere en particular, en su Título III, a los datos de contenido económico, financiero, bancario o comercial, lo cierto es que aborda solo algunos datos patrimoniales negativos –a saber, aquellos que dan cuenta de una obligación o deuda listada en el mismo Título III⁶⁵– configurándolos como una “categoría intermedia” de datos, sujetos a hipótesis de comunicación más restrictivos⁶⁶.

Teniendo presente lo anterior, y considerando la ausencia de una autoridad de control en materia de protección de datos personales, dotada de la facultad de, a lo menos, interpretar el marco legal general, resulta relevante referirse, en primer lugar, a ciertas normas especiales aplicables al tratamiento de ciertos tipos de datos patrimoniales (tanto de tipo positivo como negativo) en los entornos bancarios y/o financieros, para, luego, abordar la labor normativa desplegada por la CMF en su rol de ente supervisor sectorial.

3. Normativa sectorial de relevancia en materia de tratamiento de datos personales

Respecto de las operaciones y sujetos comprendidos dentro del ámbito de competencia de la CMF, cabe destacar diversas normas, legales y administrativas, que tienen injerencia en las actividades de tratamiento de datos personales que tienen lugar en los mercados financieros, de valores y seguros.

a) *Artículo 14, inciso segundo, de la Ley General de Bancos*

El inciso segundo del artículo 14 de la LGB establece que:

[c]on el objeto exclusivo de permitir una evaluación habitual de las instituciones fiscalizadas en virtud de la presente ley por firmas especializadas que demuestren un interés legítimo, la Comisión deberá darles a conocer la nómina de los deudores de las entidades antes señaladas, los saldos de sus obligaciones y las garantías que hayan constituido. Lo anterior solo procederá cuando la Comisión haya aprobado su inscripción en un registro especial que abrirá para los efectos contemplados en este inciso y en el inciso cuarto del artículo 154. La Comisión mantendrá también una información permanente y refundida sobre esta materia para el uso de las instituciones fiscalizadas en virtud de la presente ley. Las personas que obtengan esta información no podrán revelar su contenido a

⁶⁴ MANTELERO 2015, 37.

⁶⁵ JERVIS 2005, 125.

⁶⁶ JARA 2001, 70-72. Jarvis los denomina como “datos patrimoniales negativos comunicables” (JERVIS 2005, 133).

terceros y, si así lo hicieren, incurrirán en la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio⁶⁷.

Esta norma legal da cuenta de una regla que habilita, bajo ciertos supuestos, determinadas operaciones de procesamiento y comunicación de datos financieros bancarios, concernientes a personas naturales identificadas. Específicamente, esta disposición ordena a la CMF la entrega a firmas especializadas que “demuestren un interés legítimo” –y que se encuentren inscritas en un registro especial elaborado por la Comisión–⁶⁸ de información sobre la nómina de los deudores de las entidades fiscalizadas en virtud de la LGB, los saldos de sus obligaciones y las obligaciones que hayan constituido. Asimismo, la Comisión debe mantener una “información permanente y refundida sobre la materia”, denominado como “Estado de Deudores” y que se forma a partir de la información que las entidades financieras entregan a la CMF, la que puede ser utilizada exclusivamente por las mismas instituciones fiscalizadas. La entrega de esta información debe efectuarse de acuerdo a las instrucciones contenidas en el Capítulo 18-5 de la Recopilación Actualizada de Normas (en adelante, indistintamente, RAN) de la CMF,⁶⁹ así como a lo dispuesto en el Manual del Sistema de Información referente al sistema de deudores.

b) *Artículo 154 de la Ley General de Bancos*

La LGB regula en su artículo 154 el secreto y la reserva bancaria, disponiendo en su inciso primero que:

[l]as operaciones de depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos en virtud de la presente ley estarán sujetas a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

A continuación, el inciso segundo de la citada norma agrega:

[l]as demás operaciones quedarán sujetas a reserva y los bancos en virtud de la presente ley solamente podrán darlas a conocer a quien

⁶⁷ Artículo 14 del D.F.L. N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos.

⁶⁸ Entidades evaluadoras de instituciones financieras (agencias clasificadoras de riesgo).

⁶⁹ Estas normas de origen administrativo tienen un “rango inferior a la ley y al reglamento”, teniendo por objeto “regular extensivamente ciertas materias sujetas a la competencia normativa de las superintendencias”. Díaz de Valdés 2020, 266 y ss.

⁷⁰ El Capítulo 18-5 de la RAN, relativo a información sobre deudores de las instituciones financieras, contiene reglas relativas, entre otros aspectos, a las operaciones de crédito que deben informarse y los importes adeudados; oportunidad y forma de entrega de la información; responsabilidad en la entrega de la información; y, manejo de la información por parte de las instituciones financieras.

demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar un daño patrimonial al cliente⁷¹.

Del tenor literal resulta claro que la regla sobre secreto y reserva bancaria, en vista a la amplitud de las operaciones que comprende, puede incluir información de índole patrimonial (tanto positiva como negativa) concerniente a clientes que revistan la calidad personas naturales identificadas o identificables.

c) Decreto Supremo N°950 del Ministerio de Hacienda de 1928

El Decreto Supremo N° 950 de 1928 del Ministerio de Hacienda, entrega a la Cámara de Comercio de Santiago A.G. la labor de recopilar y sistematizar diversa información de carácter financiero, con el objeto de facilitar los procesos de evaluación crediticia y riesgo comercial. De esta forma, se procede a la elaboración y publicación de un banco de datos financiero, el Boletín de Informaciones Comerciales, que contiene la información indicada en el artículo 1° del referido Decreto Supremo N° 950⁷².

Esta base de datos incluye los protestos de letras de cambio y de pagarés practicados en las Notarías; los protestos de cheques efectuados por los bancos; las cuotas morosas derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común; y, las aclaraciones de tales protestos y cuotas morosas, de modo de informar al mercado los pagos o regularizaciones de los incumplimientos comerciales por parte de los deudores publicados previamente en él⁷³.

d) Capítulo 20-10 de la Recopilación Actualizada de Normas (RAN)

El 1 de diciembre de 2020, entró en vigencia el nuevo Capítulo 20-10 de la RAN, con reglas para la gestión de la seguridad de la información y ciberseguridad⁷⁴. Estas disposiciones –que son aplicables a bancos, filiales bancarias, sociedades de apoyo al giro bancario y emisores y operadores de tarjetas de pago– obedecen a la creciente de conectividad y dependencia de los servicios brindados a través de plataformas tecnológicas, teniendo por

⁷¹ Artículo 154 del D.F.L. N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos.

⁷² Resultan igualmente aplicables las normas especiales contenidas en el Título III de la LPDC, sobre utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, así como lo dispuesto en la Ley N° 20.575, que establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales.

⁷³ En el Capítulo 20-6 de la RAN, sobre publicación en el Boletín de Informaciones Comerciales, la CMF establece un conjunto de normas relativas al envío de información al BIC.

⁷⁴ Capítulo 20-10 de la Recopilación Actualizada de Normas, denominado “gestión de la seguridad de la información y ciberseguridad”, cuyo contenido fue fijado por la Circular N° 2.261 de la Comisión para el Mercado Financiero, de 6 julio de 2020

objeto, por una parte, asegurar la adecuada calidad y disponibilidad de estos sistema y, por la otra, hacer frente a la progresiva exposición a los riesgos asociados al uso de las tecnologías de la información y comunicación.

Concretamente, la norma aborda aspectos vinculados a la evaluación de la gestión de la seguridad de la información y ciberseguridad⁷⁵, así como la implementación de un adecuado proceso de gestión de riesgos; la realización de procesos de diligencia para determinar los activos críticos de ciberseguridad, junto con las funciones de protección de estos activos, la detección de las amenazas y vulnerabilidades, la respuesta ante incidentes y la recuperación de la operación normal de la entidad; y, la identificación de los activos que componen la infraestructura crítica de la industria financiera y del sistema de pagos del país, así como el adecuado intercambio de información técnica de incidentes que afecten o pudieran afectar la ciberseguridad. Cabe destacar el hecho que el numeral 2 de referido capítulo menciona entre los elementos considerados como necesarios para un adecuado sistema de gestión de la seguridad de la información y ciberseguridad el “cumplimiento de las leyes y normativas vigentes, entre las que se encuentran, por ejemplo, la protección de los datos de carácter personal”.

e) *Capítulo 20-7 de la RAN*

Las disposiciones del Capítulo 20-7 de la RAN, sobre externalización de servicios⁷⁶, permiten, cumpliendo algunos requisitos, la contratación por parte de las instituciones bancarias “de proveedores de servicios externos para que realicen una o más actividades operativas que podrían ser también efectuadas internamente por la entidad con sus propios recursos, tanto humanos como tecnológicos”, incluyendo los servicios de procesamiento de datos⁷⁷.

El capítulo dispone que la entidad “debe cerciorarse que el proveedor de servicio mantiene un programa de seguridad de la información que le permita asegurar la confidencialidad, integridad, trazabilidad y disponibilidad de sus activos de información y la de sus clientes”, además de “controlar y

⁷⁵ Según el numeral primero de este capítulo, se entiende por seguridad de la información el “conjunto de acciones para la preservación de la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información de la entidad”. La ciberseguridad, por su parte, comprendería el “conjunto de acciones para la protección de la información presente en el ciberespacio y de la infraestructura que la soporta”, y que tienen por finalidad “evitar o mitigar los efectos adversos de sus riesgos y amenazas inherentes, que puedan afectar la seguridad de la información y la continuidad del negocio de la institución”.

⁷⁶ Capítulo 20-7 de la Recopilación Actualizada de Normas, denominado “externalización de servicios”, cuyo contenido fue fijado por la Circular N° 3.570 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, de 7 de octubre de 2014.

⁷⁷ Según dispone el numeral 3 de la Circular N° 2 de la CMF, las empresas emisoras de tarjetas de pago no bancarias y las empresas operadoras de tarjetas de pago deben igualmente observar las instrucciones contenidas en el referido Capítulo 20-7, en lo que respecta, entre otros aspectos, a “[l]as condiciones que deben cumplirse en la externalización de servicios, a que se refiere el Título III”, “[l]as consideraciones contenidas en el Título IV a excepción del numeral 2” y “[l]os requisitos considerados en el Título V”.

monitorear la infraestructura de seguridad de la información dispuesta por el proveedor, con el objeto de proteger los activos de información presentes en los servicios críticos externalizados, independiente de los controles dispuestos por el proveedor" (Título III, N° 4). Por otra parte, se dispone que las "conexiones de comunicaciones entre la entidad contratante y el proveedor de servicios deben contar con un nivel de cifrado que asegure la confidencialidad y la integridad de los datos de punta a punta". Asimismo, una vez procesada la información, debe ser "almacenada y transportada en forma encriptada, manteniéndose las llaves de descifrado en poder de la entidad".

Se impone, también, a las entidades bancarias el deber de comunicar a la CMF "los incidentes operacionales que afecten un servicio externalizado en el país o en el exterior", en los términos definidos en el Capítulo 20-8 de la RAN. Dicho capítulo contempla requisitos relativos a la información que se debe enviar a la CMF cuando ocurran incidentes que "afecten o pongan en riesgo la continuidad del negocio, los fondos o recursos de la entidad o de sus clientes, la calidad de los servicios o la imagen de la institución". Esta información debe enviarse a la CMF dentro del plazo máximo de 30 minutos luego de ocurrido el incidente⁷⁸.

Con las modificaciones introducidas a este capítulo por la Circular N° 2.244, de Bancos, de la CMF de fecha 23 de diciembre de 2019, los bancos pueden externalizar servicios en jurisdicciones que no cuenten con calificación de riesgo país en grado de inversión, "en la medida que el país en el que se externalizan los servicios cuente con leyes de protección y seguridad de datos personales adecuadas".

En el caso que la entidad bancaria externalice servicios de procesamiento de datos fuera del país, establece el Título IV del referido capítulo que se debe contar con un "Centro de Procesamiento de Datos de contingencia ubicado en Chile". Con todo, los bancos que mantengan una adecuada gestión del riesgo operacional pueden quedar exceptuados de este requerimiento, siempre que aseguren, por medio de un informe anual, que cumplen con la adopción de las ciertas "medidas preventivas"⁷⁹.

Cabe mencionar que, según dispone este capítulo de la RAN, cualquier operación que involucre el procesamiento de datos que se encuentren sujetos a reserva o secreto bancario de acuerdo con lo establecido en la LGB, constituye una actividad significativa o estratégica (críticas), lo que implica ciertos

⁷⁸ Asimismo, se establece la obligación de mantener adecuadamente informados a los clientes en determinados eventos y el deber de los bancos de compartir con el resto de la industria información de ataques relacionados a ciberseguridad.

⁷⁹ Estas medidas dicen relación con el tiempo de recuperación objetivo (RTO); el tiempo de disponibilidad de operación de los sites de procesamiento de datos; la ubicación de estos sites, con miras a mitigar tanto el riesgo geográfico como los riesgos políticos; y, que los servicios externalizados se provean en un ambiente consistente con las políticas y estándares adoptados por la entidad.

deberes de diligencia reforzados, por ejemplo, respecto a la contratación de servicios de *cloud computing*, en los términos señalados en su Título V.

f) *Documento de Política: "Desarrollo de estándares y principios generales en materia de Conducta de Mercado referidos a Protección al Cliente Financiero"*

Con fecha 24 de junio de 2021, la CMF publicó un documento con estándares y principios generales de Conducta de Mercado para la protección del cliente financiero. Si bien esta clase de documentos, "por su naturaleza, no constituyen una instrucción normativa ni una política de supervisión", dan cuenta de la "visión de la Comisión y su Consejo sobre temas relevantes para la industria financiera", pudiendo constituir una "guía del estándar o mejores prácticas esperadas por la CMF"⁸⁰.

La mencionada guía señala respeto al marco legal y regulatorio general aplicado en la CMF en conducta de mercado con foco en protección del cliente financiero, que "se han considerado regulaciones relativas a la mantención de diversos registros y a velar por la protección de los datos personales y privacidad de la información de los clientes". Luego, el documento identifica cinco principios de conducta de mercado para entidades financieras, el tercero de los cuales se refiere a específicamente a la "protección de la información de los clientes". A este respecto, se reconoce, en el contexto de los servicios financieros, la importancia de la seguridad de la información, al involucrar el tratamiento de una "cantidad significativa de antecedentes [...] de carácter financiero, médico y personal". Por consiguiente, la salvaguarda de estos datos financieros y personales "es una de las principales responsabilidades de la industria de servicios financieros".

Así, se hace expresa mención a la necesidad de dar cumplimiento al principio de licitud en el tratamiento de estos datos, junto con los principios de finalidad y proporcionalidad. De igual manera, se hace referencia al respeto de los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación que asisten a los titulares de datos personales, junto con la posibilidad que éstos tienen de revocar el consentimiento inicialmente otorgado. Por otra parte, se hace mención al deber de "trasparentar e informar a los clientes sobre la política de tratamiento de datos de la entidad". Cabe advertir que el documento hace alusión, a partir del derecho de acceso, a un supuesto derecho a la portabilidad de los datos.

A continuación, se refiere con cierto detalle a los deberes de confidencialidad y de seguridad a los que se encuentran sujetas las entidades finan-

⁸⁰ Disponible en línea: <https://www.cmfchile.cl/portal/prensa/615/w3-article-47838.html>. Esta clase de documentos podrían ser considerados como instrumentos de *soft law*, que "sin ser obligatorios para los sujetos obligados, tienen por objeto explicitar los criterios o lineamiento de trabajo interno del órgano administrativo", junto con permitir conocer con anterioridad "la interpretación administrativa que realizará el ente en sus procesos de fiscalización del cumplimiento". Bravo 2020, 158.

cieras, abordando la necesidad de contar con medidas de protección tanto a nivel técnico como organizativo, incluyendo el desarrollo de “planes de contingencia que permitan mitigar los riesgos y el impacto de cualquier destrucción, alteración, filtración o uso indebido de la información”.

Respecto a los tratamientos de datos efectuados a través de mandatarios, se dispone que se debe tener en cuenta “el riesgo que presenta la tercerización de actividades”, debiendo verificarse que “las instituciones contratadas cuenten con adecuados mecanismos para resguardar la confidencialidad y seguridad de la información”.

Finalmente, en cuanto al registro de deudas, el documento señala que las entidades deben brindar a los clientes “acceso fácil y gratuito a sus reportes y detallar los procedimientos a seguir para corregir errores”.

Este documento viene a poner en relieve los esfuerzos de la CMF por abordar ciertos aspectos relevantes del procesamiento de datos en entornos financieros, sirviéndose de las categorías, principios, derechos y obligaciones propias del derecho a la protección de datos personales. Esta labor podría fundamentarse en el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa como un derecho fundamental autónomo, cuyo contenido irradia a todo el ordenamiento jurídico, abarcando ciertamente la actividad normativa e interpretativa que ejercen los órganos de la administración.

En este sentido, cabe destacar que el ente supervisor no se circunscribe estos estándares a las reglas que establece expresamente la Ley N°19.628, sino que muestra una concepción del derecho a la protección de datos personales acorde con su desarrollo doctrinal y evolución a nivel comparado, lo que queda de manifiesto, por ejemplo, en la incorporación de deberes de transparencia, la adopción de un enfoque basado en riesgos y la referencia al derecho a la portabilidad de datos.

Conclusiones

En Chile, el esquema normativo en torno al derecho a la protección de los datos personales presenta altos grados de dispersión y fragmentación, situación que se agrava por la inexistencia de una autoridad de control en la materia.

Entendiendo que el modelo regulatorio que ampara a este derecho requiere construirse a partir del artículo 19 N° 4 de la Constitución, se debe tener presente que dicha disposición –junto con omitir referirse a los principios mínimos que constituyen el núcleo del derecho a la protección de datos personales– no mandata la creación de un órgano público que, de manera comprehensiva, supervise o vele por este derecho. Asimismo, la LPDP carece de una autoridad de control que cuente con, al menos, la potestad de interpretar administrativamente sus disposiciones y de ejercer acciones de *enforcement*.

La falta de dicha autoridad constituye un catalizador clave del proceso de fragmentación regulatoria que afecta la autodeterminación informativa. En concreto, su garantía se deja a la suerte de competencias descentralizadamente ejecutadas por diversas instituciones, regulando o fiscalizando a sus sujetos obligados, respecto del tratamiento de datos personales que desarrollan.

Teniendo presente que el procesamiento de datos personales constituye un elemento imprescindible para el funcionamiento de diversos mercados o el ejercicio de la función pública de órganos estatales, las normas generales y sectoriales aplicables en dichas esferas han abordado –directa o indirectamente– múltiples aspectos concernientes a la protección de los datos personales. Así, se evidencia la intervención de distintos organismos encargados de supervisar de ciertos estatutos normativos, dictando –sobre la base de sus atribuciones genéricas– reglamentos, circulares e instrucciones que inciden en las actividades de procesamiento de datos personales, ya sea en cuanto a los derechos que asisten a los sujetos titulares de los mismos o en cuanto a las obligaciones que recaen sobre los responsables de las bases de datos, incluyendo requisitos técnicos aplicables a su gestión.

La ausencia de una autoridad de control especializada que vele por el cumplimiento de la LPDC conlleva diversas dificultades. En primer lugar, y desde un punto de vista cualitativo, la necesidad de garantizar el ejercicio legítimo de un derecho de las personas, más allá de su calidad de funcionario público, consumidor o paciente, entre otros. Segundo, se requiere operativizar este derecho siguiendo un conjunto de principios generales, entendidos a la luz de criterios uniformes, evitando de esta manera interpretaciones discordantes. Esta concentración competencial permite profundizar o dotar de contenido a los conceptos e instituciones propias de la autodeterminación informativa, por ejemplo, los procesos de anonimización o disociación de información, así como ciertos elementos técnicos propios de las actividades de tratamiento de datos personales, tales como los estándares mínimos que deben seguirse para el adecuado cumplimiento de los deberes de seguridad que recaen sobre los responsables de bases de datos. Finalmente, el derecho a la protección de datos personales puede verse afectado por la existencia de mecanismos de tutela o de sanción diversos, cuya aplicación dependerá del contexto dentro del cual se verifican las respectivas actividades de tratamiento (sea en cuanto a la naturaleza de la entidad responsable de la base de datos o del mercado específico dentro del cual se insertan las respectivas operaciones de procesamiento), lo que incide, en la práctica, en la existencia de estatutos de protección diferenciados y que pueden presentar disparidades en los niveles de resguardo de un mismo derecho fundamental.

Bibliografía citada

ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel (2016). Acceso a la información pública y protección de datos personales. ¿Puede el Consejo para la Transparencia ser la autoridad de control en materia de protección de datos? *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)* 23(1), 51-79.

- ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel (2020). Editorial: La protección de datos personales en contextos de pandemia y la constitucionalización del derecho a la autodeterminación informativa. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 9(1), 1-4.
- ARRIETA, Raúl (2009). Chile y la Protección de Datos Personales. En Raúl Arrieta y Carlos Reusser (Coords.), *Chile y la Protección de Datos Personales* (pp. 13-22). Expansiva UDP.
- BRAVO ALLIENDE, Felipe (2020). Medidas y sanciones de la Comisión para el Mercado Financiero. En Roberto Ríos (Coord.), *La Comisión para el Mercado Financiero* (pp. 145-194). Ediciones UC.
- BOZZO HAURI, Sebastián. (2020). Sobreendeudamiento, sistemas de información crediticia y la protección de los datos personales del consumidor en Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (55), 99-130.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys (2014). La Protección de Datos como Frontera del Derecho de Acceso a la Información en la Legislación Chilena. *Revista de Gestión Pública* 3(1), 73-93.
- Cámara de Diputados (Agosto de 2016). *Evaluación de la Ley N° 19.628, Sobre Protección de la Vida Privada*. http://www.evaluaciondelaley.cl/wpcontent/uploads/2019/07/informe_final_ley_19628_con_portada.pdf.
- CERDA SILVA, Alberto (2003). Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos. *Revista de Derecho Informático* (3), 47-75.
- CERDA SILVA, Alberto (2006). Mecanismos de control en la protección de datos en Europa. *Ius et Praxis* 12(2), 221-251.
- CERDA SILVA, Alberto (2012). *Legislación sobre Protección de las Personas frente al Tratamiento de Datos Personales*.
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (15 de febrero de 2018). *Inconstitucionalidad de la reforma al SERNAC*. <https://www.pcontreras.net/blog/inconstitucionalidad-de-la-reforma-al-sernac>.
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2020). El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena. *Estudios constitucionales* 18(2), 87-120.
- CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (7 de febrero de 2021). *Sernac y protección de datos personales*. <https://www.pcontreras.net/blog/sernac-y-proteccion-de-datos-personales-compilacion-del-debate>.
- CORDERO VEGA, Luis y GARCÍA, José Francisco (2012). Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. *Anuario de Derecho Público* 2012, 415-435.
- DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Isabel (Coord.) (2019). *Diccionario de protección de datos personales*. INAI.
- DIARIO FINANCIERO (30 de junio de 2021). Expertas enjuician el polémico artículo que entrega el Sernac facultades de protección de datos. *Diario Financiero*. <https://www.df.cl/empresas/entre-codigos/expertas-enjuician-polemico-articulo-de-la-ley-del-consumidor-que>
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2010). Anomalías constitucionales de las superintendencias. *Estudios Constitucionales* 8(1), 249-282.
- DONOSO ABARCA, Lorena (2011). El problema del tratamiento abusivo de los datos personales en salud. En VV.AA., *Reflexiones sobre el uso y abuso de los datos personales en Chile* (pp. 79-110). Expansiva.
- ETEROVIC BARREDA, Pablo (2019). *Acceso a la ficha clínica en el derecho chileno*. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo (2002). Regulación de servicios públicos: ¿hacia dónde debemos ir? *Estudios Públicos* (85), 101-137.
- GARCÍA, José Francisco (2009). ¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio. *Revista de Actualidad Jurídica* (19), 327-371.
- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2010). De las superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio. *Revista de Actualidad Jurídica* (22), Universidad del Desarrollo, 263-305.

- GONZÁLEZ HOCH, Francisco (2001). Modelos comparados de protección de la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal. *Cuadernos de Extensión Jurídica* (U. de los Andes (5), 153-178.
- JARA AMIGO, Rony (2001). Régimen de los datos de carácter económico financiero, bancario o comercial en la ley N°19.628". En Jorge Wahl Silva (editor), *La Ley chilena de Protección de Datos Personales: Una visión crítica desde el punto de vista de los intereses protegidos* (pp. 61-83). Ediciones Universidad de los Andes.
- JERVIS ORTIZ, Paula (2005). Categorías de datos reconocidas en la Ley 19.628. *Revista Chilena De Derecho Informático*, (6).
- JIJENA LEIVA, Renato (2009). *Informe Jurídico. Regulación jurídica de los sistemas de tratamiento de datos personales al interior de la Administración del Estado, y su armonización con la Ley 20.285 sobre transparencia y acceso a la información de los servicios públicos*. https://archives.cpl.cl/transparencia_activa/RESPUESTASAI/S313.pdf.
- JIJENA LEIVA, Renato (2013). Tratamiento de datos personales en el Estado y acceso a la información pública. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 2(2), 49-94.
- LYNSKEY, Orla (2016). The Europeanisation of data protection law. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 19, 1-35.
- MANTELERO, Alessandro (2015). Smart cities, movilidad inteligente y protección de los datos personales. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, N° 21, 37-49.
- MATUS, Jessica (16 de junio de 2021). Una respuesta sensata a la protección de datos. *Diario Financiero*. <https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/una-respuesta-sensata-a-la-proteccion-de-datos/2021-06-16/183834.html>.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2017a). Acciones colectivas y Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada y de datos de carácter personal. *Revista Chilena de Derecho Privado* (28), 357-363.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (24 de julio de 2017b). La Corte Suprema y los datos personales. *El Mercurio Legal*. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=905790&Path=/OD/D/>.
- NACRUR GAZALI, Miguel Ángel y RIED UNDURRAGA, José Miguel (2020). Atribuciones de la Comisión para el Mercado Financiero. En Roberto Ríos (Coord.), *La Comisión para el Mercado Financiero* (pp. 63-102). Ediciones UC.
- PESSÓ, Alex (17 de junio de 2021). El Sernac y la protección de datos. *Diario Financiero*. <https://amp.df.cl/noticias/opinion/cartas/el-sernac-y-la-proteccion-de-datos/2021-06-17/182152.html>.
- SERNAC (4 de julio de 2012a). *Sernac oficia a Banco de Chile por error en envío de cartolas*. <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-2557.html>.
- SERNAC (13 de julio de 2012b). *Banco de Chile deberá pagar a los afectados por error en cartolas y los asegurará ante fraudes*. <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-2560.html>.
- VIOLIER, Pablo (2017). *El Estado de la Protección de Datos Personales en Chile*. Derechos Digitales.
- VIOLIER, Pablo y CANALES, María Paz (2018). La compatibilidad de la retención general de metadatos y el respeto a los derechos fundamentales: el caso del decreto espía. *Anuario de Derecho Público* 2018, 155-171.
- YURASZEK KREBS, Nicolás (2021). Sobre la proliferación de reguladores en materia de seguridad de la información. *Actualidad Jurídica*. <https://actualidadjuridica.doe.cl/sobre-la-proliferacion-de-reguladores-en-materia-de-seguridad-de-la-informacion/>
- ZAROR, Danielle (22 de junio de 2021). Datos personales y protección del consumidor (I). *Diario Financiero*. <https://www.df.cl/noticias/opinion/cartas/datos-personales-y-proteccion-del-consumidor-i/2021-06-22/182342.html>

Normativa citada

- Ley N° 19.628 de 1999. Sobre protección de la vida privada. 28 de agosto de 1999.
- Ley N° 19.496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. 7 de marzo de 1997.

- Ley N° 20.575 de 2012. Establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales. 17 de febrero de 2012.
- Ley N° 20.285 de 2008. Sobre acceso a la información pública. 20 de agosto de 2008.
- Ley N° 21.000 de 2016. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. 23 de febrero de 2017. D.O. N° 41.692.
- Ley N° 21.130 de 2019. Moderniza la legislación bancaria. 12 de enero de 2019. D.O. N° 42.252.
- Ley N° 21.236 de 2020. Regula la portabilidad financiera. 9 de junio de 2020. D.O. N° 42.676.
- Ley N° 20.584 de 2012. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. 24 de abril de 2012. D.O. N° D.F.L. N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos. D.O. N° 35.944.
- Decreto N° 1 de 2006 [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. 24 de abril de 2006. D.O. N°

Jurisprudencia citada

- Servicio Nacional del Consumidor con Ticketmaster Chile S.A.* (2016): Corte Suprema, 7 de julio de 2016 (Rol N° 1533-2015). Segunda Sala. [Recurso de casación]
- Servicio Nacional del Consumidor con Créditos Organización y Finanzas S.A.* (2016): Corte Suprema, 11 de octubre de 2016 (Rol N° 4903-2015). Segunda Sala. [Recurso de casación].
- Servicio Nacional del Consumidor con Ticketek Co. SpA* (2016): Corte Suprema, 6 de diciembre de 2016 (Rol N° 26932-2015). Segunda Sala. [Recurso de casación].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 041188-17, de 24 de noviembre de 2017.
- Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, correspondiente al boletín N° 9369-03. Ley N° 21.081* (2018): Tribunal Constitucional, 18 de enero de 2018 (Rol N° 4012-17). Pleno [Recurso de reconsideración].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 011167-19, de 12 de agosto de 2019.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 008113-20, de 20 de abril de 2020.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 009545-20, de 01 de junio de 2020.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 30041-20, de 25 de agosto de 2020.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 37912-20, de 23 de septiembre de 2020.
- Zuchel Matamala con Directora Zonal Centro Sur de Fonasa* (2020): Corte Suprema, 5 de octubre de 2020 (Rol N° 21137-2020). Tercera Sala. [Recuso de apelación].
- Vaccarezza con Fondo Nacional de Salud* (2021): Corte Suprema, 13 de septiembre de 2021 (Rol N° 38554-2021). Tercera Sala. [Recurso de apelación].
- Reyes con Fondo Nacional de Salud (FONASA)* (2021): Corte Suprema, 22 de octubre de 2021 (Rol N° 49703-2021). Tercera Sala. [Recurso de apelación]

Existencia, cómputo e interrupción del plazo para recurrir de protección contra la Administración del Estado

Existence, computation and interruption of the term to petition for protection against the state administration

Jorge Larroucau Torres¹

Este artículo analiza los principales problemas dogmáticos provocados por el plazo para recurrir de protección en contra de la Administración del Estado durante la vigencia de la Constitución de 1980. Esto incluye el estudio de la existencia de un plazo, su extensión y el inicio del cómputo, además de la forma en que se entiende su interrupción cuando la persona acude previamente a la vía administrativa. En todos estos ámbitos los fallos de protección revelan un intento de las Cortes por equilibrar el acceso a la justicia con la seguridad jurídica, una materia que en el sistema jurídico chileno le corresponde a la ley.

This article analyzes the main dogmatic problems caused by the term to appeal of protection against the state administration according to the 1980 Constitution. This includes the study of the existence of a term, its extension, and the beginning of its computation, in addition to the way its interruption is understood when the person previously goes to the administrative proceedings. In all these areas, protection sentences reveal an attempt by the Courts to balance access to justice with legal certainty, a matter that in the Chilean legal system belongs to the law.

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: jorge.larroucau@pucv.cl. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile.

Este trabajo es parte de una investigación financiada mediante un proyecto Fondecyt Regular (N° 1200389: "La aplicación preferente, alternativa o residual de la protección de derechos fundamentales: Un estudio dogmático de los efectos procesales del art. 20 inciso 1° in fine de la Constitución de 1980", 2020-2022) cuyo apoyo reconozco. También agradezco a Florencia Rossi, Belén Carrión y Javiera Haagers, ayudantes de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, por su exhaustiva búsqueda de los fallos que se citan en este trabajo.

Artículo recibido el 4 de marzo de 2022 y aceptado el 5 de junio de 2022.

Palabras claves: Protección, plazo, justicia administrativa, acceso a la justicia, competencia.

Keywords: Protection, term, administrative justice, access to justice, competence.

Introducción

Este trabajo analiza los cuatro principales problemas dogmáticos de la práctica judicial chilena durante la vigencia de la Constitución de 1980 en relación con el plazo para recurrir de protección en contra de la Administración del Estado. Estos asuntos son la existencia de un plazo para recurrir de protección, la extensión de este, el inicio de su cómputo y la interrupción del plazo cuando se recurre en contra de lo resuelto por una autoridad, sea un órgano o un servicio público (artículo 1, Ley N° 18.575 de 1986).

El telón de fondo de estas discusiones es el control judicial de lo decidido por las autoridades dentro de sus ámbitos de competencia y, desde un punto de vista más acotado, este estudio se enmarca en el debate sobre el rol supletorio, alternativo o preferente que se le puede reconocer a la protección del artículo 20 de la Constitución de 1980 en dicho escenario dado el tipo de justicia administrativa desarrollada en el sistema jurídico chileno en las primeras dos décadas de este siglo².

Si bien el plazo para recurrir de protección es un tema que ha motivado análisis dogmáticos desde sus primeros años de aplicación³, el objetivo de esta investigación, en particular, es identificar los criterios normativos que se han esgrimido en cada una de estas discusiones para tratar de equilibrar el acceso a la justicia de quien acusa la vulneración a un derecho fundamental con la seguridad jurídica que reclama lo decidido por una autoridad en el ámbito de sus atribuciones legales. Tales criterios muestran que dicho equilibrio entre el acceso a la justicia y la seguridad jurídica es un asunto que le corresponde a la ley y no a la Corte Suprema por medio de autos acordados.

I. El control judicial de las autoridades

La justicia administrativa chilena ha orientado el control de la legalidad y la racionalidad de las decisiones de las autoridades hacia tribunales especiales creados a partir de la década del dos mil. Un ejemplo de esto es lo que ocurre con las actuaciones de la Superintendencia del Medio Ambiente cuando decide no ejercer su potestad sancionadora ante una infracción leve, en cuyo caso "los afectados" pueden reclamar ante el Tribunal Ambiental "del lugar en que se haya originado la infracción" (artículo 56 inciso 1°, Ley N° 20.417 de 2010 y artículo 17 N° 3, Ley N° 20.600 de 2012), siendo dicho tribunal el que decide si lo que motivó la decisión de la superintendencia es o no razo-

² ZAVALA 2021, 67-70.

³ SOTO 1982, 254-265.

nable, pudiendo, incluso, pronunciarse sobre la “seriedad” y el “mérito suficiente” de tal decisión (artículo 47, Ley N° 20.417)⁴.

Un control judicial tan amplio como este no sería posible a través de la protección, ya que esta tutela de urgencia no permitiría revisar el mérito de la acción u omisión de la autoridad⁵, en la medida en que el fallo de protección configura una orden “no declarativa”⁶.

Sin embargo, esto no significa que la creación de tribunales especiales y de vías de impugnación más o menos amplias en favor de las personas haya eliminado la posibilidad de recurrir de protección en contra de las decisiones de la Administración. La protección sigue siendo una tutela judicial autónoma y compatible con estas otras vías de control dispuestas en el derecho vigente y, por las razones que se indican a continuación, las discusiones en cuanto al plazo para ejercerla cobran una especial relevancia en este campo.

1. La autonomía de la protección en la justicia administrativa

Tal como se ha dicho, el auge de la justicia administrativa especializada en Chile no ha privado a la protección de su carácter general de “remedio procesal de urgencia”⁷ que puede ser usado en contra de la autoridad en forma “autónoma”⁸, es decir, con independencia de que el ordenamiento jurídico disponga de otras vías para el control judicial de lo resuelto por la Administración. La Tercera Sala de la Corte Suprema, en concreto, ha defendido esta premisa afirmando que esta tutela de urgencia “constituye la aplicación del principio cautelar o principio protector que tiene rango constitucional”⁹.

La ley de procedimientos administrativos de 2003 sirvió, en este sentido, para poner sobre la mesa la cuestión de una posible supletoriedad de la protección en el control de las actuaciones de los órganos públicos al indicar que el reclamo administrativo “interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional” (artículo 54 inciso 2°, Ley N° 19.880)¹⁰, un precepto que pareció ir en contra del texto constitucional de 1980 según el cual la protección

⁴ HUNTER 2021, 118-120.

⁵ Rendón con *Ministerio de Defensa Nacional y Armada de Chile* (2020), c. 14°.

⁶ *Illesca con Gatica* (2021), c. 2°.

⁷ *González con AFP Provida S.A.* (2020) c. 3°.

⁸ *Coronado con Sociedad Austral de Electricidad S.A. y Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2020) c. 5°.

⁹ *Observadores de Derechos Humanos y otros con Carabineros de Chile y otros* (2021) c 23°.

¹⁰ Artículo 54, Ley N° 19.880, de 2003: “Interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquella no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada.

Planteada la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Este volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo.

¹¹ respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión”.

procede “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer [el afectado] ante la autoridad o los tribunales correspondientes” (artículo 20 inciso 1° in fine).

En un primer momento, justamente, la Corte Suprema sostuvo que entre ambas disposiciones había un “conflicto normativo” y que, en virtud de la supremacía constitucional, se debía preferir lo estipulado en el precepto de mayor rango. De este modo, por ejemplo, se resolvió que:

el recurso de protección, resulta totalmente compatible con el ejercicio de cualquier otra acción jurisdiccional y administrativa dirigidas a enervar los efectos nocivos de un acto ilegal o arbitrario, compatibilidad que por su establecimiento de carácter constitucional prevalece respecto de cualquier intento legislativo que pretenda coartar el ejercicio de esta acción suprema¹¹.

Esto significa que lo dispuesto en la ley de procedimientos administrativos debe ser entendido como una opción que tiene el afectado, quien puede elegir entre la vía administrativa respectiva o el ejercicio de una acción judicial¹².

Ahora bien, este reconocimiento de la autonomía de la protección, es decir, de su independencia con respecto a otras vías de control, sean administrativas o judiciales, de las autoridades, no hizo desaparecer del todo la cuestión acerca de si esta tutela judicial debía actuar, en los hechos, como una herramienta residual o supletoria. Uno de los argumentos más utilizados en favor de esta última postura es el de la deferencia técnica que les deben las Cortes a los órganos especializados, sean o no parte de la Administración. La jurisprudencia ha utilizado este criterio, por ejemplo, al decidir que la protección procede en forma residual en los casos de ilegalidades o arbitrariedades en una compra pública porque en estos asuntos tiene competencia un tribunal especial: el Tribunal de la Contratación Pública¹³.

Si bien esta idea de que la protección ha de cumplir un rol supletorio en el control judicial de la Administración tiene larga data; la propuso, por ejemplo, Pedro Pierry en 1977 al señalar que, “en el futuro, previsiblemente, coexistirá una acción contenciosa administrativa, contemplada en la respectiva ley y un recurso de protección para determinadas situaciones”¹⁴, la justicia administrativa en Chile aún se halla fragmentada en un archipiélago de acciones judiciales específicas que se deben interponer ante ciertos tribunales especiales que deciden algunos asuntos contencioso-administrativos¹⁵.

¹¹ *Thunderbird Antofagasta S. A. con Superintendente de Casinos* (2006), c. 12°, 13° y 14°.

¹² FERRADA 2006, 262-264.

¹³ *Constructora Wormer S.A. con Dirección Regional de Arquitectura MOP* (2010) citada en VERGARA 2016, 364.

¹⁴ PIERRY 1977, 157.

¹⁵ LARROUCAU 2020, 243-248.

Este diseño institucional deja un amplio margen abierto para que las personas utilicen la protección en contra de las autoridades en las situaciones en que la ley no ordena una vía de control específica.

Este carácter alternativo de la protección con respecto a las demás vías de control de la autoridad se puede advertir tanto en la propia legislación como en la jurisprudencia. Un ejemplo de lo primero es lo dispuesto por la ley de migración y extranjería de 2021, en donde, salvo en lo que se refiere a la medida de expulsión, los afectados pueden "interponer los recursos establecidos en la ley N° 19.880 [...] sin perjuicio de los demás recursos y acciones judiciales que procedan" (artículo 139, Ley N° 21.325).

En cuanto a la jurisprudencia, en tanto, un considerando habitual en los fallos de protección es el que afirma lo siguiente:

el recurso de protección es procedente sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes; de este modo no cabe sino desestimar la pretensión de inadmisibilidad del mismo, sugerida por la recurrida, fundado en las actuaciones administrativas de la recurrente¹⁶.

Es bajo esta tesis de la autonomía de la protección como tutela judicial de los derechos fundamentales que las discusiones sobre el plazo para recurrir de protección cobran una especial relevancia, ya que a través de ellas es posible acotar o ampliar el control judicial de las autoridades. El principal problema que se advierte a este respecto es que el sistema jurídico chileno no ha regulado esta dimensión del control del poder público, sino que, por el contrario, ha dejado en manos de la jurisprudencia y del Pleno de la Corte Suprema, a través de autos acordados, la creación de reglas que den una misma respuesta a las situaciones que se plantean en la práctica.

II. Los problemas del plazo para recurrir de protección en contra de la autoridad

El análisis de la jurisprudencia chilena sobre el plazo para recurrir de protección en contra de un acto u omisión de la Administración exige distinguir, al menos, cuatro asuntos específicos: su existencia, duración, cómputo e interrupción. Todos ellos deberían ser regulados por la ley, sin embargo, salvo en algunos aspectos específicos, aún no hay reglas legales que aborden estos puntos.

1. La existencia del plazo

Limitar la tutela judicial de los derechos fundamentales a través de un plazo no es una cuestión obvia. De allí que surgiera un voto en la Tercera Sala de la Corte Suprema, suscrito por el ministro Sergio Muñoz y firmado principal-

¹⁶ Salas con Ministerio de Educación (2021), c. 5°.

mente como un voto en contra¹⁷, aunque también se ha repetido como uno de prevención¹⁸, según el cual el “plazo fatal de treinta días corridos” (N° 1, Acta N° 94 de 2015 texto refundido del auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías fundamentales) no es vinculante para las Cortes. Esta falta de obligatoriedad del plazo se fundaría en lo dispuesto en el artículo 8.2 letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 que establece el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” y, además, en el artículo 2.3 letra a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que reconoce específicamente el derecho a un “recurso efectivo” a las personas cuyos derechos o libertades hayan sido violados, ambos tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

De acuerdo con este voto de la Tercera Sala de la Corte Suprema, el plazo señalado en los autos acordados que ha dictado el Pleno de la Corte Suprema desde 1977 para regular el procedimiento por el cual se tramita la protección “no puede restringir el acceso a la justicia de quienes recurren a los tribunales”, de manera que su sola existencia iría en contra del “principio de igualdad ante la ley y la justicia, el de no discriminación y el de dignidad de todas las personas” (Olave y otros con Secretaría Regional Ministerial de Talca, N° 5).

Esta misma tesis fue planteada con anterioridad por una parte de la doctrina constitucionalista chilena. Para Humberto Nogueira, entre otros, “parece ilógico y absurdo” que el amparo o habeas corpus se pueda interponer en cualquier momento mientras exista una vulneración a la libertad personal o a la seguridad individual, mientras que la protección caduca en un plazo tan breve dejando a la persona afectada en la indefensión¹⁹.

En el caso concreto de la protección del artículo 20 de la Constitución de 1980 estos cuestionamientos a la existencia de un plazo son un claro ejemplo de la dualidad cautelar y sumaria que afecta a su tramitación, pues desde un punto de vista estrictamente cautelar debería ser posible recurrir de protección mientras exista un peligro en la demora, tal como ocurre con el habeas corpus que le sirvió de modelo para su creación en los años setenta, ya que en este enfoque el acento está puesto en la tutela de su derecho fundamental. Desde un punto de vista sumario, en cambio, su tramitación se ciñe a la perspectiva de un juicio de cognición, lo que implica pensar en un plazo determinado que resguarde la seguridad jurídica de los intereses de

¹⁷ *Munzenmayer con Banco del Estado de Chile* (2019). En este mismo sentido, *Moya con Universidad Tecnológica de Chile INACAP* (2019); *Jasse con Servicio Agrícola y Ganadero* (2019); *Arévalo con Servicio de Salud Metropolitano Occidente* (2019).

¹⁸ *Olave y otros con Secretaría Regional Ministerial de Talca* (2019).

¹⁹ NOGUEIRA 1999, 176-177.

quien actúa como contraparte²⁰ y también los de aquellos terceros a quienes les puede afectar lo decidido por la Corte²¹.

En este punto es importante resaltar dos cuestiones, una de índole comparada y otra interna al derecho chileno. La primera apunta a que lo dicho recién es un problema común entre los sistemas jurídicos que contemplan una tutela judicial de los derechos fundamentales en su texto constitucional. En Colombia, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional introdujo a fines de la década de los noventa el denominado "principio de inmediatez" para precisar los alcances de la Constitución de 1991 cuando dispuso que la "acción de tutela" procede "en todo momento" para obtener "la protección inmediata" de los derechos fundamentales (artículo 86 inciso 1º). Este "principio de inmediatez" restringió el acceso a la justicia al morigerar el alcance de tales expresiones, pero sin incluir un plazo de caducidad para la acción de tutela, sino que incorporando la idea de un plazo razonable para ejercerla según el caso concreto. En la práctica, esto ha hecho que la extensión del plazo para ejercer la "acción de tutela" oscile desde un par de meses hasta una década completa²².

A diferencia de la caducidad y de la prescripción, la "inmediatez" a la que alude la Corte Constitucional colombiana es "un principio jurídico constitucional de creación jurisprudencial que tiene como objetivo la salvaguarda de la seguridad jurídica y los derechos de terceros al establecer un término razonable para la posibilidad de la protección de los derechos fundamentales mediante la acción de tutela"²³.

En el caso chileno, en tanto, un papel semejante al de la "inmediatez" colombiana ha sido cumplido por la categoría de la "inoportunidad" creada también por la jurisprudencia a propósito del filtro de admisibilidad. En efecto, una protección es inadmisiblesi la Corte no puede adoptar ninguna medida que tutele el derecho fundamental del afectado. Es por ello por lo que, a pesar de que la inoportunidad de la protección "no se encuadre en las hipótesis de inadmisibilidad de la acción [de protección], constituye [un] requisito de procesabilidad de [esta], que torna ilusorio e ineficaz la secuela del procedimiento cautelar impetrado, lo que hace aconsejable no dar curso a la acción"²⁴.

En otras palabras, la protección es inadmisiblesi la Corte perdió la oportunidad de corregir la situación descrita por el afectado, ya sea porque el daño se consumió, o bien, porque la misma persona que privó o perturbó el ejercicio de un derecho fundamental enmendó su conducta o el derecho ya

²⁰ LARROUCAU 2020, 483-500.

²¹ FERRADA 2020, 225.

²² GÓMEZ 2020, 603-609.

²³ GÓMEZ 2020, 629.

²⁴ *Millacura con Consorcio Constructor del Hospital de Quellón S.A. y Servicio de Salud Chiloé* (2020), c. 5º.

ha sido amparado por una medida dictada por otra autoridad. En estos dos últimos supuestos, como se puede ver, el “imperio del derecho” ha sido re-establecido (artículo 20 inciso 1° de la Constitución de 1980).

De un modo semejante al de la “inmediatez” de la jurisprudencia constitucional colombiana, entonces, lo que hace la “inoportunidad” de las Cortes chilenas es aceptar que la tutela judicial de los derechos fundamentales debe tener un plazo cuya extensión se vincula al caso concreto, de modo que podría ser variable.

La segunda cuestión, en tanto, de índole interna, es la que denuncia la inconstitucionalidad de los autos acordados que han contemplado un plazo para recurrir de protección²⁵. A este respecto, es preciso recordar que la Constitución de 1980 no reiteró la facultad que el Acta Constitucional N° 3 de 1976 le dio a la Corte Suprema para regular la forma en que se tramita la protección²⁶, de modo que todos los autos acordados posteriores al de 1977 tendrían “una precaria base jurídica”²⁷, e incluso aquel primer auto acordado que fijó un plazo para recurrir podría haber sido tácitamente derogado por la entrada en vigor del texto constitucional de 1980²⁸.

Debido a que el acceso a la justicia depende, entre otros aspectos, del modo en que se regulan los plazos, es necesario advertir que esta es una cuestión que la Constitución de 1980 parece haber reservado a la ley como parte de la codificación procesal (artículo 63 N° 3). A pesar de ello, el Tribunal Constitucional no ha cuestionado la constitucionalidad de estos autos acordados a la hora de conocer los requerimientos en su contra (artículo 93 N° 2 de la Constitución de 1980 reformado por la Ley N° 20.050 de 2005)²⁹, validando de esta forma el poder del Pleno de la Corte Suprema para decidir varias cuestiones vinculadas al debido proceso y al acceso a la justicia, entre ellas, la existencia y duración del plazo para recurrir en contra de una conducta ilegal o arbitraria³⁰.

Esta interpretación, por lo demás, ha tenido un amplio respaldo en la literatura chilena³¹, la que entiende que la potestad del Pleno de la Corte Suprema para regular los procedimientos judiciales por medio de autos acordados forma parte de la superintendencia directiva, correccional y económica a su cargo, la cual también tiene reconocimiento constitucional (artículo 82 inciso 1° de la Constitución de 1980).

²⁵ MACHADO y FACHIN 2018, 538-540.

²⁶ PRECHT 1992, 53-64.

²⁷ ANDRADES 1998, 123.

²⁸ PINOCHET 2020, 477-483.

²⁹ Tribunal Constitucional (2011), c. 15° a 21°, Tribunal Constitucional (2011), c. 9° a 24°, Tribunal Constitucional (2013), c. 5° a 28°.

³⁰ ZÚÑIGA 2011, 392.

³¹ CHAIGNEAU 1998, 293; PEREIRA 2007, 22; VÁSQUEZ 2010, 207.

2. La extensión del plazo

El texto constitucional de 1980 no contempló un plazo para recurrir de protección, sin perjuicio de lo cual el Pleno de la Corte Suprema fijó uno de quince días (N° 1, auto acordado de 1977), el que amplió a treinta días a fines de los dos mil (I letra a), auto acordado de 2007).

La duración de este plazo casi no ha sido discutida en los proyectos de ley presentados al Congreso para regular la forma en que se tramita esta tutela de urgencia. El proyecto del año 2001, por ejemplo, se limitó a proponer una ampliación del plazo a sesenta días contados desde que cesan los efectos del acto y no desde que se toma conocimiento de su ocurrencia o del cese de sus efectos, además de incluir un plazo especial de seis meses para demandar la indemnización de los perjuicios causados por la privación, perturbación o amenaza del derecho vulnerado (artículo 33, Boletín N° 2809-07).

En la doctrina procesalista, en tanto, también se ha sugerido que, en caso de haber un plazo para recurrir de protección ante una Corte, este no tendría que ser inferior a seis meses³².

Este plazo de seis meses, por lo demás, es el mismo del amparo económico, el cual se cuenta "desde que se hubiere producido la infracción" a derechos que también pueden tutelarse por medio de la protección (artículo único, inciso 3°, Ley N° 18.971 de 1990).

En este plano es posible hacer dos advertencias a la luz del derecho vigente. Por un lado, la extensión del plazo para recurrir de protección oscila dentro de un rango relativamente cercano al que se puede considerar la regla general de los plazos que establece la ley en Chile para las tutelas judiciales: sesenta días. En efecto, en el reclamo tributario, por ejemplo, el contribuyente tiene un plazo fatal de quince días hábiles para ejercer sus derechos (artículo 155 inciso 2° del Código Tributario), en la tutela laboral el plazo para denunciar es de sesenta días contados desde que se produce la vulneración del derecho fundamental (artículo 486 inciso final del Código del Trabajo), ampliable hasta noventa días si el trabajador hizo una denuncia ante la Inspección del Trabajo (artículo 168 inciso final del Código del Trabajo) y en la ley Zamudio, en tanto, la acción o denuncia se debe interponer dentro de noventa días corridos (artículo 5 inciso 1°, Ley N° 20.609 de 2012).

Por otro lado, la segunda advertencia es que se trata de un plazo cuya extensión se puede incrementar judicialmente en casos excepcionales. La Tercera Sala de la Corte Suprema ha reconocido esta posibilidad al señalar que la forma en que se tramita la protección debe gozar "de la necesaria flexibilidad para cumplir, en estas circunstancias extraordinarias, con su fin superior, consistente en otorgar a los justiciables acceso a una tutela judicial

³² PINOCHET 2020, 496-500.

efectiva”³³. De allí que, por ejemplo, en un caso ambiental en que se recurrió de protección por no haberse abierto un proceso de participación ciudadana, dicho tribunal resolvió aumentar el plazo para recurrir de protección invocando una ley dictada al efecto:

encontrándonos dentro de los supuestos contemplados en la ley N° 21.226, en razón de las consecuencias provocadas por la emergencia sanitaria ocasionada por la enfermedad COVID-9, a juicio de estos sentenciadores, se hace necesario en este caso sustraer la interposición del recurso de protección de la aplicación estricta del plazo contenido en el numeral 1° del Acta N° 94-2015, debiendo entenderse en consecuencia que el recurso de protección no es extemporáneo³⁴.

No se trata, en estricto rigor, de una prórroga, pues el plazo aumentado no lo fijó la Corte respectiva y tampoco es necesario que el aumento se pida antes del vencimiento del término (artículo 67 CPC). Tampoco es una ampliación, dado que solo se amplían los plazos legales y este es uno creado por un auto acordado de la Corte Suprema. De allí que se hable de un incremento del plazo y el matiz es relevante porque, en el caso de una prórroga hay un tope legal: el aumento no puede ser superior al propio término contemplado en la ley (artículo 68 CPC).

Esta posibilidad de incrementar la extensión del plazo por una circunstancia extraordinaria también se aplica a la apelación en contra del fallo que declara inadmisibile la protección. En efecto, la resolución que declara esta inadmisibilidad es apelable, en subsidio de la reposición, ante la Corte Suprema, cuya Tercera Sala la decide en cuenta (N° 2, Acta N° 94). En un contexto similar al del fallo anterior, por ejemplo, la Tercera Sala de la Corte Suprema acogió un recurso de hecho y consideró que se justificaba el haber interpuesto la apelación al sexto día, o sea, un día después del vencimiento del plazo por los impedimentos causados por la pandemia del COVID-19³⁵.

Es cierto que en los fallos anteriores las Cortes aplicaron una ley que expresamente respaldaba sus decisiones, la Ley N° 21.226 de 2020, sin embargo, la necesidad de que esta tutela de urgencia se tramite en forma flexible excede a los casos vinculados con la pandemia recién aludida, de modo que la misma solución se podría dar en situaciones análogas. Esto fue lo que condujo a que la jurisprudencia constitucional colombiana, antes citada, acuñara el “principio de inmediatez”, el que permite graduar la extensión del plazo de acuerdo con las circunstancias del caso y es algo que, en el caso chileno, se puede justificar a partir de los fines de la protección, los cuales son “rees-

³³ *Toro con Parodi* (2020), c. 4°. En este mismo sentido, *Tapia con Servicio Agrícola y Ganadero* (2021), c. 4°.

³⁴ *Toro con Parodi* (2020), c. 5°.

³⁵ *Cid con Municipalidad de Los Ángeles* (2020) c. 3°.

tablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado" (artículo 20 inciso 1° de la Constitución de 1980)³⁶.

Cabe añadir, a su vez, que el auto acordado que regula la forma en que se tramitan las protecciones solo indica que el plazo para recurrir es uno "fatal de treinta días corridos" (N° 1, Acta N° 94), algo que coincide con el plazo de "días corridos" de la ley Zamudio (artículo 5 inciso 1°, Ley N° 20.609 de 2012), pero que difiere del plazo de "días hábiles" del reclamo tributario (artículo 155 inciso 2° del Código Tributario), para citar dos de las tutelas judiciales similares a la protección.

Para los demás plazos, en tanto, no hay una regla especial en el auto acordado que regula su tramitación, de modo que se debe concluir que se trata de plazos discontinuos por aplicación del Libro I del Código de Procedimiento Civil de 1903 (artículos 59, 64 y 66 CPC) y no de uno continuo como resultaría de aplicar supletoriamente el Código Civil de 1857 (artículo 50)³⁷. Por ende, no se cuentan los días domingo y los feriados durante el tiempo en que se tramita esta tutela de urgencia.

Por último, con el fin de dar certeza en cuanto al cómputo del plazo algunas leyes que contemplan una tutela judicial de los derechos fundamentales han fijado una extensión máxima para este. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la acción de no discriminación arbitraria de la ley Zamudio la que en ningún caso se puede ejercer después de un año de "acontecida dicha acción u omisión" (artículo 5 inciso 1°, Ley N° 20.609). No obstante, con el fin de asegurar el acceso a la justicia de quienes han sido discriminados la jurisprudencia reconoce que este plazo se interrumpe desde que se interpone la acción, aunque aún no se haya notificado³⁸ y, a nivel legislativo, hay un proyecto de ley que se presentó al Congreso en 2020 para eliminar dicho límite y, de paso, aumentar a cuatro años el plazo para ejercer esta acción de no discriminación arbitraria (Boletín N° 13867-17).

Se vuelve evidente, entonces, que la tensión entre promover el acceso a la justicia y resguardar la seguridad jurídica que atraviesa todas las discusiones relevantes en torno al plazo para recurrir de protección también alcanza a las demás formas de tutela judicial de los derechos fundamentales. Es por ello por lo que, al igual que en los demás casos como el reclamo tributario, la tutela laboral o la ley Zamudio, tratándose de la protección estas reglas tienen que estar en la ley y no en autos acordados.

3. El inicio del cómputo del plazo

El auto acordado de 1977 no señaló una fórmula para computar el inicio del plazo cuando se recurre de protección, algo que fue corregido más adelante, en el auto acordado de 1992, "producto de la experiencia jurisprudencial,

³⁶ VERGARA 1992, 74.

³⁷ VERGARA 2017, 520.

³⁸ DÍAZ DE VALDÉS 2017, 480.

especialmente en materia administrativa, donde no siempre los actos de la administración eran conocidos oportunamente por los afectados³⁹.

Se trata, sin lugar a duda, del problema ligado al plazo para recurrir de protección que mayor debate ha generado dentro de la justicia administrativa chilena.

De acuerdo con el auto acordado del año 2015, vigente hasta la fecha, el plazo para interponer la protección se cuenta "desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos" (N° 1, Acta N° 94).

Esta fórmula fue ideada por el Pleno de la Corte Suprema en el auto acordado de 1992 y actualmente guarda semejanza con la que ha usado el Congreso al regular otras tutelas judiciales de los derechos fundamentales como, por ejemplo, el reclamo tributario en donde el plazo se cuenta "desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, o desde que se haya tenido conocimiento cierto de los mismos" (artículo 155 inciso 2° del Código Tributario).

En el ámbito de la Administración, en concreto, esta fórmula ha permitido distinguir dos tipos de casos: aquellos en los que hay certeza en cuanto al inicio del cómputo y los casos en que esto aún se discute. En el grupo de los casos en donde hay claridad en cuanto al inicio del cómputo se pueden citar, por ejemplo, aquel en que se recurre de protección en contra de la dictación de un reglamento, ya que allí el plazo se cuenta desde su publicación en el Diario Oficial (artículo 48 letra a), Ley N° 19.880⁴⁰, salvo que el propio reglamento contenga una regla que difiera su entrada en vigor, y el caso en que el afectado reclama ante la autoridad por un acto u omisión, en donde el plazo para recurrir se cuenta desde la fecha en que la autoridad rechaza el reclamo⁴¹, pues, tal como se verá en el apartado siguiente, este reclamo interrumpe el plazo para recurrir de protección, "volviéndose a contar el mismo desde la fecha en que se notifique el acto que lo resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo"⁴².

Para hacer frente a las situaciones abiertas a debate, en tanto, ha sido preciso introducir varias distinciones dogmáticas⁴³. La principal de ellas es la que distingue entre aquellos actos administrativos que son terminales o decisorios (y que admiten un reclamo ante la propia Administración) y aquellas actuaciones compuestas por una serie de actos intermedios o preparatorios, siendo uno de ellos ilegal o arbitrario⁴⁴.

³⁹ NOGUEIRA 1999, 163.

⁴⁰ HUMERES 2017, 161.

⁴¹ *Andaur con Contraloría General de la República y otros* (2018) c. 5°.

⁴² *Cretton con Comisión Médica Central* (2016) c. 2°.

⁴³ VERGARA 1992, 75-78.

⁴⁴ LEPPE 2013, 562-568.

A partir de este binomio la jurisprudencia ha usado el criterio objetivo de la ejecución, de modo que el cómputo del plazo para recurrir de protección se inicia una vez agotados los reclamos ante la autoridad, o bien, una vez que han concluido los actos preparatorios del mismo procedimiento administrativo⁴⁵. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el plazo para recurrir por un rechazo de una licencia médica, el cual se cuenta desde “la resolución terminal del procedimiento de revisión administrativo de lo decidido”⁴⁶ y con los sumarios administrativos en curso, en donde, tal como lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Concepción:

atendido que el sumario se encuentra en tramitación, si el recurrente tiene algún reparo respecto de la vulneración de garantías procedimentales, aquello no constituye una afectación susceptible de esta acción cautelar por tratarse de actos intermedios, que no vulneran garantías constitucionales de un modo independiente a la resolución final⁴⁷.

En otras palabras, “no resulta procedente ejercer la acción constitucional de protección, cuando lo pretendido es la impugnación de actos intermedios que, por tanto, no contienen una decisión definitiva y forman parte de un procedimiento complejo”⁴⁸.

Sin embargo, la jurisprudencia también ha admitido, aunque de forma excepcional, que se recurra de protección en contra de actos intermedios o preparatorios cuando estos provocan una “vulneración evidente” del derecho fundamental. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso de una funcionaria suspendida de sus labores por un “acto trámite” porque si bien la suspensión:

fue decretada a título de medida cautelar, en el marco de un sumario administrativo que se sigue en su contra y que aún no cuenta con una decisión final, no es posible soslayar que tal suspensión se dispuso a casi un año y medio de iniciada la investigación, circunstancia que la torna en arbitraria e ilegal, por cuanto no es posible entender de qué forma los presupuestos que motivan la necesidad de cautela solamente se dan en esta oportunidad y no se verificaron en el largo período durante el cual se ha extendido el procedimiento⁴⁹.

Debido a que es importante para definir el inicio del cómputo del plazo “el acto que el recurrente fija como constitutivo del actuar inconstitucional”⁵⁰, es preciso tener en cuenta la posibilidad real del afectado de identificar dicho acto y poder recurrir en su contra. En el caso de un funcionario que reclamó que no se le había pagado el sueldo de julio y que interpuso la protección en noviembre del mismo año, por ejemplo, la Corte de Apelaciones

⁴⁵ PINOCHET 2020, 504-516.

⁴⁶ *Reyes con Superintendencia de Seguridad Social* (2021) c. 2°.

⁴⁷ *Martínez con Corporación de Asistencia Judicial de la Región del Biobío* (2020) c. 9°.

⁴⁸ *Delgado con Álvarez* (2021) c. 2°.

⁴⁹ *Dimitstein con Hermosilla* (2020) c. 6°.

⁵⁰ *González con AFP Provida S.A.* (2020) c. 4°.

de Temuco la rechazó por extemporánea al estimar que el funcionario estaba en condiciones de haber recurrido antes:

El plazo para presentar el recurso de protección se debe contar desde que se pudo deducir la acción constitucional, ya que lo contrario vendría significar que la acción en comento jamás caduca, por cuanto el efecto podrá no cesar jamás, lo que en caso alguno resulta admisible⁵¹.

Por otro lado, si el afectado por la decisión interpone varios reclamos administrativos en contra de la autoridad, el plazo para recurrir de protección se cuenta desde que el órgano o el servicio público decide el último de estos⁵².

En el caso de las conductas que producen efectos permanentes, en tanto, la jurisprudencia concluyó que el plazo se cuenta desde "el último acto perturbador"⁵³, ya que estas vulneraciones, "al renovarse continuamente, hacen que vaya también renovándose el plazo para recurrir de protección"⁵⁴. Esto es lo que ocurre con la contaminación ambiental y la vulneración del derecho a vivir en un medio ambiente sano.

Este dinamismo que revela el estudio del inicio del cómputo del plazo para recurrir de protección en contra de la autoridad ha sido reconocido expresamente por la Corte Suprema al sostener que:

los términos 'acto' y 'efectos' que se emplean en el artículo 1° del Auto Acordado, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consisten, en sus primeras acepciones, en el 'resultado de hacer' y en 'aquello que sigue por virtud de una causa', esto es, dan cuenta de un concepto dinámico y no estático de acción, y se refieren tanto a la ejecución concreta como a las consecuencias de un acto causante de una efectiva modificación en el estado de cosas preexistente que sigue a su realización con relevancia en el plano jurídico; no obstante, para que sea objeto de imputación, no es suficiente que el acto y su efecto quebranten el ordenamiento jurídico, es necesario además que se manifiesten contrarios o perjudiciales al derecho del reclamante⁵⁵.

En lo que respecta a las omisiones, finalmente, es preciso distinguir los casos en que la autoridad debe actuar dentro un plazo determinado de aquellos en que no tiene un plazo específico para hacerlo. En relación con estos últimos, se ha propuesto entender que "la omisión es, por regla general, de efectos permanentes" de modo que el plazo para recurrir solo se empieza a contar a partir del rechazo de la autoridad a lo que pide el afectado⁵⁶.

⁵¹ *Miranda con Ejército de Chile* (2021), c. 4°.

⁵² *Farmacias Cruz Verde S.A. con Superintendencia de Salud* (2019), c. 5°.

⁵³ NAVARRO 1993, 598.

⁵⁴ BERTELSEN 1998, 152.

⁵⁵ *Galaz con Director Nacional de Gendarmería de Chile* (2017), c. 15°.

⁵⁶ TAVOLARI 1990, 14.

Lo dicho hasta aquí se puede abarcar, a modo de resumen, con la clasificación que distingue entre actuaciones materiales y jurídicas, en donde el plazo para recurrir por un hecho material comienza a correr desde su ejecución o bien, si se trata de varias actuaciones, desde la última; en tanto que, respecto de los hechos jurídicos, el plazo para recurrir se cuenta desde su publicación o notificación, o bien, si se trata de actuaciones que no se publican o notifican, desde que el afectado toma conocimiento de esta⁵⁷.

Este acervo jurisprudencial es lo suficientemente denso y refinado para que, a estas alturas, la ley lo positive de modo que el inicio del cómputo del plazo sea una cuestión previsible en todas las situaciones en que se recurre en contra de una autoridad.

4. La interrupción del plazo

Tal como se dijo, la persona afectada por una acción u omisión de una autoridad puede elegir entre recurrir de protección o hacer uso de otras vías de control, tanto judiciales como administrativas. En este sentido, la autonomía de la protección se traduce en un derecho de opción que depende de la voluntad del afectado. De allí que sea necesario morigerar lo afirmado por la Tercera Sala de la Corte Suprema en cuanto a que:

el amparo que asegura la acción constitucional deducida, no es condicional, ni accesorio, no puede interrumpirse, ni suspenderse en modo alguno, puesto que el texto del precepto busca como objetivo básico el poner pronto remedio, frente a los efectos que puede ocasionar, a un derecho relevante y esencial de toda persona, un acto que prima facie, puede reputarse como arbitrario o ilegal y que prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio de tal derecho⁵⁸.

Aquí el razonamiento del tribunal da un salto que no se sostiene, ya que el hecho de que una tutela judicial sea independiente o autónoma (la protección “no es condicional, ni accesorio”) no implica que la ley no pueda establecer formas de interrupción o de suspensión del plazo cuando hay un término dentro del cual ejercerla. Esto fue precisamente lo que hizo la ley de 2003 al señalar que “planteada la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional” (artículo 54 inciso 2°, Ley N° 19.880).

En lo que sí acierta por completo la Tercera Sala de la Corte Suprema es en la exigencia de que haya una identidad en cuanto al contenido argumentativo del reclamo y el de la protección:

al haberse interpuesto la acción constitucional de protección respecto de la resolución que rechazó el recurso de revisión administrativo –cuya interposición interrumpió el plazo para ejercer la acción jurisdiccional–,

⁵⁷ HERNÁNDEZ 2020, 456.

⁵⁸ *Espinoza con Subsecretaría de Pesca y Acuicultura* (2020), c. 7°.

la recurrente debió necesariamente fundar su libelo en los mismos argumentos que aludió en su impugnación administrativa⁵⁹.

Dicho de otra manera, para que un reclamo administrativo ejercido en forma previa interrumpa el plazo para recurrir de protección en contra de una decisión de la autoridad es preciso que ambas actuaciones tengan un mismo fundamento o apelen a “los mismos argumentos”.

Esto muestra que es significativo detenerse a sopesar el contenido de ambas actuaciones, así como el orden en que tienen lugar. En efecto, si la persona decide recurrir de protección en primer lugar y, con posterioridad, reclamar ante la autoridad, entonces obviamente que el plazo para recurrir no se interrumpe de ningún modo. En este escenario lo único que se discute es lo que puede hacer el órgano o el servicio público con el reclamo posterior. La Corte Suprema, por ejemplo, ha resuelto que en un supuesto como este la autoridad debe inhibirse de conocer el reclamo⁶⁰, salvo en lo que se refiere a cumplir con los deberes que la ley le impone en favor del afectado⁶¹. Esta misma solución se encuentra expresamente en la ley de migración y extranjería que ordena al órgano administrativo inhibirse de conocer el asunto cuando este ya ha sido judicializado (artículo 142 inciso 1°, Ley N° 21.325).

Algo semejante debería ocurrir si quien recurre es alguien distinto al que reclamó ante la autoridad cuando ambas actuaciones versan sobre el mismo asunto de un modo tal que pueden considerarse “situaciones equivalentes”⁶². Si no son equivalentes, en cambio, la autoridad debe resolver el reclamo, aunque el afectado recurra de protección al mismo tiempo por los mismos hechos⁶³.

Este tipo de situaciones, por lo demás, son las que reflotan la pregunta por el grado de deferencia que deben tener las Cortes con la autoridad que tomó la decisión impugnada, sobre todo si existe un reclamo pendiente ante la misma Administración. La Tercera Sala de la Corte Suprema, por ejemplo, acogió una protección confirmando el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción con una “declaración” en cuanto a que se acogía esta tutela de urgencia con el único fin de suspender los efectos del acto cuestionado, una resolución del Servicio de Salud de Concepción que dejó sin efecto una licitación, hasta que el reclamo con respecto a las bases de licitación fuese resuelto por el Tribunal de Contratación Pública⁶⁴, que es el que tiene un mayor dominio técnico sobre el asunto.

⁵⁹ *Quilcat con Subsecretaría del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública* (2015), c. 5°.

⁶⁰ SOTO 2017, 508-511.

⁶¹ *Sánchez y otros con Director ejecutivo de evaluación ambiental* (2016), c. 21° y 22° analizada en RIESTRA 2017, 269-272.

⁶² RIESTRA 2017, 272.

⁶³ *Santelices y otros con Ilustre Municipalidad de Ñuñoa y otros* (2015), c. 5°.

⁶⁴ *General Electric International Inc. Agencia en Chile con Servicio de Salud de Concepción* (2021).

Todo lo dicho hasta aquí no asegura, sin embargo, que en algunos casos excepcionales las Cortes no rechacen la protección al no haberse agotado la vía administrativa en forma previa. Esto ocurrió, por ejemplo, en el caso de una estudiante que no pudo rendir la prueba de matemática en el proceso de ingreso a la universidad debido a las protestas que se realizaron ese día, siendo, además, sancionada por no devolver el facsímil antes de rendir la prueba en la nueva fecha. Su protección fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso debido a que la estudiante no apeló ante la autoridad por la sanción recibida lo que haría que el actuar de la recurrida no pudiese ser calificado de arbitrario ni ilegal⁶⁵.

Ahora bien, cabe reparar en que la ley de procedimientos administrativos de 2003 introdujo una interrupción del plazo, no una suspensión del mismo, de modo que, si la autoridad rechaza el reclamo, el plazo para recurrir de protección podría hallarse prescrito (artículo 2503 inciso final del Código Civil). La tutela laboral, por ejemplo, eliminó expresamente este riesgo al señalar que el reclamo ante la Inspección del Trabajo suspende el plazo para demandar al empleador (artículo 486 inciso final del Código del Trabajo).

En el ámbito administrativo, en tanto, tuvo que ser la propia ley que dispuso la interrupción la que precisase que el plazo “volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo” (artículo 54 inciso 2º, Ley N° 19.880), evitando con ello el peligro de que el plazo para recurrir estuviere prescrito una vez que la autoridad rechazase el reclamo⁶⁶.

La jurisprudencia, por lo demás, ha sido rigurosamente estable a la hora de reconocer que esta interrupción suspende el cómputo del plazo⁶⁷, en una interpretación que se mantuvo invariable en la Tercera Sala de la Corte Suprema a lo largo de toda la década pasada⁶⁸.

III. El desafío legal de equilibrar el acceso a la justicia y la seguridad jurídica

Los cuatro problemas que se acaban de analizar muestran lo imprescindible que es una adecuada técnica regulatoria que logre equilibrar las exigencias de acceso a la justicia y seguridad jurídica comprometidas en el control judicial de las autoridades a través de una tutela de urgencia.

En el caso de la protección, en concreto, la existencia de un plazo “fatal” para recurrir (N° 1, Acta N° 94) genera otra cuestión discutible porque se trataría de una especie de caducidad del derecho fundamental⁶⁹, algo que

⁶⁵ Agüero con *Departamento de Evaluación, Medición y Registro Educacional* (2020), c. 9º.

⁶⁶ VERGARA 2017, 524-531.

⁶⁷ Oyarzún con *Intendente de la Región de Valparaíso y Contralor Regional de Valparaíso* (2020), c. 5º.

⁶⁸ VERGARA 2019, 31-32 y 64-65; VERGARA 2020, 257 y 268; VERGARA 2021, 304 y 314.

⁶⁹ SCHIESSLER 1982, 358.

resulta completamente anómalo dado el compromiso estatal de resguardar estos derechos. Dicha conclusión en cuanto a que el derecho fundamental podría caducar se vio reforzada, además, con la creación en 1998 de la potestad de la Corte de Apelaciones para declarar inadmisibles la protección cuando “es extemporánea” (N° 2 inciso 2°, Acta N° 94)⁷⁰.

Por otro lado, si se considera que el plazo para recurrir es uno de caducidad, entonces no se podría suspender, ni interrumpir, algo que contradice abiertamente lo recién señalado a propósito de los reclamos administrativos y la interrupción con efecto suspensivo establecida en 2003.

Este nuevo ejemplo muestra que los desafíos dogmáticos en torno a este plazo no se agotan en los ya examinados, sino que se proyectan en varias direcciones. Uno de los menos atendidos es la creación de plazos judiciales para efectos de cumplir con lo resuelto por las Cortes. Un caso que ilustra esta práctica es el plazo que le impuso la Corte Suprema al Ministerio de Relaciones Exteriores al acoger una protección interpuesta por dos personas cuyas solicitudes de visa de responsabilidad democrática fueron rechazadas por medio de una simple respuesta genérica, imponiéndole a la autoridad la obligación de pronunciarse motivadamente sobre dichas solicitudes dentro de un plazo de noventa días contados desde la fecha de dictación del fallo de protección⁷¹.

En el sistema jurídico francés, por ejemplo, los jueces civiles pueden fijar plazos para “el buen desarrollo del proceso” (artículo 3 del Code de Procédure Civile francés de 1976) “en función de su naturaleza, su urgencia y su complejidad” (artículo 764, Code de Procédure Civile), pero esta facultad aún es ajena a la tradición de la justicia ordinaria chilena, de modo que los plazos creados por las Cortes para que se cumpla lo resuelto pueden ser vistos como otra forma de intentar flexibilizar el diseño procesal vigente en aras de una tutela judicial efectiva. De hecho, la segunda indicación sustitutiva al proyecto de 2001 para regular la forma en que se tramita la protección propuso que el fallo se cumpla “sin demora o en el plazo que la Corte determine” (artículo 50 inciso 1°, Oficio N° 14926 de 2019), modificando, de esta manera, la propuesta de la primera indicación sustitutiva al mismo proyecto que se limitó a señalar que el fallo se cumpliera “sin demora” (artículo 58 inciso 1°, Cámara de Diputados, Legislatura 356ª, Sesión 103ª, 18 de noviembre de 2008).

De todos modos, ha sido dentro de la propia justicia administrativa que la discusión dogmática sobre los plazos ha recibido una atención mayor, tal como lo revela el intenso debate sobre el “decaimiento” del plazo en los procedimientos administrativos. En atención a que este no es el lugar para abordar dicho asunto, baste con mencionar que las posturas que lo animan también responden a la tensión entre acceso a la justicia y seguridad jurídica que opera como telón de fondo de los problemas sobre el plazo para recurrir

⁷⁰ LATORRE 2007, 208.

⁷¹ Arenas y Arenas con *Ministerio de Relaciones Exteriores* (2021).

de protección. En efecto, cuando la Tercera Sala de la Corte Suprema esgrime la tesis del “decaimiento” para sostener que la autoridad tiene, por ejemplo, dos años para actuar, lo que hace es velar por la seguridad jurídica de quien podría haber sido sancionado, esgrimiendo una pérdida de legitimidad del acto sancionatorio y una sanción a la pasividad de la autoridad⁷².

La tesis del “decaimiento” es polémica porque, a diferencia de lo que hizo la Constitución de 1980 con la protección de su artículo 20, la ley de procedimientos administrativos contiene reglas expresas que permiten afirmar que sí hay plazos fatales para las autoridades (artículos 7, 23, 24 y 27, Ley N° 19.880)⁷³, de modo que una lectura más atenta a dicha ley permite concluir que, si se trata de un procedimiento iniciado de oficio, el plazo que produce su ineficacia de pleno derecho es el de seis meses (artículos 27 y 65 inciso 1°, Ley N° 19880), mientras que, si se trata de uno iniciado a petición de parte la demora de la autoridad configura una omisión ilegal que puede dar lugar a una responsabilidad por falta de servicio y, en su caso, al silencio positivo (artículo 64, Ley N° 19.880)⁷⁴.

La Tercera Sala de la Corte Suprema, en cambio, sigue acudiendo a la tesis del “decaimiento” en los procedimientos en que una autoridad puede ejercer su potestad sancionadora cuando la ley no indica un plazo determinado en que se debe tomar esta decisión⁷⁵. Con esto la jurisprudencia busca dar seguridad en cuanto a que tal procedimiento concluirá en forma oportuna⁷⁶, usando “los plazos que el derecho administrativo contempla para situaciones que puedan asimilarse”⁷⁷. Para el plazo de dos años, por ejemplo, se toma como referente el de la potestad invalidatoria (artículo 53, Ley N° 19.880).

Por último, junto a este debate sobre el “decaimiento” cabe mencionar otra discusión práctica en cuanto a si los plazos en las actuaciones administrativas finalizaban con el cierre del horario de atención a público de la oficina respectiva, o bien, a la medianoche del último día por aplicación del Código Civil (artículos 48, 49 y 50). Tal discusión es interesante en la medida en que refleja un desfase entre la interpretación administrativa que elaboró la Contraloría General de la República a mediados del siglo XX y la posibilidad que surgió más tarde en cuanto al empleo de medios electrónicos para actuar en el último día del plazo una vez cerrada la oficina pública⁷⁸.

⁷² VALDIVIA y BLAKE 2015, 99-118.

⁷³ VERGARA 2017, 81-110.

⁷⁴ VERGARA 2018, 172-182.

⁷⁵ *Fierro con Policía de Investigaciones de Chile* (2021), c. 8°.

⁷⁶ *CM Antofagasta S.A. con Superintendencia de Salud* (2021), c. 4°.

⁷⁷ *Subdirector de Obras de la Municipalidad de Ñuñoa con Alcalde de la Municipalidad de Ñuñoa* (2020), c. 5°. En este mismo sentido, *Instituto de Diagnóstico S.A., Clínica Indisa con Intendencia de Prestadores de Salud* (2020), c. 5°.

⁷⁸ QUEZADA 2016, 190-203.

Este es un ejemplo simple, aunque elocuente, de un caso en que el uso de la tecnología ha permitido ampliar el acceso a la justicia de las personas sin sacrificar la seguridad jurídica.

Solo para concluir, agrego un ejemplo más que reitera el desafío de regular el plazo de un modo tal que no se renuncie a ninguno de los valores comprometidos: la adhesión a la protección. Esta es una práctica cuya aceptación por parte de las Cortes ha servido como una forma de incrementar el plazo para recurrir de protección por parte de quien no lo hizo a tiempo, ya que este no se cuenta desde el momento en que se interpuso la protección a la cual se adhiere, sino de manera independiente⁷⁹, lo que favorece el acceso a la justicia del adherente, pero puede mermar la seguridad jurídica de aquel en contra de quien se recurre. De allí que esta figura también debería estar incluida expresamente en la ley que dicte el Congreso para regular la tramitación de esta tutela de urgencia.

Conclusiones

El plazo para recurrir de protección en contra de la Administración del Estado es un aspecto crítico en el diseño de una tutela judicial de los derechos fundamentales que proceda en contra de las autoridades. Su regulación puede ampliar o restringir el control judicial del poder, por lo que sus reglas deben estar establecidas claramente.

Este artículo identifica los principales problemas dogmáticos del plazo para recurrir de protección de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución de 1980, esto es, la existencia de un plazo, su extensión, el inicio del cómputo y su interrupción. Lo que atraviesa a todas estas discusiones es la tensión entre asegurar el acceso a la justicia y garantizar la seguridad jurídica.

Las principales conclusiones dogmáticas que arroja este estudio son las siguientes:

1. En el artículo 20 de la Constitución de 1980 no se indica un plazo dentro del cual recurrir de protección, pero los autos acordados dictados por el Pleno de la Corte Suprema a partir del año 1977 determinan uno, el que actualmente es de treinta días. Dicha circunstancia ha dado pie a un cuestionamiento minoritario dentro de la justicia ordinaria, en algunos votos de minoría y votos de prevención dentro de la Tercera Sala de la Corte Suprema, en cuanto a si este plazo puede limitar el compromiso de proteger los derechos fundamentales al servir de base para que la Corte respectiva declare inadmisibles una protección cuando es extemporánea.

A este respecto, cabe indicar que la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Constitucional dictada desde mediados de los dos mil hasta la fecha, con el amplio respaldo de una parte significativa de la dogmática, tanto en estudios de derecho constitucional como de derecho administrativo y de derecho

⁷⁹ MOSQUERA y MATURANA 2010, 419.

procesal, reconoce la legitimidad del auto acordado que regula la forma en que se tramita la protección, ya que la potestad de dictar autos acordados se funda en la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema (artículo 82 inciso 1° de la Constitución de 1980), lo que le da al plazo para recurrir de protección un fundamento constitucional.

Debido a que el auto acordado que establece este plazo es uno "de carácter y aplicación general", en tanto, el único requisito legal que debe cumplir es que se publique en el Diario Oficial (art. 96 inciso final Código Orgánico de Tribunales), lo que siempre ha ocurrido con los autos acordados que han regulado el modo en que se tramita la protección, tanto en 1977 (Diario Oficial, 2 de abril) como en 1992 (Diario Oficial, 27 de junio), 1998 (Diario Oficial, 9 de junio), 2007 (Diario Oficial, 8 de junio) y 2015 (Diario Oficial, 28 de junio).

2. Ni los autos acordados de la Corte Suprema, ni la jurisprudencia, han contemplado la posibilidad de que exista un límite máximo dentro del cual recurrir de protección, como sí es el caso, por ejemplo, de la acción de no discriminación arbitraria de la ley Zamudio (artículo 5 inciso 1°, Ley N° 20.609).

3. En cuanto a la extensión del plazo, la práctica judicial revela una similitud entre la "inmediatez" de la jurisprudencia constitucional colombiana y la "inoportunidad" invocada por las Cortes en el filtro de admisibilidad, pues, en ambos casos se trata de incorporar un criterio de origen judicial que conecte la vigencia del plazo con el caso concreto y module, de este modo, su extensión. El mejor fundamento que pueden hallar las Cortes para justificar esta flexibilidad en cuanto a la duración del plazo son los fines de la protección, esto es, considerar vigente la posibilidad de recurrir mientras ello sea necesario para "reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado" (artículo 20 inciso 1° de la Constitución de 1980).

4. La extensión del plazo para recurrir de protección, además, guarda una relativa proximidad con el que parece ser el plazo promedio para ejercer una tutela judicial en el ámbito de la litigación civil chilena: sesenta días, aunque entre ellos es posible distinguir plazos discontinuos y otros de días "corridos".

5. Una vez que se recurre de protección los plazos que rigen durante su tramitación no son de días "corridos", sino discontinuos por aplicación del Libro I del Código de Procedimiento Civil de 1903 (artículos 59, 64 y 66 CPC). Por ende, no se cuentan los días domingo y los feriados durante el tiempo en que se tramita esta tutela de urgencia.

6. En cuanto al inicio del cómputo, recién el auto acordado de 1992 corrigió el silencio del de 1977 que no indicó nada al respecto. El rol de la jurisprudencia ha sido clave a la hora de distinguir las diversas situaciones que se pueden producir en este plano, especialmente en relación con los reclamos previos, coetáneos o posteriores que el afectado puede hacer valer ante la

propia Administración. En este sentido, es preciso distinguir entre acciones y omisiones, entre actos terminales e intermedios, así como entre actuaciones materiales y jurídicas, en donde el plazo para recurrir por un hecho material comienza a correr desde su ejecución o bien, si se trata de varias actuaciones, desde la última; en tanto que, respecto de los hechos jurídicos, el plazo para recurrir se cuenta desde su publicación o notificación, o bien, si se trata de actuaciones que no se publican o notifican, desde que el afectado toma conocimiento de esta.

7. En lo que respecta al cuarto problema analizado, finalmente, el de la interrupción del plazo, este no solo vuelve a dejar en evidencia que la protección es una tutela judicial que opera en forma autónoma, sino que también pone de manifiesto una desprolijidad en la técnica legislativa de la ley que reguló las bases de los procedimientos administrativos, la cual, en vez de contemplar una interrupción con efectos suspensivos (artículo 54 inciso 2°, Ley N° 19.880), pudo haber dispuesto simplemente que el reclamo administrativo suspende el ejercicio de las acciones judiciales, para evitar el riesgo de prescripción en el caso de que la autoridad haya rechazado el reclamo previo.

Este acervo de categorías dogmáticas ha sido creado fundamentalmente por el trabajo de las Cortes y de la academia, cuyos esfuerzos permiten identificar la regla general en cada una de estas dimensiones y sus respectivas excepciones, de modo que debe ser tenido en cuenta por la ley que dicte el Congreso para regular la tramitación de esta tutela de urgencia.

Esta tramitación debe ser flexible, ya que la ductilidad es necesaria para reconocer los matices en las acciones y omisiones que vulneran los derechos fundamentales. Las más de cuatro décadas de jurisprudencia sobre el plazo para recurrir de protección aportan una experiencia valiosa en este sentido, la cual debe ser tenida en cuenta para avanzar hacia un modelo mejor de control judicial del poder.

Bibliografía citada

- ANDRADES RIVAS, Eduardo (1998). Algunos comentarios al nuevo auto acordado sobre tramitación del recurso de protección. *Revista Chilena de Derecho, número especial*, 121-125.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl (1998). El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho*, 25(1), 139-174.
- CHAIGNEAU DEL CAMPO, Alberto (1998). La Corte Suprema y sus competencias. *Ius et Praxis*, 4(1), 235-242.
- DÍAZ DE VALDÉS, José (2017). Cuatro años de la ley Zamudio: Análisis crítico de su jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, 15(2), 447-488.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2020). *Justicia administrativa*. DER Ediciones.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2006). Sentencia sobre interpretación del art. 54 LBPA que establece la interrupción de los plazos judiciales mientras se resuelven recursos administrativos interpuestos previamente (Corte Suprema). *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 19(2), 257-264.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, Diego (2020). Distinciones sobre caducidad y prescripción en relación con el principio de inmediatez en la acción de tutela. *Revista de la Facultad de Derecho de México* (278), 601-632.

- GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005). *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Ediciones Universidad Diego Portales.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2020). Recurso de protección. Günther Besser et al. (Coord.), *Procedimientos civiles especiales* (451-460). Thomson Reuters.
- HUMERES RIVERA, Nicolás (2017). La potestad reglamentaria y su control judicial: recurso de protección e inaplicación de normas administrativas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (24), 157-179.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2021). Legalidad y oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en material ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 54, 95-125.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2020). La dualidad cautelar y sumaria de la protección de derechos fundamentales. *Revista Chilena de Derecho*, 47(2), 479-511.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2020). *Judicatura*. DER Ediciones.
- LATORRE FLORIDO, Cecilia (2007). *Recurso de protección y debido proceso. Análisis jurisprudencial*. Editorial Metropolitana.
- LEPPE GUZMÁN, Juan Pablo (2013). Actos intermedios y recurso de protección ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 41, 561-574.
- MACHADO, Priscila y FACHIN, Zulmar (2018). El recurso de protección y su problemática actual en el derecho chileno. *Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 10(19), 523-544.
- MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián (2010). *Los recursos procesales*. Editorial Jurídica de Chile.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (1993). Recurso de protección y derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. *Revista Chilena de Derecho*, 20, 595-601.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999). El recurso de protección en Chile. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (3), 157-179.
- PEREIRA ANABALÓN, Hugo (2007). Los autos acordados. *Gaceta Jurídica* (327), 19-28.
- PIERRY ARRAU, Pedro (1977). El recurso de protección y lo contencioso administrativo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1, 153-173.
- PINOCHET CANTWELL, Francisco (2020). *El recurso de protección. Estudio profundizado. Actualización sobre sus orígenes, evolución, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado* (2ª ed.). Editorial El Jurista.
- PRECHT PIZARRO, Jorge (1992). La supremacía constitucional y los autos-acordados. *Revista de Derecho de la Universidad Austral* 3(1-2), 53-64.
- QUEZADA RODRÍGUEZ, Flavio (2016). El término de los plazos administrativos: Análisis crítico de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República. *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso) (69), 189-221.
- RIESTRA LÓPEZ, Sebastián (2017). Comentario de jurisprudencia. Sobre el deber de inhibición de la Administración del Estado ante la judicialización de asuntos sometidos a su conocimiento. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (242), 269-272.
- SCHIESSLER QUEZADA, Guillermo (1982). Algunas cuestiones relativas al recurso de protección. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 6, 353-368.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2017). La acción declarativa de mera certeza, un muy útil mecanismo procesal para hacer frente a la administración del Estado. En Diego Palomo (Dir.), Jordi Delgado y Raúl Núñez (Coords.), *Recursos procesales. Problemas actuales* (503-514). DER Ediciones.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1982). *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia* Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (1990). Retrospectiva jurisprudencial del recurso de protección. *Estudios de derecho procesal* (9-31). EDEVAL.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel y BLAKE BENÍTEZ, Tomás (2015). El decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio ante el derecho administrativo. *Estudios Públicos* (138), 93-135.

- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio (2010). El control de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema. *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile) (72), 198-210.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1992). Sobre el plazo para interponer el recurso de protección. En Alejandro Vergara, *Derecho Administrativo. Identidad y transformaciones* (74-78), Ediciones UC.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2016). Tribunal de Contratación Pública: Bases institucionales, organización, competencia y procedimiento. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (46), 347-378.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2017). El mito de la inexistencia de plazos fatales para la administración y el "decaimiento" en los procedimientos administrativos. *Estudios Públicos* (148), 79-118.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2017). Cómputo de plazos para ejercer acciones jurisdiccionales administrativas. En Diego Palomo (Dir.), Jordi Delgado y Raúl Núñez (Coords.), *Recursos procesales. Problemas actuales* (516-536). DER Ediciones.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2018). La batalla contra las demoras excesivas en los procedimientos administrativos. Derribando el mito de la inexistencia de plazos fatales para la administración. En Eduardo Soto Kloss (Ed.), *El derecho administrativo y la protección de las personas. Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la PUC* (167-185). Ediciones Universidad Católica de Chile.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2019). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones. Veinte temas, diez años (2008-2018). *Revista de Derecho Administrativo Económico* (28), 5-175.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2020). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, II: Líneas y vacilaciones durante 2019. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (31), 251-299.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2021). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, III: Líneas y vacilaciones durante 2020 en veinte temas de la disciplina. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (33), 299-344.
- ZAVALA ORTIZ, José Luis (2021). *Jurisprudencia del recurso de protección*. Editorial Libromar.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2011). Control de constitucionalidad de autos acordados. *Estudios Constitucionales*, 9(1), 389-418

Normativa citada

- Acta Corte Suprema N° 70 de 2007. La cual modifica el auto acordado sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales. 8 junio 2007.
- Acta Corte Suprema N° 94 de 2015. La cual establece el texto refundido del auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales. 28 agosto 2015.
- Auto acordado Corte Suprema sin número de 1977. Sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales. 2 abril 1977.
- Auto acordado Corte Suprema sin número de 1992. Sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales. 27 junio 1992.
- Boletín N° 2809-07 de 2001. Proyecto de ley sobre acciones constitucionales de amparo o habeas corpus y de protección. 17 de octubre de 2001.
- Code de Procédure Civil francés de 1976.
- Código Civil [CC]. Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, ley de menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. 30 mayo 2000 D.O. N° 36.676.
- Código de Procedimiento Civil [CPC]. Ley N° 1.552 de 1902. 30 de agosto de 1902. D.O. N° 7.840.

- Código del Trabajo [C del T]. Decreto N° 1 de 2003 [con fuerza de ley]. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. 16 enero 2003. D.O. N° 37.450.
- Código Orgánico de Tribunales [COT]. Ley N° 7.421 de 1943. 15 de junio de 1943. D.O. N° 19.583.
- Código Tributario [CT]. Decreto ley N° 830 [Ministerio de Hacienda]. Aprueba texto que señala del Código Tributario. 31 diciembre 1974.
- Constitución Política de la República de Chile. 24 octubre 1980.
- Decreto ley N° 1552 [Ministerio de Justicia]. Acta Constitucional N° 3. 13 septiembre 1976.
- Decreto ley N° 778 de 1989 [Ministerio de Relaciones Exteriores]. Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por la resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. 29 de abril de 1989. D.O. N° 33.360.
- Decreto N° 873 [con fuerza de ley] del Ministerio de Relaciones Exteriores, aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica". 5 enero 1991. D.O. N° 33.860.
- DFL N° 1 [con fuerza de ley] del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fija texto refundido, coordinario y sistematizado de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado. 17 noviembre 2001. D.O. N° 37.113.
- Ley N° 18.971 de 1990. Establece recurso especial que indica. 10 marzo 1990 D.O. N° 33.670.
- Ley N° 19.880 de 2003. 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.
- Ley N° 20.050 de 2005. Reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República. 26 agosto 2005. D.O. N° 38.246.
- Ley N° 20.087 de 2009. Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. 3 enero 2006. D.O. N° 28.353.
- Ley N° 20.322 de 2009. Fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera. 27 enero 2009. D. O. N° 39.272.
- Ley N° 20.417 de 2010. Crea el Ministerio, el Servicio de evaluación ambiental y la Superintendencia del medio ambiente. 26 enero 2010. D.O. N° 39.570.
- Ley N° 20.600 de 2012. Crea los tribunales ambientales. 28 junio 2012. D.O. N° 40.299.
- Ley N° 20.609 de 2012. Establece medidas contra la discriminación. 24 julio 2012. D.O. N° 40.319.
- Ley N° 21.325 de 2021. Ley de migración y extranjería. 20 abril 2021. D.O. N° 42.934.
- Ley N° 21.226. Establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad covid-19 en Chile. 2 abril 2020. D.O. N° 42.622.

Jurisprudencia citada

- Tribunal Constitucional (2011): 14 abril 2011 (Rol N° 1557-2009) [Control de constitucionalidad].
- Tribunal Constitucional (2011): 18 agosto 2010 (Rol N° 1812-2011) [Control de constitucionalidad].
- Tribunal Constitucional (2013): 3 septiembre 2013, Rol N° 2243-2012 [Control de constitucionalidad].
- Agüero con Departamento de Evaluación, Medición y Registro Educativo* (2020): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 28 de mayo de 2020 (Rol N° 9029-2020). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Andaur con Contraloría General de la República y otros* (2018): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2018 (Rol N° 22944-2018). Tercera Sala. [Apelación protección].

- Arenas y Arenas con Ministerio de Relaciones Exteriores* (2021): Corte Suprema, 26 de mayo de 2021 (Rol N° 33845-2021). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Arévalo con Servicio de Salud Metropolitano Occidente* (2019): Corte Suprema, 15 de julio de 2019 (Rol N° 18720-2019). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Cid con Municipalidad de Los Ángeles* (2020): Corte Suprema, 6 de mayo de 2020 (Rol N° 42782-2020). Tercera Sala. [Recurso de hecho].
- Cretton con Comisión Médica Central* (2016): Corte Suprema, 7 de marzo de 2016 (Rol N° 2955-2016). Tercera Sala. [Apelación Protección].
- CM Antofagasta S.A. con Superintendencia de Salud* (2021): Corte Suprema, 18 de marzo de 2021 (Rol N° 95140-2020). Tercera Sala. [Apelación reclamación].
- Constructora Wormer S.A. con Dirección Regional de Arquitectura MOP* (2010): Corte de Apelaciones de Temuco, 12 de febrero de 2010 (Rol N° 112010). Sala de Verano. [Recurso de protección].
- Coronado con Sociedad Austral de Electricidad S.A. y Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2021): Corte Suprema, 15 de junio de 2021 (Rol N° 132189-2020). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Delgado con Álvarez* (2020): Corte Suprema, 2 de febrero de 2021 (Rol N° 129415-2020). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Dimitstein con Hermosilla* (2020): Corte Suprema, 10 de septiembre de 2020 (Rol N° 69656-2020). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Espinoza con Subsecretaría de Pesca y Acuicultura* (2019): Corte Suprema, 8 de septiembre de 2020 (Rol N° 28870-2019). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Farmacias Cruz Verde S.A. con Superintendencia de Salud* (2019): Corte Suprema, 29 de mayo de 2019 (Rol N° 24815-2018). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Fierro con Policía de Investigaciones de Chile* (2021): Corte Suprema, 13 de mayo de 2021 (Rol N° 14298-2021). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Galaz con Director Nacional de Gendarmería de Chile* (2017): Corte Suprema, 21 de agosto de 2017 (Rol N° 19029-2017). Tercera Sala. [Apelación protección].
- González con AFP Provida S.A.* (2020): Corte de Apelaciones de Talca, 11 de marzo de 2020 (Rol N° 9073-2019). Primera Sala. [Recurso de protección].
- General Electric International Inc. Agencia en Chile con Servicio de Salud de Concepción* (2021): Corte Suprema, 23 de febrero de 2021 (Rol N° 11612-2021). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Illesca con Gatica* (2021): Corte de Apelaciones de Valdivia, 30 de marzo de 2021 (Rol N° 103-2021). Segunda Sala. [Recurso de protección] confirmada por la Corte Suprema, 28 de abril de 2021 (Rol N° 27035-2021). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Instituto de Diagnóstico S.A., Clínica Indisa con Intendencia de Prestadores de Salud* (2020): Corte Suprema, 9 de noviembre de 2020 (Rol N° 119193-2020). Tercera Sala. [Apelación reclamación].
- Jasse con Servicio Agrícola y Ganadero* (2019): Corte Suprema, 15 de julio de 2019 [Rol N° 17734-2019]. Tercera Sala. [Apelación protección].
- Korol con Bio-Bío Comunicaciones S.A. y otros* (2017): Corte Suprema, 30 de octubre de 2017 [Rol N° 11745-2017]. Tercera Sala. [Apelación protección].
- Martínez con Corporación de Asistencia Judicial de la Región del Biobío* (2020): Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de noviembre de 2020 (Rol N° 14356-2020). Tercera Sala. [Recurso de protección] confirmada por la Corte Suprema, 10 de diciembre de 2020 (Rol N° 143935-2020). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Millacura con Consorcio Constructor del Hospital de Quellón S.A. y Servicio de Salud Chilloló* (2020): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 24 de marzo de 2020 (Rol N° 483-2020). Sala de Cuenta. [Recurso de protección].
- Miranda con Ejército de Chile* (2020): Corte de Apelaciones de Temuco, 26 de marzo de 2021 (Rol N° 10880-2020). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Moya con Universidad Tecnológica de Chile INACAP* (2019): Corte Suprema, 10 de julio de 2019 (Rol N° 17465-2019). Tercera Sala. [Apelación protección].

- Munzenmayer con Banco del Estado de Chile* (2019): Corte Suprema, 4 de julio de 2019 (Rol N° 16990-2019). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Observadores de Derechos Humanos y otros con Carabineros de Chile y otros* (2020): Corte Suprema, 22 de febrero de 2021 (Rol N° 79055-2020). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Olave y otros con Secretaría Regional Ministerial de Talca* (2019): Corte Suprema, 28 de agosto de 2019 (Rol N° 235-2019). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Oyarzún con Intendente de la Región de Valparaíso y Contralor Regional de Valparaíso* (2020): Corte Suprema, 6 de marzo de 2020 (Rol N° 19089-2019). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Quilcat con Subsecretaría del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública* (2015): Corte Suprema, 10 de junio de 2015 (Rol N° 5577-2015). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Rendón con Ministerio de Defensa Nacional y Armada de Chile* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de enero de 2020 (Rol N° 79183-2019). Octava Sala. [Recurso de protección] confirmada por la Corte Suprema, 19 de febrero de 2020 (Rol N° 15310-2020). Tercera Sala [Apelación protección].
- Reyes con Superintendencia de Seguridad Social* (2021): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 5 de abril de 2021 (Rol N° 227-2021). [Recurso de Protección].
- Sánchez y otros con Director ejecutivo de evaluación ambiental* (2016): Corte Suprema, 13 de septiembre de 2016 (Rol N° 19302-2016). [Recurso de reclamación].
- Santelices y otros con Ilustre Municipalidad de Ñuñoa y otros* (2015): Corte Suprema, 11 de agosto de 2015 [Rol N° 7178-2015]. Tercera Sala. [Apelación protección].
- Salas con Ministerio de Educación* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de mayo de 2021 [Rol N° 66314-2020]. Novena Sala. [Recurso de protección].
- Subdirector de Obras de la Municipalidad de Ñuñoa con Alcalde de la Municipalidad de Ñuñoa* (2020): Corte Suprema, 9 de octubre de 2020 (Rol N° 97284-2020). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Tapia con Servicio Agrícola y Ganadero* (2021): Corte Suprema, 26 de mayo de 2021 (Rol N° 34430-2021). Tercera Sala. [Apelación protección].
- Toro con Parodi*: Corte Suprema, 17 de septiembre de 2020 (Rol N° 104488-2020). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Thunderbird Antofagasta S.A. con Superintendente de Casinos* (2006): Corte Suprema, 31 de mayo de 2006 (Rol N° 1714-2006). Tercera Sala [Apelación protección].

El derecho al plazo razonable en procedimientos administrativos tributarios: el caso chileno

The right to the reasonable period (time) in administrative tax trials: the Chilean case

Hugo Osorio Morales¹ - Víctor García Yzaguirre²⁻³

El artículo identifica problemas de indeterminación y desigualdad en la aplicabilidad del derecho a ser juzgado en un plazo razonable en los procesos de reclamo de liquidaciones y de cobranza de obligaciones tributarias en Chile. Asimismo, presentamos posibles medidas para solucionarlos.

Palabras clave: Plazo razonable, tributos, indeterminación, imprescriptibilidad, desigualdad.

The article identifies problems of indeterminacy and inequality in the applicability of the right to be judged within a reasonable time in Chilean tax trials. We also present possible measures to solve them.

Keywords: Reasonable period (time), tax, indeterminacy, imprescriptibly, inequality.

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Abogado, Master of International Taxation, University of Sydney; Magíster en Tributación, Facultad de Economías y Negocios, Universidad de Chile; Doctorando en Derecho, Universidad Austral de Chile. Juez Tributario y Aduanero de la Región de Los Ríos. Profesor de Economía y de Derecho Tributario de la Universidad Austral (Chile). Dirección postal: Arauco 730, Valdivia, Chile. Correo electrónico: hugo.osorio.morales@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-8918-4170>

² Abogado, Doctor en Derecho, profesor de carrera de Derecho de la Universidad de Los Lagos (Chile). Dirección postal: Fuchslocher 1305, Osorno, Chile. Correo electrónico: garciayzaguirre@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-4662-2919>

³ Los autores desean agradecer a Álvaro Núñez Vaquero, Carla Israel Guzmán, Carla Iuspa Santelices, Valentina Crovetto Sánchez, Antonio Faúndez Ugalde, y a los integrantes del Semillero de Investigación *Legal and Right* de la Universidad de Los Lagos.

Artículo recibido el 28 de marzo de 2022 y aceptado el 5 de junio de 2022.

Introducción

El presente artículo tiene por objeto reconstruir la forma en que la Corte Suprema chilena⁴ ha entendido la aplicabilidad del derecho al plazo razonable en los procesos fiscales para, a continuación, identificar los problemas que impiden una adecuada protección del derecho al plazo razonable en el contexto tributario. En específico, identificaremos dos problemas: i) un problema de indeterminación sobre cuándo el tiempo transcurrido en el proceso jurisdiccional de reclamo y cobranza puede ser considerado razonable; y ii) un problema de desigualdad entre contribuyentes que se encuentran, en los aspectos que parecen relevantes, en idénticas situaciones. A partir de la reconstrucción e identificación anterior, el artículo formula propuestas que pretenden iniciar (y/o reactivar) discusiones entre los tributaristas que puedan ser útiles para resolver estos problemas⁵.

Para alcanzar estos objetivos vamos a realizar los siguientes pasos. Partiremos por presentar un ejemplo ficticio de cómo opera el derecho al plazo razonable en el contexto tributario chileno (sección I). Esto nos permitirá, como veremos, ver la relevancia de esta discusión y sus dimensiones. Tras ello, vamos a aclarar, brevemente, cómo opera el proceso de determinación, impugnación y cobro de tributos con especial atención a cómo se interrumpen y suspenden los plazos de prescripción de las acciones fiscales. Luego de esta reconstrucción vamos a identificar la forma en que la Corte Suprema ha entendido el derecho al plazo razonable en contextos de cobro de tributos (sección II). Aclarados dichos puntos, identificaremos los problemas que se derivan de la situación descrita y propondremos algunos posibles pasos para resolverlos (sección III).

I. Plazo razonable en el derecho tributario: un problema pendiente

El problema que nos interesa analizar puede ilustrarse comparando el devenir de dos contribuyentes hipotéticos que llamaremos C1 y C2. Ambos fueron fiscalizados por la Administración tributaria⁶, detectándose que usaron facturas falsas para rebajar su carga tributaria. En consecuencia, el fisco noti-

⁴ La jurisprudencia examinada corresponde al período 2014 a la actualidad.

⁵ Es importante advertir que el trabajo no analizará el problema del derecho a plazo razonable desde una perspectiva dogmático-constitucional. Para una discusión sobre la materia, junto a una discusión sobre la experiencia comparada entre Chile y Brasil, ver, Faúndez-Ugalde, 2019, 687-702. La razón por la que no realizamos tal análisis es porque creemos que, para tal ineludible discusión es necesario, previamente, tener claridad sobre el problema y su urgencia.

⁶ En Chile existen tres organismos encargados de la gestión del sistema tributario: el Servicio de Impuestos Internos, el Servicio Nacional de Aduanas y la Tesorería General de la República. Aunque sus funciones son diversas (respectivamente: aplicar y fiscalizar la tributación interna; vigilar y fiscalizar el comercio internacional de mercaderías para recaudar los tributos vinculados a ello; y, realizar las cobranzas), a lo largo del trabajo se hará referencia a todos ellos, indistintamente, utilizando los términos "fisco", o "Administración tributaria", salvo que se precise que se hace referencia a uno en particular.

ficó a cada uno de los contribuyentes una liquidación de impuestos⁷ por los tributos evadidos⁸. Asumimos que, como es habitual, se optó por cobrar los impuestos, pero no iniciar una causa criminal. Las liquidaciones fueron, en el caso de C1, por \$10.000.000 y, en el caso de C2, por \$100.000.000. Tanto C1 como C2 reclamaron ante los tribunales en contra de las liquidaciones. En ambos casos, luego de ocho años de tramitación, los tribunales de primera instancia dictaron sentencia, rechazando los reclamos y confirmando las pretensiones del fisco.

Como se puede ver, la situación de ambos contribuyentes, salvo por la diferencia de los montos liquidados (que se origina, simplemente, en que C2 utilizó más facturas falsas), era hasta este punto, idéntica. Antes de describir su devenir divergente, es necesario hacer algunas referencias preliminares al ordenamiento jurídico chileno (a lo largo del artículo se proporcionarán mayores detalles sobre la regulación nacional pertinente):

(i) Primero, cuando un contribuyente reclama de una liquidación de impuestos, el fisco queda impedido de girar los tributos mientras se encuentre pendiente el plazo para reclamar ante los tribunales de tal liquidación. Si se presenta el reclamo, el impedimento se mantiene mientras el juicio no se resuelva. Correlativamente, mientras dure el impedimento para girar los impuestos, se suspende el plazo de prescripción en contra del fisco para materializar el giro.

(ii) Segundo, una vez que se giran los tributos (lo que el fisco puede hacer cuando queda a firme la sentencia que rechaza el reclamo o, si no se presentó reclamo, cuando venza el plazo para hacerlo), comienza a correr un nuevo plazo de prescripción en contra del fisco, en este caso, de la acción de cobro. Este plazo se interrumpe cuando se inicia la cobranza fiscal. La interrupción se mantiene mientras dure la cobranza y tal cobranza se puede mantener de forma indefinida, inmovilizada, por largos años.

(iii) Tercero, cuando finalmente un contribuyente paga los impuestos establecidos en una liquidación de impuestos, debe sumar a ellos los recargos legales, esto es, el reajuste, intereses y multas previstos para el pago con retraso. Estos recargos son extraordinariamente elevados, de manera que, si el juicio de reclamo y/o la cobranza han sido prolongados, el monto adeudado suele verse multiplicado.

(iv) Finalmente, en cuarto lugar, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), en el artículo 8.1, señala que toda persona tiene derecho a ser oída dentro de un plazo razonable. Este dere-

⁷ Para simplificar la discusión que sigue se asumirá que la pretensión fiscal queda siempre fijada a través de una liquidación de impuesto, obviando las otras actuaciones en que ello puede hacerse (por ejemplo, resolución o giro inmediato).

⁸ A lo largo del trabajo, y para evitar reiteraciones, se utilizarán indistintamente los términos "impuestos" y "tributos".

cho no se aplica solo a los juicios criminales, sino también a los juicios en que se discuten derechos y obligaciones fiscales.

Aclarado lo anterior, podemos describir los diversos caminos (tributarios) de ambos contribuyentes. En el caso de C1, la sentencia quedó firme y el fisco procedió a girar los impuestos con los recargos correspondientes al tiempo de tramitación del juicio. El giro, considerados tales recargos, alcanzó los \$30.000.000. A continuación, el fisco inició (antes de que se agotara el plazo de 3 años para ello) la cobranza ejecutiva de la deuda fiscal. La notificación de la cobranza interrumpió el plazo de prescripción en contra del fisco, situación que se mantuvo por 10 años. Finalmente, el fisco detectó que C1 era acreedor de un beneficio fiscal, o que había adquirido un inmueble. Procedió, en consecuencia, a retener el beneficio o a embargar y ejecutar el bien, imputando las sumas así obtenidas a la deuda pendiente. La deuda para entonces, con los recargos legales, alcanzaba los \$60.000.000.

En el caso de C2, caben dos posibilidades, ambas con el mismo resultado: la prescripción de la obligación tributaria.

(i) La primera hipótesis es que, frente a la sentencia que rechazó su reclamo, C2 presentó una apelación que también perdió y luego, recurrió a la Corte Suprema por la vía de la casación. Si bien la Corte Suprema rechazó la casación, observó que el juicio había demorado un tiempo excesivo, declarando que ello violaba el derecho a que el juicio se resolviese en un plazo razonable. En consecuencia, la Corte sostuvo que la norma que ordena la suspensión de la prescripción no debía ser aplicada. Esto llevó a que la deuda tributaria quedase prescrita.

(ii) La segunda hipótesis es que C2, luego de perder el juicio, no apeló. Esto llevó a que el fisco, al igual que en el caso de C1, girase los impuestos con los recargos del tiempo del juicio, por un total de \$300.000.000. A continuación, el fisco comenzó la cobranza, interrumpiendo el plazo de prescripción de la acción de cobro. Transcurridos 10 años, la deuda se había elevado a \$600.000.000. En este caso, sin embargo, C2 (a diferencia de C1) contrató un abogado particular que demandó al fisco pidiendo que se declarase la prescripción de la acción de cobro. La demanda escaló hasta la Corte Suprema la que, observando que la cobranza había tomado 10 años, declaró que ello resulta incompatible con el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En consecuencia, declaró que el procedimiento ejecutivo de cobro se había vuelto ilegítimo y, en consecuencia, no había interrumpido la prescripción de la acción de cobro. Esto llevó a que la deuda de \$600.000.000 quedara prescrita.

Como se puede ver, para cada una de las hipótesis relacionadas con C2 la Corte ha introducido jurisprudencialmente una limitación: (i) si el juicio de reclamo de las liquidaciones tarda un plazo que no es razonable, entonces debe inaplicarse la regla que suspende el plazo de prescripción (primera

hipótesis de C2); y (ii) si la cobranza tarda un plazo que no es razonable, ella se vuelve "ilegítima", por lo que debe entenderse que no interrumpió la prescripción al momento de su presentación, lo que lleva a que la obligación tributaria prescriba (segunda hipótesis de C2).

Es importante observar que la única diferencia entre C1 y C2 es que el primero, por desconocimiento, desaliento o falta de recursos económicos para litigar ante los tribunales superiores, no continuó el juicio de reclamo ante la Corte Suprema; o bien, y por las mismas razones, una vez iniciada la cobranza, no pidió que se declarase la prescripción. El problema que la Corte Suprema pretendió abordar con su decisión no se ha resuelto: aunque C1 no es juzgado en un plazo razonable y su cobranza se ha extendido por un plazo superior a 10 años, sufre la retención de los beneficios y el embargo y ejecución de sus bienes. En cambio, C2, que se encuentra en la misma situación, no paga tributo alguno. Además, no solo se ha dado un tratamiento desigual a C1 y C2, sino que existe indeterminación sobre cuál es el plazo razonable.

A efectos de entender de mejor manera esta problemática veamos, brevemente, cómo se determinan y cobran los tributos en el contexto chileno y cómo la Corte Suprema ha entendido la aplicabilidad del derecho al plazo razonable en dichos ámbitos.

II. Determinación y cobro de tributos y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable

Esta sección describe algunos elementos del derecho vigente en Chile en relación a la fiscalización y cobro de tributos y al derecho a ser juzgado en un plazo razonable en materias impositivas. Se trata de un enfoque estrictamente descriptivo, de manera que no se pretende presentar un discurso prescriptivo sobre la forma en que creemos que la materia debería estar regulada o concretizada. En primer lugar, describiremos brevemente las normas chilenas que regulan la prescripción de las acciones fiscales para fiscalizar y cobrar tributos y la suspensión e interrupción de tales plazos. Enseguida, describiremos la tesis de la Corte Suprema de que ni la suspensión ni la interrupción operan cuando ha transcurrido un determinado tiempo. Finalmente, se procederá a un análisis meta-jurisprudencial sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena en la materia.

1. Prescripción de las acciones de fiscalización y de cobro

Si la Administración tributaria chilena, luego del correspondiente procedimiento de fiscalización, detecta diferencias de impuestos, procederá a dictar liquidaciones de impuestos en donde se consignan las obligaciones tributarias adeudadas. Para realizar esta fiscalización, la administración cuenta con un plazo que, dependiendo del tipo de tributo y del caso que se trate, puede ser de 3 o 6, años contados desde la expiración del plazo en que el contri-

buyente debió efectuar el pago⁹. Vencidos estos plazos, la acción de fiscalización queda prescrita, de manera que el fisco queda impedido de liquidar los tributos. Si el contribuyente no reclama de la liquidación, o si habiendo reclamado, pierde, el fisco emite un giro de impuestos. Comienza entonces a correr un nuevo plazo de prescripción que es siempre de 3 años, transcurrido el cual, no puede materializarse la cobranza porque la acción para ello (la acción de cobro) se encuentra prescrita¹⁰.

Cabe observar que, conforme a la ley chilena, los tribunales deben anular o eliminar de oficio los actos reclamados que correspondan a revisiones efectuadas fuera de los plazos de prescripción¹¹, y el Servicio ha instruido a sus funcionarios que deben abstenerse de continuar el procedimiento de fiscalización si las diferencias detectadas se extienden más allá de tales plazos¹².

2. Procedimiento de reclamo, cobranza y recargos

¿Qué sucede si un contribuyente considera que el Servicio se ha equivocado en la determinación de tributos que indica una liquidación de impuestos? En tales casos, los contribuyentes pueden presentar reclamaciones ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros (en adelante, TTA¹³). La interposición del reclamo ante el TTA impide que el fisco gire los impuestos, imposibilidad que se mantiene mientras no se resuelva la controversia¹⁴. En contrapartida, durante todo este período, el plazo de prescripción de la acción fiscal se suspende¹⁵.

Por otra parte, si no se presenta un reclamo, o si se presenta, pero es finalmente rechazado, el fisco queda habilitado para emitir un giro de impuestos, con el que puede iniciar el procedimiento de cobro ejecutivo de la obligación tributaria. El procedimiento de cobranza es administrativo, pero en el caso de que el ejecutado presente excepciones que no son acogidas por el fisco, o si este solicita la aplicación de apremios, o si se pretende ejecutar bienes embargados, la materia es conocida por un tribunal ordinario¹⁶.

⁹ Se trata de la prescripción de la acción de fiscalización. Conforme al artículo 200 del Código Tributario, será de 3 años por regla general y de 6 si se trata de un impuesto sujeto a declaración cuando no fue presentada o la declaración presentada fue maliciosamente falsa.

¹⁰ Prescripción de la acción de cobro, artículo 201 del Código Tributario.

¹¹ Ver artículo 136 del Código Tributario.

¹² En particular, instruye que no debe procederse a la citación liquidación o giro de los impuestos. Ver Circular 73 de 2001, punto 2.2.2.

¹³ A dichas controversias se les aplica el Procedimiento General de Reclamaciones, en específico los artículos 123 a 148 del Código Tributario.

¹⁴ Aunque esta imposibilidad no se presenta necesariamente en todos los casos, si es la regla general. Ver, artículo 24 del Código Tributario.

¹⁵ Artículos 24, 200 y 201 del Código Tributario. Cabe observar que ambas acciones, la de fiscalización y la cobro, comienzan a correr desde el momento en que expira el plazo legal en que debió efectuarse el pago de impuesto. La notificación al contribuyente del acto reclamable (generalmente una liquidación de impuestos), interrumpe el plazo de la acción de cobro y comienza a correr otro plazo que es siempre de 3 años. Este nuevo plazo, a su vez, se interrumpe cuando se inicia la cobranza.

¹⁶ No, curiosamente, un TTA. Artículos 169 a 199 del Código Tributario.

Es importante observar que, si finalmente el contribuyente pierde el juicio de reclamo de liquidaciones o se ejecuta la deuda, se aplicarán los recargos legales por todo el tiempo que duró el juicio y la cobranza. Estos recargos incluyen no solo el reajuste, sino multas e intereses de mora elevados. Esto suele llevar a que, transcurridos algunos años, el monto adeudado total supere varias veces la obligación tributaria primitiva¹⁷.

El resultado práctico de lo anterior será que la demora en la tramitación de un litigio originado en la reclamación de un contribuyente, o en el procedimiento de cobro, suele multiplicar la deuda tributaria. Esta situación dio lugar a que la Corte Suprema reaccionara frente a los dos casos. Esta reacción se puede describir en dos momentos sucesivos.

(i) Primera reacción: solución parcial

La Corte Suprema, antes de aplicar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, mostró su preocupación por la duración tanto de los juicios tributarios como de las cobranzas. Adoptó, en consecuencia, diversas soluciones parciales en ambos procedimientos. Así, por ejemplo:

(i) En los juicios tributarios, declaró que si la demora se originaba en la invalidez del procedimiento (que debía reiniciarse), no resultaba procedente el cobro de multas e intereses, aunque sí los impuestos adeudados y su reajuste¹⁸.

(ii) En los juicios de cobranza, señaló que, si bien el inicio de la cobranza interrumpía la prescripción de las acciones del fisco, esto no suponía que a continuación no comenzara a correr un nuevo plazo pues ello equivaldría a consagrar la imprescriptibilidad de la acción de cobro tributaria. En consecuencia, sostuvo que, a continuación de la interrupción, comenzaba a correr un nuevo plazo de 3 años¹⁹.

(ii) Segunda reacción: solución total

En un segundo momento, la Corte Suprema fue más allá: sostuvo que cuando los juicios tributarios (reclamos o cobranzas) se prolongaban de forma excesiva, se violaba el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable que consagra el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos

¹⁷ El reajuste e interés de mora se regulan en el artículo 53 del Código Tributario. Es importante destacar que el interés es de un 1,5% mensual por cada mes o fracción de mes, sin límite. A ello se agregan las eventuales multas que se aplican también conforme a la cantidad de meses de retraso y dependen de los tributos y circunstancias de cada caso. Las multas se encuentran reguladas en el artículo 97 N° 2 y N° 11 del Código Tributario. En el caso de las multas, y a diferencia de los intereses penales, la ley establece que ellas no pueden superar un 60% de los impuestos adeudados. Dado que, cuando se presenta un reclamo la mayor parte de los recargos se generan, precisamente, por el tiempo en que la prescripción se encontró suspendida por el litigio; y que, en el caso de cobranzas, ocurre otro tanto; puede entenderse que la elevada cuantía de los recargos apunta tanto a propender al pronto pago de los tributos como a desincentivar la litigación.

¹⁸ Ver, por ejemplo, *Sociedad Inmobiliaria e Inversiones López y Lispergueir Ltda. con Servicio de Impuestos Internos* (2010).

¹⁹ Ver, por ejemplo, *Banco de Chile con Inmobiliaria Paso Nevado Ltda* (2012).

Humanos (CADH). El efecto, como se verá enseguida, no es que no se apliquen los recargos legales, sino que las acciones fiscales queden prescritas.

3. Derecho al plazo razonable: reconocimiento

La CADH, en el artículo 8.1, señala que toda persona tiene derecho a ser oída dentro de un plazo razonable. Si bien el tratado se refiere especialmente a los juicios criminales, enseguida indica que la garantía cubre también aquellos juicios en donde se determinen los derechos y obligaciones "de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"²⁰.

La Corte Suprema chilena, como se adelantó, determinó que tanto los juicios de reclamo de liquidaciones como las cobranzas judiciales debían ser llevadas a cabo con observancia del contenido protegido del derecho a ser oído en un plazo razonable²¹. Este punto despierta, de inmediato, tres preguntas: (i) ¿cuál es el contenido protegido de este derecho?, (ii) ¿qué métodos pueden ser empleados para determinar dicho contenido y cuál, de todos estos, deberíamos usar?, y (iii) ¿cuál es la autoridad que ofrece respuesta a las dos preguntas previas con carácter vinculante para los operadores jurídicos?

Para cumplir con los propósitos del presente artículo nos vamos a concentrar en la pregunta sobre cuál es la autoridad que toma este tipo de decisiones y qué ha decidido en relación a la identificación del derecho al plazo razonable²². Respecto a la primera, no hay margen de duda: en materia de derechos, las autoridades que determinan su contenido (con carácter definitivo, pero no por ello infalible²³) son los órganos de cierre de una discusión jurisdiccional. A nivel interregional, lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y, a nivel de derecho chileno, la Corte Suprema²⁴.

²⁰ Otros tratados internacionales y también la doctrina, al tratar la garantía en estudio, suelen centrarse en materias penales, pero ocasionalmente incluyen todo tipo de materias. Ver artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

²¹ Este resultado es consecuencia de haber aceptado que los derechos humanos operan como criterios de validez material de los actos estatales. Para los efectos de este artículo vamos a tomar este punto como presupuesto. Ver, por todos, PRIETO SANCHÍS 2004, 47-72.

²² Resulta interesante observar que el concepto de "plazo razonable", además de vago, está sujeto a consideraciones valorativas, es decir, a la aprobación o desaprobación de quien hace la calificación. El punto es importante porque, sea que se afirme que los conceptos valorativos tienen un contenido informativo del que puede afirmarse su verdad o falsedad, o que se sostenga que este tipo de conceptos apuntan a la pura aprobación de quien los usa, por lo que son inverificables o infalsables; lo cierto es que establecer si un procedimiento judicial tuvo o no una duración razonable, dependerá necesariamente de las características del caso particular que se analice. Para una discusión sobre estos puntos ver, MORESO 2009, 211-212.

²³ HART 1994, 177-179.

²⁴ Para los efectos del presente trabajo no entraremos en la discusión sobre si el órgano de cierre en Chile es la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional. Dado que la Corte Suprema se ha ocupado de la discusión sobre el plazo razonable en sede tributaria, entenderemos que ella es el órgano de cierre de esta discusión.

Al respecto, la Corte IDH, recurriendo a los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado que el alcance del derecho al plazo razonable y su eventual violación en casos particulares dependerá de tres elementos: (i) la complejidad del asunto, (ii) la actividad procesal del acusado, y (iii) la conducta de las autoridades judiciales²⁵. Dicha definición ha sido empleada por la Corte Suprema para determinar la aplicabilidad del derecho al plazo razonable en el contexto tributario en un conjunto de sentencias que analizaremos en la siguiente subsección.

4. Determinación del contenido del derecho. Presupuestos metodológicos

La Corte Suprema se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre el contenido protegido del derecho al plazo razonable y los límites que impone tanto a los juicios sobre reclamo de liquidaciones como a las cobranzas de impuestos.

A efectos de analizar estas decisiones, vamos a utilizar, en parte, la metodología propuesta por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, en específico, su modelo de desarrollo lógico o sistematización²⁶. Esto es, vamos a identificar el conjunto de consecuencias lógicas de cada una de las normas identificadas a efectos de: (i) determinar su alcance; y (ii) verificar si el sistema que conforman es completo (carece de lagunas normativas), consistente (carece de antinomias en sentido lógico), e independiente (no hay dos normas que regulen el mismo caso individual).

Para llevar a cabo la sistematización, necesitamos realizar algunas precisiones. Este es un instrumental analítico claro y preciso para resolver problemas normativos conforme a un determinado sistema normativo. Por problema normativo se entiende la pregunta sobre cuál es la calificación jurídica de una determinada acción. Al respecto, para los propósitos de este artículo, vamos a analizar cómo la Corte Suprema ha resuelto dos problemas normativos: (i) ¿en qué circunstancias debe un operador jurídico inaplicar la regla que suspende la prescripción de la acción de cobro de tributos?; y (ii) ¿en qué circunstancias debe un operador jurídico inaplicar la regla que interrumpe la prescripción de la acción de cobro de tributos?

A efectos de ofrecer una respuesta, este modelo emplea cinco criterios de análisis vinculados entre sí: universo del discurso, universo de acciones, universo de propiedades, universo de casos y universo de soluciones. Veamos cada una de estas de manera breve.

- (i) Por “universo del discurso” se hace referencia a las situaciones en las que puede darse la acción o acciones sobre cuya calificación jurídica nos

²⁵ *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua* (1997), párrafo 77.

²⁶ ALCHOURRÓN y BULYGIN 1971, Cap. IV. Para un estudio profundo ver NÚÑEZ VAQUERO 2017, Cap. II. Utilizaremos las tesis de estos autores debido a su enorme impacto en la teoría del derecho y por referencia imprescindible para entender qué es un sistema normativo y cómo sistematizar normas.

preguntamos y sabemos cuáles son debido a que comparten una determinada propiedad.

(ii) Por “universo de acciones” se hace referencia al conjunto de acciones respecto de las cuales nos hacemos la pregunta sobre su estatus deóntico.

(iii) Por “universo de propiedades” se hace referencia al conjunto de propiedades normativamente relevantes que deben ser verificadas a efectos de determinar la calificación jurídica de la acción. Por propiedad se hace referencia a la descripción de un cierto estado de cosas o situación. Estas pueden ser relevantes o irrelevantes. Es relevante si su presencia o ausencia conlleva un tipo diferente de calificación normativa. Es irrelevante si su presencia o ausencia no incide en la calificación normativa.

(iv) Por “universo de casos” se hacer referencia al conjunto de combinaciones posibles entre la presencia y ausencia de las propiedades relevantes.

(v) Por “universo de soluciones” se hace referencia al conjunto de respuestas a la pregunta sobre cómo está calificada normativamente la realización y la omisión de esa acción.

5. Determinación del alcance del derecho a ser juzgado en un plazo razonable en juicios de reclamo de liquidaciones

Veamos qué sistemas normativos ha creado la Corte Suprema con relación a la inaplicabilidad de la suspensión del plazo de prescripción de las acciones fiscales que interesan. Al respecto, cabe anotar que la posición de la Corte Suprema con relación a la aplicación de la garantía del plazo razonable en juicios tributarios puede dividirse en tres momentos. Veámoslos.

(i) *Primer momento: reconocimiento de la aplicabilidad del derecho al plazo razonable*

La Corte Suprema, en sentencia de 14.04.2014²⁷, acogió una casación basándose en una vulneración al derecho a ser juzgado en un plazo razonable. En este fallo, la Corte no fijó un plazo máximo aceptable para la suspensión de la prescripción, pero sí afirmó que debía tomarse como referencia la prescripción adquisitiva extraordinaria (duración de 10 años). En cualquier caso, el pronunciamiento dejó sin aplicación la regla que ordena la suspensión –indefinida– de la prescripción, lo que implicó que la acción fiscal quedó inmediatamente prescrita.

La Corte Suprema, de esta manera, formuló una nueva norma dentro del sistema jurídico. Creemos que la mejor manera de presentarla de forma canónica sería de la siguiente manera: “si el proceso de reclamo de tributos

²⁷ Corte Suprema, 14.04.2014, Rol 5165-13.

excede el plazo razonable, entonces está prohibido aplicar la suspensión de la prescripción”²⁸.

Esto resuelve un primer problema de indeterminación: aclara que los operadores jurídicos tributarios tienen como límite material de sus actos el contenido protegido del derecho al plazo razonable²⁹. Esto supone que ningún acto de cobro de tributos puede ser llevado a cabo en plazos no razonables. Esta primera respuesta jurisdiccional, si bien valiosa, originó nuevos problemas: ¿de qué manera podemos identificar, con precisión, el alcance o aplicabilidad de este derecho?, y estos “operadores jurídicos tributarios” ¿deben ser entendidos como la propia Corte Suprema, los TTA, la Administración tributaria, alguno de estos, o todos ellos?

(ii) *Segundo momento: la aplicabilidad del plazo razonable depende de un análisis caso a caso*

La multiplicación y judicialización de casos empezó a exigir a la jurisdicción hacerse cargo de la necesidad de especificar los alcances del plazo razonable. La Corte Suprema, en sentencias de 10.06.2015, 10.09.2015 y 29.11.2016³⁰, realizó modificaciones relevantes sobre el contenido protegido de este derecho. Estas llevan a construir un universo de casos, un universo de propiedades, y formular reglas que concretizan el derecho al plazo razonable en el contexto tributario. La Corte Suprema sostuvo que la CADH no determina qué debe entenderse por plazo razonable y no resultaba procedente fijar en términos abstractos un plazo máximo para la duración de la suspensión porque tal declaración no es función de la Corte en el sistema jurídico³¹. En atención a ello, mantuvo que la determinación de las condiciones de aplicación del plazo razonable debía ser establecidas por cada intérprete³². Para ello, la Corte Suprema sostuvo que debía evaluarse lo siguiente: i) complejidad del asunto; ii) diligencia de las autoridades judiciales; iii) actividad procesal del contribuyente; y iv) si la tramitación tuvo una duración excesiva³³.

²⁸ Por “aplicar la suspensión de la prescripción” hacemos referencia a que un aplicador del derecho no pueda usar la norma que regula dicha suspensión en la justificación de su decisión.

²⁹ Dicho de manera alternativa, la Corte Suprema ha señalado que los contribuyentes son titulares del derecho al plazo razonable en contextos de cobro de tributos.

³⁰ *Hormazábal Calderón Hugo con Servicio de Impuestos Internos* (2014), *Distribuidora Don Francis S.A. con Servicio de Impuestos Internos* (2014) y *Alid Aleuy Ricardo con Servicio de Impuestos Internos* (2015).

³¹ En relación a este punto cabe resaltar que la Corte Suprema pudo tomar en cuenta el artículo 27 de la Ley N° 19.880, el cual regula que los procedimientos administrativos no pueden tardar más de seis meses. Dicho artículo es una forma de regular, en el contexto nacional, el derecho a que los procedimientos administrativos tarden un plazo razonable. Sin embargo, la Corte Suprema no tomó en cuenta este artículo lo cual deja implícito que es una norma externamente inaplicable al caso. En virtud a ello, este artículo (y la literatura que ha generado) formará parte de nuestro análisis, pues no pretendemos hacer un estudio del derecho al plazo razonable en el derecho administrativo chileno, sino solo en cómo la jurisprudencia tributaria lo ha entendido.

³² Ver, en particular, *Hormazábal Calderón Hugo con Servicio de Impuestos Internos* (2014), c. 6°.

³³ *Hormazábal Calderón Hugo con Servicio de Impuestos Internos* (2014), c. 6° y 10° y *Alid Aleuy Ricardo con Servicio de Impuestos Internos* (2015), c. 4° y 5° A.

Como vemos, estos criterios son una aplicación de los criterios propuestos por la Corte IDH al contexto tributario³⁴.

Estos criterios nos permiten formular las siguientes reglas:

(i) Regla 1: Si proceso de reclamo de impuestos posee una complejidad elevada, las autoridades judiciales no actuaron diligentemente; contribuyente actuó de forma diligente; y la tramitación tuvo una duración excesiva, entonces obligatorio inaplicar la suspensión del plazo de prescripción.

(ii) Regla 2: Si proceso de reclamo de impuestos no posee una complejidad elevada, las autoridades judiciales actuaron diligentemente; la actividad procesal del interesado no fue adecuada; o es el caso que la tramitación no tuvo una duración excesiva, entonces prohibido inaplicar la suspensión del plazo de prescripción³⁵.

Esto supone que la Corte Suprema crea el siguiente sistema normativo:

Tabla N° 1. Sistematización del segundo momento jurisprudencial

	Complejidad elevada	Autoridades judiciales diligentes	Contribuyente diligente	Tramitación tuvo duración excesiva	Regla 1	Regla 2
Caso 1	+	+	+	+	-	Prohibido inaplicar
Caso 2	+	+	+	-	-	Prohibido inaplicar
Caso 3	+	+	-	+	-	Prohibido inaplicar
Caso 4	+	+	-	-	-	Prohibido inaplicar
Caso 5	+	-	+	+	Obligatorio inaplicar	-
Caso 6	+	-	+	-	-	Prohibido inaplicar
Caso 7	+	-	-	+	-	Prohibido inaplicar
Caso 8	+	-	-	-	-	Prohibido inaplicar

³⁴ Este punto permite resaltar la relevancia e importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH en esta discusión. Como vemos (y seguiremos viendo) la Corte Suprema lo que hace es: i) entender que el derecho al plazo razonable es un derecho convencional y que el máximo interprete para identificar su contenido es la Corte IDH; ii) tomar como referencia las decisiones del fuero supranacional para construir sus propias decisiones; y iii) mantener una coherencia entre las decisiones de derecho nacional con las de derecho internacional. En este sentido, dejar de lado la jurisprudencia de la Corte IDH nos llevaría tanto a no entender, adecuadamente, qué es el derecho al plazo razonable, y a no entender qué es lo que está haciendo la Corte Suprema chilena.

³⁵ La diferencia entre la regla 1 y 2 está en el tipo de propiedad y en el conector lógico que las relaciona. Por un lado, las propiedades de la regla 2 son casos complementarios de las propiedades previstas en el antecedente de la regla 1 (en otros términos, está compuesto por propiedades opuestas). Por el otro lado, las propiedades de la regla 1 están relacionadas entre sí por una conjunción. En cambio, las propiedades de la regla 2 están relacionadas entre sí por una disyunción.

Caso 9	-	+	+	+	-	Prohibido inaplicar
Caso 10	-	+	+	-	-	Prohibido inaplicar
Caso 11	-	+	-	+	-	Prohibido inaplicar
Caso 12	-	+	-	-	-	Prohibido inaplicar
Caso 13	-	-	+	+	-	Prohibido inaplicar
Caso 14	-	-	+	-	-	Prohibido inaplicar
Caso 15	-	-	-	+	-	Prohibido inaplicar
Caso 16	-	-	-	-	-	Prohibido inaplicar

Fuente: *autoría propia*.

Como puede observarse, la Corte Suprema formula un sistema normativo que carece de defectos lógicos (no es inconsistente, no es incompleto, ni es redundante). Sin perjuicio de ello, adolece de un severo problema: su vaguedad³⁶.

Por vaguedad entendemos un problema de indeterminación del lenguaje natural que da cuenta de la duda que posee un hablante nativo o experto respecto a si un concepto es aplicable o no a un determinado objeto. En este sentido, son problemas de las reglas de uso del significado (no dependientes de la información sobre el mundo exterior) que conllevan no tener la certeza, en ciertos casos, sobre si un concepto se aplica o no³⁷.

Las propiedades elegidas por la Corte Suprema generan indeterminación, pues cada una de ellas ha sido formulada con un alto grado de vaguedad. A efectos de mayor claridad, supongamos que un operador del derecho está analizando si un contribuyente actuó en forma diligente. Frente a este caso se pueden presentar tres tipos diferentes de situaciones de aplicación³⁸:

- (i) Situaciones en las que no hay duda de que contribuyente actuó en forma diligente. Por ejemplo, no utilizó estrategias dilatorias.
- (ii) Situaciones en las que no hay duda de que contribuyente no actuó en forma diligente. Por ejemplo, presentó reiterados incidentes dilatorios por lo que fue sancionado por el tribunal que veía el caso; y
- (iii) Situaciones en las que no podemos determinar si un contribuyente actuó en forma diligente o no, es decir, hay dudas no atribuibles a la falta de conocimiento teórico o empírico respecto de si las acciones llevadas a cabo por el contribuyente se subsumen o no en el concepto "diligencia". Por ejemplo, frente a la pasividad del tribunal, solicitó que se reciba la causa a prueba, pero frente a la resolución del tribunal que

³⁶ Pueden identificarse otros problemas. Por ejemplo, dificultades valorativas para determinar el sentido de diligente o complejidad. Sobre estos no profundizaremos en este artículo a efectos de poder ser más claros y precisos respecto al problema de vaguedad.

³⁷ Sobre la noción de vaguedad ver LIFANTE VIDAL 1999, 203-206.

³⁸ RODRÍGUEZ 2002, 365; NINO 2003, 264.

dejó pendiente la solicitud (“autos”), no insistió en la solicitud y transcurrieron numerosos años sin que el punto se resolviera, o dejó pasar 10 años antes de hacerlo, etc.

Frente a los casos de vaguedad los operadores jurídicos poseen discrecionalidad. Es decir, ellos podrán decidir (de manera justificada) si resuelven la vaguedad de forma restrictiva (solo se usarán casos en los que no hay duda sobre la aplicabilidad del concepto) o de forma ampliativa (en caso de duda, se ampliará la aplicabilidad del concepto).

Este punto nos muestra que las cuatro propiedades elegidas por la Corte Suprema (y la Corte IDH) para determinar el alcance del derecho al plazo razonable conllevaron crear discrecionalidad sobre la aplicabilidad de dicho derecho. Esta es solo una manera de señalar que dependerá de los juicios valorativos y preferencias ideológicas de cada operador si se inaplicará el plazo de prescripción de una acción de cobro de tributos³⁹. Ello supone, como es evidente, un alto grado de inseguridad jurídica.

(iii) Tercer momento: entre la aplicación caso a caso y la predeterminación abstracta del plazo razonable

El problema de vaguedad descrito en el apartado anterior fue atendido por la Corte Suprema. Desde el 2017, la Corte⁴⁰ precisó que el derecho al plazo razonable es vulnerado cada vez que la demora del juicio supere el plazo de 6 años de la fecha en que empezó. Esta fue una manera de reemplazar las propiedades expresadas con un alto grado de vaguedad por una propiedad que fuese más precisa.

En otros términos, la Corte Suprema intentó eliminar la discrecionalidad generada antes del 2017, recurriendo a un sistema de verificación binaria que requería establecer solo un punto: si el proceso tardó o no más de 6 años. Este nuevo momento de la jurisprudencia de la Corte, al menos a primera vista, parece ofrecer un universo de casos y propiedades sustancialmente diverso al anterior porque el único elemento que ahora parece estimarse relevante es si la demora de la tramitación superó o no los 6 años. Veamos la sistematización de este punto.

En primer lugar, la Corte Suprema ha reformulado las reglas 1 y 2 de la siguiente manera:

(i) Regla 1': Si proceso de reclamo de liquidaciones toma más de 6 años, entonces obligatorio inaplicar la suspensión del plazo de prescripción.

³⁹ Dicho de manera más clara: jueces con diversas preferencias valorativas (por ejemplo, pro-fisco y pro-contribuyentes) discreparán sobre cómo se debería resolver cada caso de vaguedad.

⁴⁰ Corte Suprema, *Echavarría Borsotto Fernando con Servicio de Impuestos Internos* (2016); *Consortio Financiero S.A. con Servicio de Impuestos Internos* (2019); *Pesca Chile S.A. con Servicio de Impuestos Internos* (2019) y, *Comercial e Industrial Hochschild S.A. con Servicio de Impuestos Internos* (2018).

(ii) Regla 2': Si proceso de reclamo de liquidaciones no tomo más de 6 años, entonces prohibido inaplicar la suspensión del plazo de prescripción.

En segundo lugar, el nuevo sistema normativo generado a partir de estas reglas es el siguiente:

Tabla N° 2. Sistematización del tercer momento jurisprudencial

	Tramitación toma más de 6 años		Regla 1	Regla 2
Caso 1	+		Obligatorio inaplicar	-
Caso 2	-		-	Prohibido inaplicar

Fuente: *autoría propia*.

Una visión poco caritativa del contraste entre el segundo y el tercer momento podría sugerir, simplemente, que la Corte ha decidido cambiar de criterio jurisprudencial. Ello debido a que decidió utilizar un universo de propiedades diferente. Cómo podemos ver, la sistematización del segundo momento y del tercer momento ponen de relieve que estas son dos maneras muy diferentes de entender cómo determinar qué es un plazo razonable. Ello supondría un serio problema, pues habría producido precedentes contradictorios entre sí⁴¹.

Creemos, sin embargo, que caben mejores lecturas⁴². Es posible entender que la Corte ha empleado las mismas justificaciones para determinar la aplicabilidad del derecho al plazo razonable, pero eliminando el margen de discrecionalidad que podrían tener otros operadores del derecho. Es decir, es posible entender que el contraste entre el segundo y tercer momento se origina en que la Corte Suprema decidió establecer, como criterio de aplicabilidad del derecho al plazo razonable, una generalización probabilística⁴³.

⁴¹ La Corte sustenta el plazo de 6 años en que tal es el plazo legal para que el Servicio pueda fiscalizar a los contribuyentes. En este sentido, el argumento es que, si incluso en el caso de que un contribuyente presente una declaración maliciosa, el plazo máximo en que puede ser fiscalizado es de 6 años; tal debe ser también el plazo máximo de incertidumbre derivado de la prolongación del juicio donde se discute la procedencia de los cobros. El problema de esta posible integración analógica es que parece apartarse de los criterios de la Corte de IDH (que, como se ha visto, considera diversos elementos) y no considera que mientras que la fiscalización suele depender de la actividad de la Administración (que cuenta con poderosas herramientas para operar en dichos plazos), la del juicio puede ser consecuencia de diversos factores, tales como la complejidad de la materia o actitud dilatoria del reclamante. En este sentido, por ejemplo, ver *Consortio Financiero S.A. con Servicio de Impuestos Internos* (2019), c. 8°.

⁴² No solo es posible una lectura más caritativa, sino que esta es necesaria. Este tercer momento también puede ser entendido asumiendo que la Corte Suprema decidió dejar de lado la jurisprudencia de la Corte IDH para crear su propio criterio de aplicabilidad del derecho al plazo razonable para casos tributarios. Esto supondría que en Chile el derecho al plazo razonable está jurisprudencialmente desprotegido por no satisfacer los estándares mínimos internacionales fijados por la Corte IDH. Dicho en breve, sería un Estado que actúa en contra de sus administrados. Nos parece que tal situación no describe lo que la Corte Suprema ha intentado hacer y, en cambio, deberíamos buscar entender cómo lo dicho por la Corte Suprema sí es coherente con las obligaciones internacionales.

⁴³ Ver SCHAUER 2004, 87 y 89.

Ahora bien, asumiendo que la Corte Suprema ha pretendido ser consistente con la Corte IDH y a la vez generar el máximo grado de predictibilidad en la aplicación del derecho, la pregunta que necesariamente debía responder es cuánto tiempo suelen durar los procesos que vulneran el plazo razonable. La respuesta que ha ofrecido es que en la mayoría de los casos en los que la tramitación dura 6 o más años suelen ser supuestos en los que se verifica una complejidad elevada, las autoridades judiciales no actuaron diligentemente; el contribuyente actuó de forma diligente; y la tramitación tuvo una duración excesiva (todas ellas presentes de manera conjunta). Es decir, y bajo esta lectura, la Corte Suprema ha considerado que dicho periodo de tiempo guarda una relación de probabilidad con un estado de cosas incompatible con el plazo razonable. De ser así, este tercer momento se caracteriza por ser un intento de racionalidad de medios/fines: considera que dicho plazo es el mejor medio disponible para evitar una vulneración al plazo razonable. Así entendido, el intento es valioso porque al utilizar la generalización (la prevista en el tercer momento jurisprudencial) como medio para identificar el antecedente de la regla, consigue eliminar los márgenes de discrecionalidad que los criterios de la Corte IDH otorgaban. Así, pasamos de un derecho humano cuya aplicabilidad dependía, en gran parte, de las valoraciones subjetivas de cada aplicador del derecho, a un derecho humano cuya aplicabilidad depende de la verificación de un hecho cierto y comprobable.

Sin embargo, como veremos en el apartado 4, esta respuesta no está exenta de críticas y da lugar a problemas que es necesario abordar.

6. Determinación del alcance del derecho a ser juzgado en un plazo razonable en el cobro ejecutivo de obligaciones tributarias

La Corte Suprema ha señalado que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable debe aplicarse también a las cobranzas fiscales. En consecuencia, si una cobranza se prolonga por un período excesivo sin que Tesorería realice gestiones útiles, el procedimiento se vuelve “ilegítimo”⁴⁴, por lo que ya no puede interrumpir de la prescripción de la acción de cobro que dispone el artículo 201, inciso segundo, N° 3 del Código Tributario. Al desaparecer la interrupción, la acción de cobro de la deuda impositiva se extingue por prescripción⁴⁵.

De manera más precisa, la Corte Suprema especificó que el plazo que supera el máximo admisible es de 10 años, tras haber tomado como referencia los plazos máximos de prescripción previstos en el Código Civil⁴⁶.

⁴⁴ La calificación de “ilegítimo” de la Corte Suprema es desafortunada por su ambigüedad. No profundizaremos sobre qué quiso decir, sino que asumiremos que era una manera de expresar una declaración de invalidez del acto administrativo.

⁴⁵ *Behrendsen con Tesorería General de la República* (2019); *Franco Palacios Gloria María con Fisco - Tesorería Regional Metropolitana* (2018) y *Fisco - Tesorería Regional de Temuco con Cabrera Fleta Sandro Antonio* (2019).

⁴⁶ *Fisco - Tesorería Regional de Temuco con Cabrera Fleta Sandro Antonio* (2019), c. 6°.

En este sentido, la Corte Suprema identifica como propiedad relevante que la cobranza dure o no más de 10 años (sin gestiones útiles por parte de Tesorería). De esta forma, creó las siguientes reglas:

- (i) Regla 3: Si cobranza dura más de 10 años, entonces obligatorio inaplicar la interrupción del plazo de prescripción.
- (ii) Regla 4: Si cobranza dura menos de 10 años, entonces prohibido inaplicar la interrupción del plazo de prescripción.

Con estas variables ya podemos reconstruir el sistema normativo creado:

Tabla N° 3. Sistematización del derecho al plazo razonable en materia de cobro ejecutivo

	Cobranza toma más de 10 años		Regla 3	Regla 4
Caso 1	+		Obligatorio inaplicar	-
Caso 2	-		-	Prohibido inaplicar

Fuente: autoría propia.

Al igual que lo mencionado en el apartado anterior, nos parece que la manera más caritativa de entender esta decisión es como una generalización probabilística. Esto es, la Corte Suprema ha considerado que suele ser el caso que la duración de más de 10 años de una acción de cobro satisface los criterios de aplicabilidad del derecho a un plazo razonable establecidos por la Corte IDH. De esta manera, es una jurisprudencia que intenta concretizar las obligaciones internacionales del Estado chileno.

7. Determinación de los deberes para concretizar el derecho al plazo razonable

¿Quiénes tienen oportunidad para proteger el derecho al plazo razonable de los contribuyentes? ¿qué podrían hacer para mejorar el grado de protección? La respuesta a la primera pregunta ya la hemos adelantado. Como hemos visto, tienen oportunidad de proteger este derecho, por lo menos, estas cuatro dependencias públicas: la Corte Suprema, los TTA, el Servicio de Impuestos Internos (en la fiscalización) y la Tesorería General de la República (en los cobros)⁴⁷.

Si tomamos en cuenta lo prescrito en el tercer momento jurisprudencial reconstruido en la sección 2.5 y el de la sección 2.6 anteriores ¿qué es lo que debe hacer un aplicador del derecho tributario al momento de identificar que un proceso de reclamo de liquidaciones acaba de cumplir los 6 años de tramitación o una cobranza que no ha tenido actividad por 10 años? Conforme a lo expuesto, tiene prohibido aplicar la regla que prevé la suspensión del

⁴⁷ El problema, en teoría, podría generarse también en el caso de fiscalizaciones del Servicio Nacional de Aduanas, pero ello, de hecho, no ha ocurrido, motivo por el que no consideramos esta hipótesis.

plazo de prescripción o tiene prohibido aplicar la interrupción de la prescripción, respectivamente. Esto requiere ser clarificado.

(i) *Noción de aplicabilidad*

Para este punto es oportuno analizar la noción de aplicabilidad. Señalar que una norma es aplicable da cuenta del deber del aplicador del derecho (por ejemplo, del juez) de usar una determinada norma N1 en la justificación de su decisión institucional para resolver un determinado caso. Tal deber es impuesto por otra norma N2 del mismo sistema jurídico⁴⁸. Esta forma de entender la aplicabilidad da cuenta de una orden de⁴⁹ emplear otra norma cada vez que se verifique un caso individual que es subsumible en su antecedente. Esta relación implica, como bien han diferenciado Moreso y Navarro, dos nociones relacionadas entre sí: aplicabilidad interna y aplicabilidad externa de las normas generales a casos particulares⁵⁰.

Una norma N1 es internamente aplicable en un espacio-tiempo determinado a un caso particular, siempre que este sea una instanciación o ejemplificación del antecedente de la norma. Como podemos ver, con esta noción se describe la relación entre una norma y un caso individual (caso que es subsumible en el ámbito de aplicación de la norma general). Dicho en términos más precisos: la aplicabilidad interna da cuenta del alcance de las normas, entendiendo dicho concepto como el conjunto de casos a los cuales la norma ha resuelto deductivamente⁵¹.

Una norma N1 es externamente aplicable en un espacio-tiempo determinado a un caso individual que es una ejemplificación del caso genérico C, siempre que se satisfagan conjuntamente las siguientes condiciones: (i) el caso genérico C está previsto en el antecedente de la norma N1, es decir, es internamente aplicable; y (ii) otra norma N2, perteneciente al sistema jurídico, ordena al aplicador del derecho a emplear N1 en la justificación de sus decisiones cada vez que esté frente a una ejemplificación del caso genérico C⁵². La aplicabilidad externa de las normas, en este sentido, es una noción descriptiva de la fuerza de una norma general, esto es, de la aptitud de las normas para operar como premisas normativas en la justificación de las decisiones institucionales. Para ser más precisos, da cuenta del deber que posee un aplicador del derecho de tener en cuenta esta norma general en la solución del caso⁵³. En este sentido, con este concepto podemos describir una relación tríadica entre una

⁴⁸ RODRÍGUEZ y VICENTE 2009, 186.

⁴⁹ En rigor, de una prescripción, pero usamos orden para desambiguar con el caso de la prescripción vinculada a la extinción de las obligaciones fiscales.

⁵⁰ Esta distinción fue introducida inicialmente por MORESO y NAVARRO 1996. Ver, además, RODRÍGUEZ y VICENTE 2009, 190 y ss.

⁵¹ NAVARRO 2005, 118.

⁵² NAVARRO y RODRÍGUEZ 2014, 129; FERRER y RODRÍGUEZ 2011, 61 y BULYGIN 1991, 196.

⁵³ NAVARRO 2005, 108-109.

norma N2 con una norma N1 (impone el deber de aplicarla) a un caso individual que es una instanciación de un caso genérico C.

(ii) *Deber de inaplicar*

Con este instrumental analítico ahora es posible describir qué es lo que, de acuerdo con lo que ha señalado la Corte Suprema, un aplicador debería hacer en el caso planteado al inicio de la sección. Por un lado, durante los primeros 6 años de tramitación de un proceso, es externamente aplicable la norma que suspende el plazo de prescripción de la acción de cobro. Asimismo, durante los primeros 10 años de una cobranza, es externamente aplicable la norma que interrumpe el plazo de prescripción de tal acción.

Sin embargo, transcurrido 6 y 10 años en cada uno de los procesos indicados, la norma externamente aplicable deja de serlo, es decir, los aplicadores del derecho dejan de tener el deber de usarla y, por el contrario, tienen el deber de usar la norma que ordena la prescripción de la acción de fiscalización o de cobro según sea el caso (sea porque no se suspende la prescripción como consecuencia del juicio, o porque no se interrumpe, por la cobranza). Esto nos permite justificar una breve, pero importante conclusión: la protección del derecho a ser juzgado en un plazo razonable incide en la determinación de la aplicabilidad externa de las normas que regulan la suspensión e interrupción de los plazos de prescripción.

Lo señalado hasta este punto es relevante para determinar qué se debe hacer. Ahora, sin embargo, es necesario determinar (a efectos de optimizar el derecho al plazo razonable) quién o quiénes lo deben hacer. En particular interesa establecer de qué forma la Corte Suprema, los TTA, el Servicio, y la Tesorería pueden generar la eficacia de este derecho. Parece sencillo entender que la Corte Suprema debe auto obedecerse en sus criterios jurisprudenciales y los TTA deben seguir las decisiones de la Corte. Sin embargo, no resulta claro qué deberían hacer el Servicio y la Tesorería. Sobre este punto profundizaremos en breve.

III. Problemas pendientes y posibles soluciones

Creemos que la situación analizada en los apartados anteriores genera problemas de indeterminación y desigualdad que pueden, incluso, suponer un incumplimiento de las exigencias impuestas por la CADH en el contexto tributario. A continuación, se examinan estos problemas y se proponen algunas soluciones para hacerles frente.

1. Problema de indeterminación

Si la reconstrucción de la jurisprudencia de la Corte Suprema tanto respecto a la suspensión de la prescripción como del límite temporal de las cobranzas es correcta, entonces constituiría un error pensar que ella ha contradicho o desafiado a la Corte IDH. En realidad, habría adoptado su interpretación, aunque estableciendo plazos de 6 y 10 años a partir de generalizaciones

probabilísticas⁵⁴. Sin embargo, esta propuesta sufre de otro problema que es necesario abordar: supone una prescripción de actuar irracionalmente ante experiencias recalitrantes⁵⁵.

(i) *Plazo ¿razonable?*

Cualquier generalización puede enfrentar experiencias recalitrantes. Generalizar puede suponer, por un lado, dejar fuera supuestos que bien podrían alcanzar el estado de cosas deseado (experiencia recalitrante infra incluyente); y, por el otro, incluir supuestos que, por sí mismos, no permiten alcanzar el estado de cosas deseado (experiencia recalitrante supra incluyente).

Esta idea general, llevada al problema en estudio, permite constatar la existencia de diversos posibles problemas. En efecto, si el antecedente de la norma ordena verificar que el juicio tenga una duración de 6 años (y solo eso) o de 10 años (y solo eso), supone, en ambos casos, prescindir de cualquier particularidad que pueda presentarse en un caso concreto. Naturalmente, es posible que las particularidades de un caso concreto muestren que un plazo menor a 6 y 10 años incluya casos concretos en los que el plazo resulte excesivo para poder proteger el derecho al plazo razonable. Por ejemplo, en procesos de reclamo de liquidaciones, pueden existir casos en los cuales sería pacífico señalar que en el quinto año de tramitación hay una clara vulneración al derecho al plazo razonable (conforme a los cuatro criterios establecidos por la Corte IDH) y, sin embargo, se exige al contribuyente afectado esperar un año más para ver su derecho protegido. De la misma forma, y en cobranzas, pueden existir casos en superado el sexto año de duración hay una clara vulneración al derecho al plazo razonable (conforme a los cuatro criterios establecidos por la Corte IDH), pero que se exige al contribuyente afectado esperar 4 años más para ver su derecho protegido.

Desde luego, pueden presentarse casos inversos. Pensemos en procesos de reclamo de liquidaciones que resuelvan un caso de tan alta complejidad en los que la tramitación deba durar más de 6 años, incluso con una actuación diligente (y agreguemos, cooperante) del Servicio y del contribuyente. En estos casos, bastaría con que el proceso demore 6 años para que se deba inaplicar la suspensión del plazo de prescripción. En el caso de una cobranza, esta hipótesis resulta más improbable porque la tesis de la Corte

⁵⁴ Cabe anotar que un problema de esta argumentación es que no se entregan razones por las que efectivamente tal generalización probabilística es efectiva. Esto es, no se explica suficientemente por qué 6 años (y no cinco u ocho) o 10 años (y no ocho u once) son las elecciones que identifica el mejor medio para satisfacer la finalidad de proteger el derecho al plazo razonable. Sobre esta dificultad no profundizaremos más.

⁵⁵ Utilizamos la noción teórica de "experiencia recalitrante" por su poder explicativo en el tipo de casos que interesa. El concepto, de amplio uso en la teoría del derecho anglosajona y continental, refiere a casos en los que la aplicación de una regla origina resultados que no resultan óptimos porque, a la luz de su propósito, son sub incluyentes o sobre incluyentes. El uso del término, popularizado por Frederick Schauer, suele utilizarse en la literatura especializada en discusiones sobre cómo entender reglas y principios, la noción de derrotabilidad, y las competencias interpretativas de los juristas. Ver, SCHAUER, 2004.

Suprema es que hayan transcurrido 10 años sin que la Tesorería haya realizado gestión útil alguna. Sin embargo, es posible imaginar casos en que tal inactividad se haya originado en que el contribuyente activamente ocultó sus bienes durante dicho período.

Como vemos, en este tipo de situaciones la decisión de un aplicador del derecho de seguir la decisión de la Corte Suprema sería irracional, pues dejaría de lado características relevantes que, de ser tomadas en cuenta, justificarían un veredicto diferente.

Ahora bien, haber identificado una experiencia recalcitrante solo nos invita a preguntarnos sobre qué hacer en este tipo de situaciones. Al respecto, el aplicador del derecho posee dos alternativas. La primera es asumir y defender el resultado irracional (seguir las reglas creadas por la Corte Suprema), esto es, resolver el caso individual a pesar de que el veredicto no sea correcto. La otra opción es realizar una excepción a la norma, esto es, apartarse (de manera justificada) a efectos de no generar una decisión irracional (en términos anglosajones, supone realizar un *distinguish*). Elegir una u otra dependerá, principalmente, de preferencias valorativas del intérprete⁵⁶.

Lo anterior nos permite arribar a tres conclusiones estrechamente relacionadas. En primer lugar, las experiencias recalcitrantes muestran que la solución de la Corte Suprema no es eficiente. Lo anterior, en el sentido de que para determinar si estamos ante una experiencia recalcitrante o no (en cualquiera de sus dos versiones), es necesario usar los cuatro criterios propuestos por la Corte IDH al caso concreto. Es decir, para saber si es racional o no seguir la norma dictada por la Corte Suprema, es necesario realizar juicios valorativos de la misma manera en que eran prescritos por la propia Corte Suprema cuando consideraba los cuatro criterios mencionados. Esto hace que todo el razonamiento y esfuerzo realizado para fijar los plazos de 6 y 10 años termine en un ejercicio poco eficiente o incluso infértil para generar certeza y eliminar la discrecionalidad judicial.

En segundo lugar, la única manera de evitar que la propuesta de la Corte Suprema colapse con el uso de los cuatro criterios, sería entender que la norma "si proceso dura más de 6/10 años, entonces obligatorio inaplicar la suspensión/interrupción de prescripción" deba ser siempre aplicada, sin importar las consecuencias prácticas que pueda generar. De esta manera, se eliminaría por completo cualquier margen de discrecionalidad de los aplicadores del derecho. Dicho de otro modo, para que la regla prescrita por la Corte Suprema sea eficaz para eliminar la discrecionalidad judicial, los aplicadores del derecho tributario deberían usarla sin importar las consecuencias prácticas que puedan producir, ignorando las experiencias recalcitrantes. Esto, sin embargo, es problemático como veremos de inmediato.

⁵⁶ En síntesis, haber diseñado un antecedente de la manera en que lo hizo la Corte Suprema nos puede llevar, por lo menos en algunas situaciones, a casos de irracionalidad o a casos donde el aplicador del derecho vuelva a tener uso de su discrecionalidad.

En tercer lugar, si se asume que la regla de la Corte Suprema supone ignorar la existencia de una experiencia recalcitrante, ello implica una grave conclusión que no puede ser obviada: supone asumir y defender un resultado irracional que, además, contradeciría la jurisprudencia de la Corte IDH. En efecto, siguiendo la regla en estos términos inevitablemente se presentarán hipótesis en que su seguimiento llevará a la desprotección del derecho al plazo razonable. Esto supone asumir responsabilidad internacional del Estado chileno por no cumplir con los estándares ordenados por el supremo intérprete de la CADH. Que un aplicador del derecho esté ante una experiencia recalcitrante y decida no atender a dicha situación es una actuación que puede ser interpretada como un acto jurisdiccional de decidir ignorar el contenido protegido al derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Decidir ignorar los cuatro criterios de la Corte IDH puede suponer que luego dicho intérprete declare que ha habido una violación de deberes internacionales.

Estas tres conclusiones preliminares nos permiten afirmar que la Corte Suprema debe resolver el siguiente dilema: (i) las reglas de plazos deben ser tratadas como reglas fuertes e irrevisables, con el riesgo de obtener resultados irracionales y generar responsabilidad internacional al Estado chileno por vulnerar el derecho al plazo razonable; o (ii) ellas deben ser tratadas como revisables ante ciertos casos (las experiencias recalcitrantes), lo cual, sin embargo, generaría que, (ii.1) en el caso de la suspensión de la prescripción, la regla colapse con aquellos casos en que la decisión es tomada en base a los cuatro criterios ofrecidos por la Corte IDH, de manera que se trataría de una norma que no introduce cambios genuinos a la aplicabilidad del derecho al plazo razonable; y (ii.2), en el caso de la cobranza, se trataría de una formulación inútil para los fines que se propuso, pues no guiaría, por sí misma, la conducta de los aplicadores del derecho.

(ii) Propuesta de solución

Nos parece que las soluciones al problema señalado son de dos tipos: i) acciones a tomar por los TTA y tribunales ordinarios; y ii) acciones a tomar por la Corte Suprema.

(i) Acciones a tomar por los TTA y los tribunales ordinarios

El análisis realizado en la sección anterior nos muestra que la Corte Suprema ha ido cambiando las formas de proteger el derecho al plazo razonable. Además, la Corte IDH bien podría cambiar en el futuro de criterios para determinar situaciones de vulneración al plazo razonable. Ambos aspectos nos muestran una necesidad: que los TTA y los tribunales ordinarios⁵⁷ mantengan una constante y coordinada actualización de los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema y de la Corte IDH en materia de cómo aplicar el

⁵⁷ Reiteramos a efectos de claridad: i) los TTA en los procesos de reclamo de liquidaciones; y ii) los tribunales ordinarios cuando conocen de las excepciones de prescripción presentadas en las cobranzas, o cuando conocen de las demandas de prescripción de la acción de cobro del fisco.

derecho al plazo razonable. Esto permitiría ofrecer a los contribuyentes predictibilidad y certeza sobre la forma y el momento en que entenderán que un proceso deja de tener una duración razonable.

Lo señalado se traduce en la pregunta sobre cómo deberían determinar cuál es la regulación vigente en materia de protección al plazo razonable. Al respecto, nos parece que el mejor instrumental disponible para realizar dicha labor es mediante la sistematización de las normas creadas por la Corte Suprema usando la metodología vista en las secciones 2.5 y 2.6 del presente artículo. De esta forma, los TTA y tribunales ordinarios deberían, para optimizar el derecho al plazo razonable, adoptar una práctica de sistematización de las decisiones de la Corte Suprema y de la Corte IDH a efectos de generar plena determinación sobre cómo regular cada caso que se les presente dentro de su competencia. Esto, por supuesto, sin dejar de lado dos problemas interpretativos que deberán abordarse de manera previa y posterior a la sistematización: i) identificar de manera correcta cuáles son las reglas aplicables en materia de derecho a un plazo razonable; y ii) decidir cómo actuar en caso de experiencias recalitrantes, sin que su decisión conlleve generar violaciones a obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

(ii) Acciones a tomar por la Corte Suprema

La Corte Suprema, a efectos de resolver el dilema en el que nos ha dejado, debería revisar sus criterios jurisprudenciales actuales. Si bien este trabajo no pretende hacer un discurso prescriptivo sobre cómo entender el derecho al plazo razonable, sino más bien orientar sobre los pasos que deberían darse para formular ese tipo de tesis; es posible adelantar algunos elementos.

Conforme lo indicado líneas atrás, uno de los principales problemas del Universo de Propiedades identificado por la Corte IDH era la gran discrecionalidad que producía en los aplicadores del derecho. En extrema síntesis, dicha regulación permitía que todo plazo sea razonable o no razonable conforme las consideraciones ideológicas de cada aplicador del derecho al momento de resolver los problemas de vaguedad que producía cada propiedad.

Creemos que la mejor manera de eliminar este problema no es mediante la generalización probabilística que ha adoptado la Corte Suprema (en la lectura que le hemos dado más arriba a sus sentencias), sino que tomando el camino inverso: especificando las condiciones de aplicación. Entiéndase por "especificar" la inclusión de nuevas propiedades en el antecedente que establecen el dónde, cuándo, por qué, cómo, bajo qué medios, a quién, y el por quiénes se debe o no ejecutar una acción u otros elementos⁵⁸.

En otras palabras, nos parece que la mejor manera de resolver el dilema que enfrenta la Corte Suprema no es respondiendo a la pregunta sobre cuántos años han de ser considerados un plazo razonable. Sino a la pregunta ¿qué condiciones se deberían verificar para identificar una complejidad ele-

⁵⁸ Celano 2012, 270.

vada; una autoridad judicial no diligente; un contribuyente diligente; y una duración excesiva? En suma, necesitamos criterios que permitan someter la inevitable discrecionalidad de los aplicadores del derecho tributario, tanto en materia de reclamo de liquidaciones como de cobranzas. De esta manera, podremos realizar una mejor evaluación de la racionalidad de sus decisiones y aumentar el grado de predictibilidad de sus fallos.

2. Problema de desigualdad e ineficacia

La tesis actual de la Corte Suprema genera, además de un problema de indeterminación, uno de desigualdad e ineficacia. Lo anterior, porque solo aquellos contribuyentes con los recursos, asesorías y conocimientos adecuados pueden obtener una declaración de la Corte Suprema que proteja su derecho a contar con un juicio en un plazo razonable.

La situación anterior obliga a considerar reformas institucionales que inviertan el análisis actual. Esto es, un análisis que no trate de optimizar el derecho al plazo razonable a partir de lo que el contribuyente puede o debe hacer, sino de lo que la Administración tributaria debe hacer de forma oficiosa. De esta manera, personas con y sin conocimientos, o con y sin recursos para litigar contra el fisco, se verían beneficiadas de la misma manera. De lo que se trata, en suma, es de adoptar un comportamiento proactivo por parte del Estado para proteger los derechos de los contribuyentes.

(i) *Omisiones del Servicio y de Tesorería*

¿Quiénes producen situaciones de vulneración del derecho al plazo razonable? Creemos que entre los agentes responsables de la vulneración del plazo razonable se encuentra la Administración tributaria. En efecto, frente a casos de vulneración del plazo razonable, no realizan ninguna medida que permita resolver el problema (es decir, actúan como si tal situación fuese irrelevante). De hecho, el Fisco obtiene beneficios de tal inacción, debido a que logra ejecutar deudas abultadas, no obstante que los juicios en que se discutieron los impuestos, y las cobranzas donde se cobran, han excedido el plazo razonable. A continuación, vamos a problematizar dichas omisiones.

Una primera lectura de la regulación creada por la Corte Suprema para la suspensión e interrupción de la prescripción es que dichas normas no son interna ni externamente aplicables a la Administración tributaria. Es decir, conforme a esta lectura, se trata de normas que regulan el comportamiento de los TTA, tribunales ordinarios, y de la propia Corte Suprema, de manera que toda la discusión sobre quién debe proteger y cómo proteger el derecho al plazo razonable son polémicas propias de la jurisdicción y no de la Administración tributaria.

Nos parece que esta lectura es inaceptable. Supondría que el derecho chileno es adverso a la protección de los derechos de los contribuyentes, particularmente de aquellos que se encuentran en la situación que hemos ilustrado con el ejemplo C1, casos que, como hemos señalado, constituyen la

enorme mayoría de los deudores fiscales. Al contrario, parece racional entender que todas las dependencias del Estado deben contribuir a generar eficacia⁵⁹ del derecho de los contribuyentes a ser juzgados dentro de un plazo razonable. Lo anterior, dado que es una obligación internacional del Estado chileno y debido a que resulta absurdo considerar que una entidad pública es competente para vulnerar derechos de los administrados. Supondría, en otros términos, que los organismos del fisco tienen la potestad de considerar irrelevantes los derechos de una persona. Dado que esta interpretación resulta problemática, asumiremos que la administración tributaria tiene un deber de actuar de tal manera que todos sus actos sean conformes al contenido protegido de los derechos de los contribuyentes y coadyuvar en su eficacia⁶⁰. Desde esta perspectiva, cada contribuyente en Chile es titular al derecho a ser juzgado en un plazo razonable y es un deber del Estado generar eficacia de dicho derecho. No vamos a profundizar en este artículo sobre la dogmática constitucionalista de los derechos, sino que vamos a asumir que los derechos de los contribuyentes poseen una jerarquía material superior por sobre cualquier otra norma⁶¹.

(ii) *Regulación posible*⁶²

Aunque, como se ha advertido, el objeto de este trabajo no es ofrecer una solución plenamente satisfactoria sobre el problema en análisis, sí nos parece

⁵⁹ "Eficacia" es un término ambiguo. Puede ser empleado en los siguientes sentidos.

1. Eficacia como correspondencia. Esto quiere decir que los destinatarios de una norma se comportan de manera conforme al estado de cosas deseado previsto en ella.
2. Eficacia como acatamiento. Esto quiere decir que los destinatarios de una norma conocen de su existencia y se comportan de manera conforme al estado de cosas deseado previsto en ella.
3. Eficacia como cumplimiento. Esto quiere decir que los destinatarios de una norma conocen de su existencia y es a mérito de tal regulación expresa que deciden comportarse de manera conforme al estado de cosas deseado previsto en ella.

Para este punto seguimos a Navarro 1990 y Hierro 2003. En el presente artículo entendemos la eficacia del derecho al plazo razonable como cumplimiento. Esto quiere decir, que consideramos que los aplicadores del derecho tributarios (Corte Suprema, TTA, tribunales ordinarios, Servicio y Tesorería) deben comportarse de una determinada manera (juzgar en plazo razonable) debido a que hay obligaciones internacionales que así lo prescriben.

⁶⁰ Una lectura inversa podría suponer, por ejemplo, que el Servicio puede (e incluso debe) emplear todas las estrategias posibles para dilatar tanto como sea posible un proceso de cuestionamiento de cobro de tributos, pues de esa manera aumentan las probabilidades de recaudar más dinero a un contribuyente. Esta forma de entender los deberes de comportamiento del Servicio no las discutiremos por ser claramente absurdas.

⁶¹ Las jerarquías materiales son un tipo de relación de ordenación entre normas que se construye mediante la formulación de una tercera norma que establece la superioridad de una sobre otra. En este sentido, en caso de conflicto normativo entre ambas normas, este es resuelto aplicando la norma superior e inaplicando la norma inferior (la norma que ha creado la jerarquía tiene el efecto de crear una prevalencia de una norma sobre otra). GUASTINI 2013 y FERRER y RODRÍGUEZ 2011.

⁶² Consideramos que este es un problema importante que la Administración, la dogmática, y la legislación han de resolver. Por sus dimensiones, dicha problemática requeriría de una investigación más profundidad y centrada en ella. Conforme a nuestro objetivo, para nosotros lo relevante es poder identificar, de manera clara y precisa, el problema de investigación a resolver. En ese sentido, vamos a presentar un elenco de formas de presentar el problema y ejemplificar cómo a partir de ellas es posible formular soluciones posibles.

relevante mostrar en todo su alcance el problema y proponer algunos pasos iniciales que activen una discusión dogmática sobre la materia.

En este sentido, nos parece que uno de los principales problemas existentes en el sistema normativo chileno es no haber explicitado, de manera suficiente, los deberes de la Administración tributaria respecto al contenido protegido del derecho al plazo razonable. Para ser más precisos, consideramos que, a la fecha, estamos frente a una laguna técnica⁶³. En efecto, si asumimos que las competencias del fisco están condicionadas a respetar los derechos de los contribuyentes, entonces lo que hace falta es de una norma que prescriba qué acciones deben realizar para dotar de eficacia al derecho al plazo razonable en el ejercicio de sus competencias. Esto es, se requiere una norma que regule la conducta de los funcionarios ante estados de cosas incompatibles con el derecho al plazo razonable.

Cabe de inmediato decir que cualquier medida a adoptar, para que alcance el estado de cosas deseado, supone haber formulado una respuesta al problema de indeterminación identificado en el apartado 3.1. Ahora bien, asumiendo que dicho problema fue resuelto, creemos que la Administración tributaria debe implementar un mecanismo de auto evaluación de su actividad que tome como criterio relevante si esta es vulneradora o no del derecho al plazo razonable de los contribuyentes. La situación actual es que el fisco (de manera consiente o no) se enfrenta (o incluso, produce) casos claros de vulneración al derecho al plazo razonable (tanto en materia de liquidación de tributos como en cobranzas) y frente a ello, decide omitir realizar cualquier medida que suponga revertir tal situación. Creemos que sería idóneo convertir esa omisión en un deber de acción.

Para ello, creemos que la Administración tributaria, en particular, tanto el Servicio de Impuestos Internos como la Tesorería, en todos los casos claros de vulneración al plazo razonable, deberían considerarlos como relevantes, es decir, su identificación debería suponer la activación de deberes funcionariales. En el caso del Servicio, ello supondría crear una regla del tipo "si litigio de reclamo de liquidación de impuestos supera plazo no razonable, entonces obligatorio desistirse de la pretensión". En el caso de Tesorería ello supondría crear una regla del tipo "si orden de cobro de tributos no ha sido ejecutada dentro de un plazo razonable, entonces obligatorio retirar la acción". En ambos casos la acción supone considerar que tal persona no es deudora tributaria. Ello supondría, necesariamente, que la propia Administración tributaria (en ambos casos) realice una evaluación de su actuación tras

⁶³ En este punto seguimos a GUASTINI 2016, 345-46. Por laguna técnica se hace referencia a aquellas situaciones en las cuales dentro del sistema normativo falta una norma que permita generar la eficacia de otra norma. Este es el caso, por ejemplo, de una ley que requiere de reglamentación para poder ser ejecutada por sus destinatarios (hasta que no sea dictado el reglamento, tendremos una laguna técnica, es decir, falta una norma que nos indique cómo realizar nuestros deberes).

un determinado periodo de tiempo que le permita concluir (justificadamente) si está dentro o no de un plazo razonable.

Ahora bien, la solución propuesta presenta dos problemas. En primer lugar, supondría que los funcionarios públicos encargados de velar por el interés fiscal, en virtud del derecho a un plazo razonable, dejen de aplicar reglas legales que amparan tal deber. Esto no solo resulta contra intuitivo, sino, de-
rechamente peligroso porque parecen existir poderosas razones institucionales para negar a la Administración espacios discrecionales frente a las reglas legales equivalentes a los de la judicatura. En términos de Schauer, aunque en el caso de los jueces se suele aceptar un rol creativo frente a las reglas, en el caso de la Administración se espera que tales reglas operen en forma atrincherada⁶⁴. El segundo problema es que, incluso si los órganos estatales establecen un procedimiento que permita considerar la vulneración del derecho que interesa, no parecen existir medios institucionales para exigir su cumplimiento. Veamos ambos problemas por separados.

Con relación a lo primero, creemos que efectivamente no se puede aspirar a que cada funcionario público directamente decida no aplicar la regla legal. Lo que se requiere es que las entidades fiscales (Servicio de Impuestos Internos y Tesorería General de la República) instruyan a sus miembros en la materia. Como se vio más arriba, esto no tiene nada de extraño. El Servicio ha instruido a sus funcionarios que se abstengan de materializar fiscalizaciones más allá de los plazos de prescripción. La instrucción que se propone sustancialmente hace lo mismo, solo que considerando que, en virtud del derecho al plazo razonable, no opera la suspensión e interrupción de los respectivos plazos.

En relación con lo segundo, para que estas instrucciones sean medios efectivos de protección de los derechos de los contribuyentes, se deben considerar mecanismos complementarios. En primer lugar, un sistema de responsabilidad disciplinaria para todos aquellos funcionarios que no apliquen dichas reglas. Ello generará los incentivos para que sea la Administración tributaria un agente eficiente en la protección del derecho al plazo razonable. En segundo lugar, y dado que la determinación de qué es un plazo razonable supone un ejercicio de discrecionalidad, creemos que la participación de los contribuyentes y el control judicial deben ser coadyuvantes en su determinación. En concreto, la Administración tributaria (el Servicio de Impuestos Internos y la Tesorería) debe admitir presentaciones de los contribuyentes en las que se les solicite evaluar si se ha excedido el plazo razonable, proporcionando las razones que justifiquen sostener que tal vulneración existe. Las respuestas a dichas solicitudes deberían ser revisables por los tribunales competentes y, en particular por los TTA.

⁶⁴ SCHAUER 2012, 86.

Conclusiones

El presente artículo tenía por objetivo cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena ha entendido la aplicabilidad del derecho al plazo razonable en los procesos fiscales e identificar los problemas para su adecuada protección. Conforme a lo señalado, el aporte de reconstruir la práctica e identificar problemas está en qué: i) de esta manera podemos describir, de mejor manera, la práctica; y ii) solo de esta manera podremos realizar discursos prescriptivos (eficaces y/o eficientes) sobre qué hacer. Sin el punto i), no cabe la posibilidad de formular adecuadamente el punto ii). Como se señaló al iniciar este artículo, nuestra pretensión es poder realizar el punto i) de la mejor manera posible y ofrecer algunas primeras posibilidades de solución como una forma de incentivar un debate en la dogmática.

Se ha mostrado que la concretización del derecho al plazo razonable en procesos de reclamo de las liquidaciones realizadas por el Servicio y en la duración de cobros de tributos por parte de Tesorería padece de dos problemas. Por un lado, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema ha generado un problema de indeterminación sobre cómo identificar cuánto tiempo supone un plazo razonable. Por el otro lado, la regulación competencial actual del Servicio y Tesorería produce un problema de desigualdad e ineficacia, pues hace que dichas dependencias sean omisas frente a casos claros de vulneración al derecho a un plazo razonable.

A manera de propuesta e incitación a abrir una discusión en la dogmática, hemos formulado algunas posibles medidas. Frente al problema de indeterminación hemos propuesto que: (i) los TTA y tribunales ordinarios deberían realizar sistematizaciones (usando la metodología empleada en los apartados 2.4 y 2.5) para determinar el alcance del derecho al plazo razonable de manera conforme a los criterios propuestos por la Corte IDH; y (ii) la Corte Suprema debería tener un nuevo momento jurisprudencial dedicado a especificar (y no generalizar) los criterios establecidos por la Corte IDH.

Frente al problema de desigualdad e ineficacia hemos sustentado que el Servicio y Tesorería deberían implementar deberes de actuación frente a casos claros de vulneración a un plazo razonable. Esto supone establecer deberes de conducta funcional que supongan declaraciones de prescripción de oficio frente a este tipo de casos.

Bibliografía citada

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1971). *Normative Systems*. Springer Verlag.
- BULYGIN, E. (1991). Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (9), 257-270.
- CELANO, B. (2012). True exceptions: defeasibility and particularism. En Ferrer J. y Ratti G.B. (Eds.), *The logic of legal requirements: Essays on Defeasibility* (pp. 268-287). Oxford University Press.
- FAÚNDEZ UGALDE, A. (2019). La tutela jurisdiccional efectiva con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en procedimientos tributarios: experiencia com-

- parada entre Chile y Brasil frente a la Convención Americana de Derecho Humanos. *Revista de Investigações Constitucionais* (3), 687-702.
- FERRER BELTRÁN, J. y RODRÍGUEZ, J. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Marcial Pons.
- GUASTINI, R. (2013). Gerarchie Normative. *Revus: Journal for constitutional theory and philosophy of law* (21), 57-70.
- GUASTINI, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons.
- HART, H.L.A. (1994). *The concept of law*. Clarendon Press.
- HIERRO, L. (2003). *La eficacia de las normas jurídicas*. Ariel.
- LIFANTE VIDAL, I. (1999). *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MASSONE PARODI, P. (2013). *Principios de Derecho Tributario. Aspectos Generales* (3ª ed. actualizada y ampliada). LegalPublishing Chile.
- MORESO, J. J. y NAVARRO, P. (1996). Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (5), 119-139.
- MORESO, J. J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Marcial Pons.
- NAVARRO, P. (1990). *La eficacia del derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- NAVARRO, P. (2005). Acerca de la inevitabilidad de la interpretación jurídica. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (22), 99-123.
- NAVARRO, P. y RODRÍGUEZ, J. (2014). *Deontic logic and legal systems*. Cambridge University Press.
- NINO, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho* (2ª ed.). Astrea.
- NÚÑEZ VAQUERO, Á. (2017). *Teorías normativas de la ciencia y la dogmática jurídicas*. Palestra Editores.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2004). El Constitucionalismo de los Derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional* (71), 47-72.
- RODRÍGUEZ, J. y VICENTE, D. (2009). Aplicabilidad y validez de las normas del derecho internacional. *Doxa* (32), 177-204.
- RODRÍGUEZ, J. (2002). *Lógica de los Sistemas Jurídicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SCHAUER, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Marcial Pons.
- SCHAUER, F. (2012): Is defeasibility an Essential Property of Law. En Ferrer J. y Ratti G.B. (Eds.), *The logic of legal requirements: Essays on Defeasibility* (pp. 77-88). Oxford University Press.

Normativa citada

- Circular N° 73 de 2001 [Servicio de Impuestos Internos]. La cual imparte instrucciones relativas a la aplicación de las normas de prescripción en el ejercicio de las acciones y facultades del servicio de impuestos internos. 11 de octubre de 2001.
- Código Tributario [CT]. Decreto Ley 830 de 1974. 27 de diciembre de 1974 (Chile).
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Artículo 8.1. 18 de julio de 1978.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 6.1. 3 de septiembre de 1953.
- Ley N° 18.575 de 1986. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 12 de noviembre de 1986. D.O. N° 32.640.
- Ley N° 18.834 de 1989. Aprueba Estatuto Administrativo. 15 de septiembre de 1989. D.O. N° 33.479.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14.3. 16 de diciembre de 1966.

Jurisprudencia citada

- Alid Aleuy Ricardo con Servicio de Impuestos Internos* (2015): Corte Suprema, 29 de noviembre de 2016 (Rol N° 37181-2015). Segunda Sala. [Recurso de casación en el fondo].

- Banco de Chile con Inmobiliaria Paso Nevado Ltda.* (2012): Corte Suprema, 26 de marzo de 2013 (Rol N° 6362-2012). Primera Sala. [Recurso de casación en el fondo].
- Behrendsen con Tesorería General de la República* (2019): Corte Suprema, 11 de agosto de 2020 (Rol N° 24994-2019). Segunda Sala. [Recurso de casación en el fondo].
- Comercial e Industrial Hochschild S.A. con Servicio de Impuestos Internos* (2018): Corte Suprema, 13 de julio de 2020 (Rol N° 6242-2018). Segunda Sala. [Recurso de casación en el fondo].
- Consortio Financiero S.A. con Servicio de Impuestos Internos* (2019): Corte Suprema, 06 de junio de 2019 (Rol N° 12501-2019). Segunda Sala [Recurso de casación en el fondo].
- Genie Lacayo vs. Nicaragua*. No 30 45.IACHR Series C. Juicio. Parágrafo 77 (29 de enero de 1997).
- Distribuidora Don Francis S.A. con Servicio de Impuestos Internos* (2014): Corte Suprema, 10 de septiembre de 2015 (Rol N° 16644-2014). Segunda Sala. [Recurso de casación en el fondo].
- Echavarría Borsotto Fernando con Servicio de Impuestos Internos* (2016): Corte Suprema, 10 de enero de 2017 (Rol N° 15929-2016). Segunda Sala. [Recurso de casación en el fondo].
- Fisco – Tesorería Regional de Temuco con Cabrera Fleta Sandro Antonio* (2019): Corte Suprema, 01 de febrero de 2021 (Rol N° 36343-2019). Segunda Sala. [Recurso de casación en el fondo].
- Franco Palacios Gloria María con Fisco - Tesorería Regional Metropolitana* (2018): Corte Suprema, 23 de septiembre de 2020 (Rol N° 28269-2018). Segunda Sala. [Recurso de casación en el fondo].
- Hormazábal Calderón Hugo con Servicio de Impuestos Internos* (2014): Corte Suprema, 10 de junio de 2015 (Rol N° 21647-2014). Segunda Sala. [Recurso casación en el fondo].
- Pesca Chile S.A. con Servicio de Impuestos Internos* (2019): Corte Suprema, 12 de diciembre de 2019 (Rol N° 13373-2019). Segunda Sala. [Recurso de casación en el fondo].
- Sociedad Inmobiliaria e Inversiones López y Lispergueir Ltda. con Servicio de Impuestos Internos* (2010): Corte Suprema, 22 de noviembre de 2012 (Rol N° 695-2010). Tercera Sala. [Recurso de casación en el fondo]

El trasvase probatorio entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador: análisis del caso chileno desde el ordenamiento español¹

The transfer of evidence between the criminal process and the administrative sanctioning procedure: analysis of the Chilean case from the Spanish system

Alberto Sánchez Egaña²

El presente trabajo tiene por objeto analizar la posible utilización de las pruebas rendidas en el marco de un proceso penal, como pruebas de cargo en un procedimiento administrativo sancionador, con especial énfasis en el ámbito temporal de su obtención y en aquellas que, lícitamente incorporadas por el Ministerio Público previa autorización judicial, hayan supuesto una intrusión en los derechos fundamentales del imputado. El estudio se realiza por vía comparativa con el derecho español en virtud del correlato que ha tenido, en el ámbito chileno, la construcción del denomina-

The purpose of this paper is to analyze the possible use of evidence given in the framework of a criminal proceeding, as prosecution evidence in an administrative sanctioning proceeding, with special emphasis on the temporal scope of its collection and on those that, lawfully incorporated by the Public Prosecutor's Office with prior judicial authorization, have entailed an intrusion in the fundamental rights of the accused. The study is carried out by way of comparison with Spanish law by virtue of the correlation that has had, in Chile, the construction of

RESUMEN / ABSTRACT

¹ El presente artículo ha sido realizado en el marco del trabajo de investigación del Máster en Estudios Jurídicos Avanzados en Derecho Público, Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco los comentarios de la profesora Dra. Raquel López Jiménez.

² Abogado, Universidad de Chile. Diplomado en Litigación en Derecho Administrativo Sancionador, Universidad de Chile. Candidato al Máster en Estudios Jurídicos Avanzados en Derecho Público, Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: albertosancheze1@gmail.com. Dirección postal: Calle del Espíritu Santo N° 11, piso 3D, Madrid, España. Código Postal 28004.

Artículo recibido el 2 de mayo de 2022 y aceptado el 27 de junio de 2022.

do derecho administrativo sancionador al amparo de la teoría de la unidad del *ius puniendi* estatal.

the so-called administrative sanctioning law under the theory of the unity of the state *ius puniendi*.

Palabras clave: prueba, proceso penal, procedimiento administrativo sancionador, autorización judicial, trasvase, prueba ilícita.

Keywords: evidence, criminal process, administrative sanctioning proceeding, judicial authorization, exclusionary rule.

Introducción

En el derecho procesal penal chileno, al igual que en el ordenamiento español, el órgano fiscal que instruye la investigación de hechos constitutivos de delitos –en este caso, el Ministerio Público³– posee competencias legales para obtener material de cargo por medio de medidas intrusivas o que vulneran derechos fundamentales; potestad que requiere autorización del juez de garantía por disponerlo así el artículo 9 del Código Procesal Penal (en adelante, “CPP”). Registro de domicilio, incautación de objetos o correspondencia, interceptación de las comunicaciones⁴, entre otras; son algunas de las medidas que dispone el persecutor para obtener fuentes de prueba que sustenten su acusación y que, en definitiva, permitan aumentar las probabilidades de traspasar el estándar probatorio de condena legalmente establecido.

A diferencia de lo anterior, en el contexto chileno las autoridades administrativas que ejercen potestades de índole sancionadoras, en su gran mayoría, salvo el caso de la Fiscalía Nacional Económica, la Comisión para el Mercado Financiero y la Unidad de Análisis Financiero –que revisaremos en detalle–, carecen de dichos instrumentos en el marco de la instrucción de procedimientos administrativos sancionadores. Es decir, la regla general en el derecho chileno es la inexistencia de potestades intrusivas para los efectos de acreditar el supuesto de hecho de la infracción administrativa. Por cierto, valga decir que este diseño normativo es compartido en el ordenamiento español, donde por regla general⁵ tampoco se le permite a la Administración Pública utilizar medidas limitativas de derechos fundamentales, ni siquiera con autorización judicial tal como nos indica Huergo⁶.

Además, cabe señalar que ante la ausencia de un estatuto jurídico con vocación general que regule el ejercicio de la potestad sancionadora en Chile, recibe aplicación supletoria⁷ a las normas sectoriales lo dispuesto en la

³ Artículo 3° CPP.

⁴ Tales medidas se encuentran consagradas en los artículos 205, 217, 218, 222 del CPP.

⁵ La excepción la encontramos en las potestades de la Comisión Nacional para los Mercados y la Competencia creada en el año 2013; también en materia sanitaria. Su regulación específica se abordará más adelante.

⁶ HUERGO 2019, 483.

⁷ Cabe apuntar que si bien la supletoriedad de la LBPA en materia sancionadora corresponde actualmente a doctrina y jurisprudencia mayoritaria y consolidada, en los primeros años de su

Ley N° 19.880, que establece “Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado” (en adelante “LBPA”). En lo relativo a la incorporación del material probatorio, tal normativa establece en su artículo 35 una disposición más bien genérica respecto al *numerus clausus* de medios de prueba que pueden ser invocados a efectos de acreditar los hechos relevantes. Señala la norma: “Artículo 35. Prueba. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento, podrán acreditarse por *cualquier medio de prueba admisible en derecho*, apreciándose en conciencia” (énfasis añadido).

Así pues, frente a la imprecisión de la norma citada y a la falta de regulación general respecto a las potestades probatorias de cargo que ostenta la Administración Pública, surgen las siguientes preguntas que pretenden ser analizadas en este estudio con ayuda de la experiencia española. Primero, ¿Qué entendemos por *cualquier medio de prueba admisible en derecho*?; luego, dada la imposibilidad de utilizar de manera autónoma herramientas limitativas de derechos fundamentales por parte del instructor administrativo, ¿es posible la incorporación de las pruebas⁸ obtenidas en el proceso penal?, es decir, ¿la prueba obtenida vía medidas intrusivas en dicha sede puede tener efecto extramuros⁹ del proceso y, en particular, en un procedimiento administrativo sancionador? Finalmente, ¿Qué otras pruebas no intrusivas –como los documentos, atestados policiales, informes periciales, declaraciones– podrían utilizarse y bajo qué figura y condiciones sin que ello importe una vulneración del debido proceso?

Tales preguntas que han sido debatidas en el derecho español cobran especial relevancia en el contexto chileno, por ejemplo, en aquellos ilícitos administrativos que en razón de su naturaleza comparten elementos fácticos de un tipo penal, o bien, cuando el legislador ha optado por una doble tipificación de un mismo supuesto de hecho en el orden administrativo y penal. Ejemplos del primer caso serían el delito de vertimiento en aguas contemplado en el artículo 315 del Código Penal que, a su vez, comparte elementos factuales con las infracciones administrativas contenidas en el artículo 11 letra b) de la Ley 18.902 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios –disposición que sanciona la prestación del servicio de agua potable conforme a niveles de calidad que pudiere afectar a la salud de la población–; o con el

vigencia el Tribunal Constitucional desconfió de su capacidad para resguardar el debido proceso constitucional, cuestión que motivó la presentación de un proyecto de ley que regularía específicamente la materia. Al efecto, véase la STC de 28 de octubre de 2002, sobre la Inconstitucionalidad del Proyecto de Ley que Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica el Código Penal. Un análisis acabado lo encontramos en FERRADA Y FERNÁNDEZ, 2004.

⁸ Para efectos de esta investigación, ocuparemos el término prueba en un sentido amplio para referirnos tanto a los actos de investigación, esto es, “aquellos realizados durante la etapa de investigación por los intervinientes, o la policía, que tienen por objeto recoger elementos de prueba que puedan ser utilizados”, como los actos de prueba propiamente tales, realizados por los intervinientes durante la etapa intermedia y el juicio oral. Al respecto, particularmente sobre sus diferencias, véase HORVITZ Y LÓPEZ, 2006: 69.

⁹ MORENO 2019, 519.

artículo 174 del Código Sanitario que regula sanciones ante incumplimiento de normas sanitarias en relación al uso de las aguas¹⁰, entre otros. Ejemplo de los segundos serían los ilícitos regulados en los artículos 59 y 60¹¹ de la ley 18.045 sobre Mercado de Valores; el ya referido delito de vertimiento en aguas y su correlato en el artículo 136¹² de la Ley General de Pesca y Acuicultura; o bien, los ilícitos vinculados a la extracción ilegal de aguas y duplicidad de título de propiedad del derecho de aprovechamiento de aguas que constituyen indistintamente delitos e infracciones administrativas (artículos 459 y 460 bis del Código Penal en relación con el artículo 173 N°5 del Código de Aguas).

Asimismo, la materia cobra pertinencia en el marco de los denominado "*hallazgos casuales*", en virtud de los cuales el Ministerio Público podría encontrar pruebas indiferentes al hecho delictivo pero que, en forma autónoma, son configurativas de una infracción administrativa. Esto fue justamente lo que ocurrió en España en el denominado caso "*Hércules de Alicante*", donde en el marco de una investigación penal en que se efectuaron "escuchas telefónicas" se descubrió que el ascenso de un equipo de fútbol a primera división había sido obtenido mediante el "arreglo" de cuatro partidos; supuesto de hecho que constituía una infracción administrativa. La discusión que se presentó en dicha ocasión fue justamente aquella relativa a si el instructor en sede administrativa podía o no utilizar esa información en el ámbito infraccional.

Aclarada esa cuestión sobre la legalidad del trasvase probatorio entre la investigación penal y la administrativa sancionadora, surgen interrogantes en cuanto a sus límites y condiciones de aplicación, los cuales emanan fundamentalmente de uno de los principios del derecho penal que paradigmáticamente ha sido extrapolados al derecho sancionador; el *non bis in ídem*. Así, ¿es posible la utilización de la prueba obtenida en el proceso en un expediente administrativo instruido de manera simultánea?, o bien, ¿solo es posible y bajo qué condiciones puede usarse la prueba cuando ya existe sentencia penal firme y ejecutoriada? Finalmente, ahora en relación a los principios de proporcionalidad y debido proceso, la pregunta es casi intuitiva: aceptar la utilización de esa prueba obtenida en virtud de medidas intrusivas ¿no es configurativo de una especie de prueba ilícita sobrevenida, impropia o encu-

¹⁰ El artículo 72 del Código Sanitario consagra la facultad de la autoridad sanitaria para ejercer vigilancia sobre provisiones o plantas de agua destinadas al uso del hombre. Por su parte, el artículo 73 prohíbe, bajo apercibimiento de sanción, la descarga de aguas servidas y de los residuos industriales o mineros en ríos o lagunas, o en cualquier otra fuente de agua que sirva para proporcionar agua potable a alguna población, para riego o para balneario, sin que antes se proceda a su depuración en la forma que se señale en los reglamentos.

¹¹ Tales normas tipifican delitos en materia de mercado de valores que, a su vez, son constitutivos de infracciones administrativas. Sobre esto y relación con el principio del *non bis in ídem* nos referiremos en detalle más adelante.

¹² La referida norma sanciona como delito la conducta de introducir contaminantes en cuerpos de agua, señalando expresamente que ello es "sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes".

bierta, teniendo en cuenta que el órgano administrativo no posee competencias limitativas de derechos fundamentales y que la medida se autorizó para una finalidad distinta?.

Pues bien, la presente investigación pretende contestar tales interrogantes con base en las normas jurídico procesales del orden penal, administrativo y del derecho público en general. Al final de este trabajo se proponen criterios que abordan las cuestiones planteadas; también se esbozan algunas consideraciones de *lege ferenda*. No obstante, antes de abordar la cuestión de fondo, es necesario delimitar el objeto de estudio en cuanto a la configuración de la potestad sancionadora de la Administración del Estado y su relación con el derecho penal en el ordenamiento chileno y español, así como aquellas posiciones doctrinarias que en el contexto nacional abogan por una reconfiguración autónoma de la teoría de las sanciones administrativas; todos ellos, elementos referenciales que permitirán abordar esta investigación.

I. La relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. El caso español y su correlato en el derecho chileno

1. El caso español: la construcción de la doctrina unitaria del *ius puniendi* estatal

En el ordenamiento español, durante la década de 1970 se fraguó una teoría en torno a la naturaleza jurídica de las infracciones administrativas que hace eco hasta el día de hoy y que, incluso, ha impactado más allá de las fronteras españolas. Tal teoría sostuvo, ante los problemas de identidad de las sanciones administrativas, y luego de transitar por opiniones en torno a la inconstitucionalidad de las mismas como sostuvo en su época el profesor J. R. Parada¹³, que tanto las sanciones administrativas como las penas provenían de un único *ius puniendi* estatal, por tanto, a las primeras debía aplicarse los principios y garantías del derecho penal.

Esta teoría de la unidad del *ius puniendi* o de identidad conceptual entre penas y sanciones administrativas, articulada entre otros bajo la pluma de García De Enterría¹⁴, tuvo una muy buena acogida por su vocación garantista en una época preconstitucional, a tal punto que las infracciones y penas tuvieron un reconocimiento conjunto en el artículo 25 de la Constitución Española de 1978¹⁵. A partir de ahí la jurisprudencia judicial y constitucional fue perfeccionando tales postulados, contexto en el cual se pronunció la ya

¹³ J. R. Parada Vásquez en un trabajo preconstitucional de 1972, titulado "Poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", sostuvo que la potestad sancionadora atenta directamente contra el monopolio jurisdiccional que corresponde a los jueces y tribunales.

¹⁴ El citado autor sostiene esta postura, por ejemplo, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T-R, 2006, Tomo II: 169.

¹⁵ Artículo 25. "1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

célebre frase en orden a que los principios y garantías del derecho penal debían aplicarse “con matices” en el denominado derecho administrativo sancionador. Sobre ello resulta paradigmática la STC 18/1981 que, apoyada en sentencias anteriores del Tribunal Supremo¹⁶, petrificó la siguiente doctrina constitucional:

“[H]a de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, *con ciertos matices*, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

Así pues, se optó por una especie de trasvase principalista entre el orden penal y el administrativo sancionador, permitiendo la existencia de matices, es decir, con la posibilidad de considerar excepciones en la aplicación de los principios penales a las sanciones administrativas. La consecuencia de esta identidad ontológica fue que se borró cualquier límite material entre ambos campos, con la única excepción del impuesto por la CE en el artículo 25.3: “la prohibición de imposición de sanciones administrativas que impliquen, directa o subsidiariamente, la privación de libertad”.

En virtud de ello, los principios de tipicidad, culpabilidad, *non bis in idem*, debido proceso y otros han sido de común aplicación “matizada” en el derecho administrativo sancionador, cuestión que, a juicio de Huergo, ha generado más dudas que certezas en relación con la efectividad de esta teoría para resguardar los derechos de los particulares en sus relaciones con la Administración Pública, de manera que su aplicación permita cierto grado de predictibilidad en las decisiones jurisdiccionales¹⁷.

Por último, cabe indicar que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establecía en su Título IX la regulación de la potestad sancionadora. Las nuevas leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante “LPAC”) y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante “LRJSP”), derogatorias de la anterior, también establecen regulación expresa en la materia. En efecto, por un parte, los artículos 25 y ss. de la LRJSP consagran los principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción y concurrencia de sanciones (*non bis in idem*). Por otra parte, la LPAC, muy criticada por su técnica legislativa¹⁸, establece de manera dispersa normas procedimentales que limitan el ejercicio de la potestad sancionadora; disposiciones que van en la línea de lo que

¹⁶ En efecto, esta línea jurisprudencial se apoya en los pronunciamientos previos del Tribunal Supremo, sostenido en sus sentencias de 29 de septiembre y 4 y 10 de noviembre de 1980.

¹⁷ HUERGO 2007, 42.

¹⁸ CASINO, 2019.

venimos comentando: la consagración legal de los criterios asentados por la jurisprudencia en aplicación de la teoría de la unidad de *ius puniendi* estatal.

2. El correlato de la doctrina española en el ordenamiento chileno y su (actual) reconfiguración

Como era de esperar, la teoría de la unidad del *ius puniendi* y su regulación principialista en torno al denominado derecho administrativo sancionador no tardó en expandirse en el ordenamiento jurídico chileno, al punto que su origen e idéntica formulación es un hecho expresamente reconocido por la doctrina¹⁹. No obstante ello, es digno de mencionar que la constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración Pública también fue objeto de reproches por cierta parte de la doctrina que desconocía la teoría de la unidad a la luz de la Carta Fundamental de 1980. El principal exponente de esta posición fue el profesor Soto Kloss –secundado por Aróstica²⁰–, quien en la misma línea que trazara en su época J. R. Parada sostiene que se trata de una potestad inconstitucional puesto que su ejercicio corresponde a una facultad que la Carta Fundamental ha entregado al Poder Judicial²¹.

Fue finalmente el Tribunal Constitucional el encargado de zanjar esta discusión en el año 1996, órgano que con motivo del control de constitucionalidad de la denominada Ley de Caza petrificó –al igual que su homólogo español–, la siguiente doctrina: “[...] 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”²².

Tal jurisprudencia constitucional fue madurando con ocasión de las sentencias 480/2006²³ y 479/2006²⁴, las cuales concluyeron que los principios del derecho penal debían aplicarse con “matices” al orden sancionador. Por ejemplo, respecto del principio de tipicidad, tal matización se tradujo en que bastaba con que el núcleo esencial de la conducta se regulara en la ley, permitiendo la colaboración reglamentaria en la descripción del hecho infraccional.

Valga señalar que la aplicación de esta doctrina por parte de los Tribunales de Justicia fue prácticamente unánime, quienes asumiendo la teoría de la unidad se han esforzado por dotar de contenido a los límites y matices con que debían aplicarse los principios penales²⁵. Con todo, es importante mencionar que existe una línea jurisprudencial en sentido contrario, esto es, una que articula al derecho sancionador como un estatuto autónomo respecto del derecho penal, razón por la cual no pueden aplicarse los principios de

¹⁹ ROJAS, FERRADA Y MÉNDEZ, 2021: 106.

²⁰ ARÓSTICA 1991, 174.

²¹ SOTO KLOSS 2012, 494 y ss.

²² STC N° Rol 244/1996, considerando 9°.

²³ STC N° 480/2006. Considerando Vigésimo Segundo.

²⁴ STC N° 479/2006, considerando 8°.

²⁵ En el mismo sentido, por ejemplo, SCS Rol C- 138.348-2020 de fecha 22 de marzo de 2021.

este último de manera *automática* sino que deben considerarse a tal efecto los márgenes del procedimiento administrativo, entre otros aspectos propios del campo del derecho administrativo²⁶.

A pesar de ello, y de igual forma que ocurrió en el caso español, la construcción de los límites de la potestad sancionadora por parte de los Tribunales de Justicia ha dejado más dudas que certezas en torno a su utilidad en materia de garantía de los derechos de los particulares. En palabras de Letelier, la aplicación matizada parece más una figura retórica que una explicación razonable de las características de las sanciones administrativas, cuestión que quedaría en evidencia cuando se analiza en profundidad los matices que se aplican día a día, los cuales, al entregarse a la casuística judicial, terminan generando una baja predictibilidad de las decisiones futuras²⁷.

Más recientemente, el citado autor ha criticado de forma orgánica los cimientos de la teoría de la unidad que, ilusoriamente, pretendería que al dominar el concepto de sanción administrativa se generaría una escalada deductiva que solucionaría todos los problemas concretos, en donde la unidad conceptual y el trasvase principialista actuarían como una garantía de corrección. El problema de esta teoría indica el autor, entre muchos, radicaría en la utilización del “método de mayor abstracción” en donde se escoge un paraguas común –en este caso, el *ius puniendi* estatal– para tratar de igual manera situaciones que no poseen las mismas particularidades. Como lo ha identificado Letelier, tal opción presenta tanto *riesgos de entrada* que se traducen en la posibilidad de errar al momento de identificar los elementos que conforman la “agrupación familiar” justificante de la regulación común, como también *riesgos de tratamiento*²⁸, esto es, aquellos que se generan al asignar efectos comunes a todos los integrantes de la familia sin considerar sus particularidades o los diversos bienes jurídicos que protegen. Así entonces, ambos riesgos y su errada aplicación se evidenciarían en el enorme catálogo de sanciones que consagra el ordenamiento jurídico en sectores que poseen particularidades que justifican, o bien, desautorizan un tratamiento común (como ocurre con las denominadas *sanciones regulatorias*).

En la misma línea, Rojas, Ferrada y Méndez han sostenido recientemente que esta teoría constituye una mala copia de la doctrina española clásica y que ello ha importado incertezas respecto a las verdaderas garantías para el ejercicio y control de la potestad sancionadora; problemática que aboga por una nueva reconfiguración de la materia a partir del propio Derecho Administrativo²⁹. Tal reconfiguración planteada, que sigue la línea de los trabajos de

²⁶ Esta posición es construida a partir del denominado “Caso Mackenna”, SCS Rol C-1079-2014, considerando 9°.

²⁷ LETELIER 2017, 627.

²⁸ LETELIER 2021, 69.

²⁹ ROJAS, FERRADA Y MÉNDEZ 2021, 110.

autores como Román³⁰, Van Wezel³¹, Soto Delgado³², Letelier³³, entre otros, supone entender el fenómeno de las sanciones desde el paradigma del enfoque de la regulación responsiva y del derecho administrativo, lo que implica un cambio desde la noción de coacción-sanción como única respuesta al incumplimiento, a la idea de que la Administración, con el objetivo mejorar el cumplimiento de las normas en términos de *enforcement*, posee diversas herramientas que van desde la revocación a la persuasión. Luego, entonces, la multa o la sanción no representan siempre la mejor manera de obtener los fines de interés general.

A juicio de quien redacta, resulta necesario abogar por una reconfiguración autónoma del derecho administrativo sancionador, toda vez que el recurso de urgencia que durante más de dos décadas ha supuesto el acudir a la teoría de la unidad del *ius puniendi* para dotar de garantías al presunto infractor, propias del campo penal, ha evidenciado su artificialidad para enfrentar las problemáticas que presentan las tan disímiles potestades sancionadoras que ostenta la Administración Pública. Esto queda al descubierto al analizar, por ejemplo, las denominadas *sanciones regulatorias*, donde sus particularidades distan mucho del derecho penal en tanto éstas no se configuran como una respuesta punitiva en clave de castigo, sino más bien como una manera de resguardar el cumplimiento de los fines de interés general que, en el caso de los mercados regulados, radica en el resguardo de la calidad y continuidad de los servicios.

La discusión anterior no resulta baladí, toda vez que la configuración o reconfiguración de la teoría de las sanciones administrativas impacta directamente en las garantías sustantivas y procesales que deben aplicarse al procedimiento administrativo, cuestión que cobra relevancia en este trabajo con motivo de las reglas de incorporación y exclusión probatoria que mayoritariamente se han encuadrado en torno a la noción del “debido proceso”.

II. Aspectos generales sobre el debido procedimiento administrativo sancionador y su manifestación probatoria en Chile

El debido proceso y su encaje constitucional en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental ha sido definido y estudiado principalmente a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁴. Diversos autores como Navarro, Bordalí y López³⁵ han abordado su incuestionable aplicación en el marco de los procesos penales, pero lamentablemente hay que asumir que no existe

³⁰ ROMÁN 2008, 125-126.

³¹ VAN WEEZEL 2017, 997-1043.

³² SOTO 2016, 189-226.

³³ LETELIER 2017, 622-689.

³⁴ STC N° 1838 2011: “[e]l procedimiento debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo, para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso”.

³⁵ NAVARRO 2013, 14; BORDALÍ Y FERRADA 2008, 148; HORVITZ Y LÓPEZ 2006, 66.

una definición unívoca en relación a su extensión y contenido. Recientemente, Carbonell y Letelier han propuesto una concepción unitaria y minimalista al entenderlo como una garantía procesal primaria frente al ejercicio de la jurisdicción que tiene fuente constitucional y que incluye varios derechos que los jueces están obligados a respetar. En palabras de los citados autores:

Así las cosas, la concepción unitaria y minimalista del debido proceso judicial, aplicable tanto a los procesos civiles, contencioso administrativo y penales, está integrada por los siguientes derechos 1. Derecho a un juez independiente, imparcial, predeterminado por la ley y competente. 2. Derecho a un proceso previo legalmente tramitado; 3. Derecho a un proceso público; 4. Derecho a la defensa. (a) Defensa técnica (asistencia letrada) y gratuita. (b) Defensa material: i. Derecho a ser oído dentro de un plazo razonable; ii. Derecho a formular alegaciones; iii. Derecho a ofrecer y rendir pruebas; iv. Derecho a contradecir alegaciones y pruebas; y v. Derecho a una sentencia motivada³⁶.

En materia probatoria, a mi juicio, deberíamos agregar el derecho a la existencia y aplicación por parte del juez de las reglas de exclusión -cuando ello sea procedente en aplicación del principio de proporcionalidad-, respecto de aquellas pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Esta cuestión la abordaremos en detalle con motivo de la institución de la "prueba ilícita"; por ahora, es digno destacar que en el derecho español toda la construcción jurisprudencial en torno a la ilicitud probatoria posee su piedra angular en la garantía del debido proceso y su encaje constitucional³⁷ en el artículo 24.2CE.

Dicho lo anterior, y en relación a la extensión de la garantía del debido proceso en el ámbito administrativo sancionador, podemos indicar que ésta ha sido una cuestión ampliamente reconocida en la doctrina y jurisprudencia tanto judicial como constitucional³⁸. En este sentido, Navarro³⁹, Román⁴⁰, Cordero⁴¹, Osorio⁴², Isensee⁴³ y otros autores, han abogado por su aplicación

³⁶ CARBONELL Y LETELIER 2020, 369.

³⁷ Sobre esto, la STC 14/1984 es ilustrativa al sostener que la prueba ilícita no supone un derecho autónomo a la exclusión probatoria por vulneración de un derecho fundamental de índole sustancial. Además de ello, debe generarse un efecto directo en el proceso en términos de un desequilibrio en los derechos procesales de las partes que, en definitiva, suponga una vulneración del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 24.2 CE.

³⁸ STC Rol 2682 de 2014, considerando décimo: "[T]al omisión se salvaría si al ejercer dichas competencias la autoridad instruye una investigación que cumpla las exigencias básicas del debido proceso, como la formulación de cargos, su notificación al inculpado, seguida de una oportunidad efectiva para que éste pueda ejercer el derecho a defensa, incluida la posibilidad de allegar y producir pruebas, así como la posibilidad de impugnar lo resuelto en sede jurisdiccional". En el mismo sentido, SCS Rol C- 62128-2016. Recientemente, SCS Rol C-36.698-2021.

³⁹ NAVARRO 2013,24.

⁴⁰ ROMÁN 2009, 204.

⁴¹ CORDERO 2014, 431.

⁴² OSORIO 2021, 356.

⁴³ ISENSEE 2016, 86

bajo el rótulo del debido procedimiento administrativo sancionador. Originalmente, y anclado en la "literalidad" de la teoría de la unidad del *ius puniendi* se pretendió extrapolar todas las garantías del proceso penal al sancionador; luego, se comprendió que el estándar constitucional se cumplía cuando el órgano instructor observara las normas y trámites consagradas en la LBPA, además de las normas sectoriales pertinentes y la aplicación matizada de los principios procedimentales del orden penal⁴⁴.

No obstante ello, cierta parte de la doctrina, particularmente Carbonell y Letelier, entienden que el debido proceso no es una garantía aplicable al ámbito administrativo, pues su aplicación supone igualar el ejercicio de la potestad jurisdiccional (donde sí aplica el debido proceso) con los poderes y la ejecución normal de las funciones administrativas⁴⁵.

Pues bien, revisadas las posturas en torno a la cuestión, adscribo a aquella que reconoce la existencia de un verdadero debido procedimiento sancionador amparado tanto en las disposiciones de la LBPA como en la aplicación matizada de los principios adjetivos del orden penal en tanto recurso de urgencia, toda vez que, a mi juicio, ello supone otorgar al presunto infractor un mínimo de garantías procedimentales compatibles con el artículo 19 N° 3 de la CPR. Esta concepción del debido procedimiento administrativo no debiese alterarse sustancialmente en caso de triunfar una articulación autónoma de la teoría de las sanciones anclada en el propio derecho administrativo, pues, en tal caso, sería tarea del legislador definir aquellas garantías procedimentales a un nivel compatible con la máxima constitucional sobre el debido proceso, so pena de incurrir en un supuesto de inconstitucionalidad.

Dicho esto, corresponde revisar la regulación actual en materia de debido procedimiento administrativo a fin de poder llegar al núcleo probatorio del presente trabajo. Resumiendo la cuestión, podemos indicar que la materia se consagra tanto en los artículos 10, 11 y 17 letra (f) de la LBPA que consagran las garantías procesales del interesado y, en particular, los principios de contradicción y objetividad, como en el artículo 35 que se refiere directamente a los actos de prueba según ya adelantamos.

Sobre este último punto, a juicio de Flores y Aguirrezábal, el principio rector en la materia debiese ser el equilibrio procesal que permita "igualdad de armas al interior de un procedimiento, lo que se traduce en el derecho del administrado a ofrecer prueba para desvirtuar los antecedentes que el fiscalizador ha logrado reunir durante la investigación administrativa"⁴⁶.

Luego, en relación a los actos o medios de prueba que pueden incorporarse al procedimiento, cabe señalar que la regla general es la libertad de inclusión de cualquier material probatorio "*admisibile en derecho*" conforme se desprende del tenor literal del artículo 35 de la LBPA. A juicio de Flores y

⁴⁴ Al respecto, véase, por ejemplo, SCS Rol C-31.700-2021.

⁴⁵ CARBONELL Y LETELIER 2020, 374-375.

⁴⁶ FLORES Y AGUIRREZÁBAL 2021, 10.

Aguirrezabal, tal proposición debe entenderse como aquellos mecanismos probatorios que autorizados por el ordenamiento jurídico deberán ser considerados en la resolución definitiva como parte esencial de la motivación del acto administrativo. Así, sostienen que “[e]n principio deberá aceptarse todo medio que genere prueba lícita, entendiendo prueba ilícita como todo aquel medio probatorio aportado por las partes o por funcionario público, que en sí mismo o en su obtención importe la violación de alguno de los derechos o garantías constitucionales, sin necesidad de existir al respecto sanción procesal expresa”⁴⁷.

Lamentablemente, en general, y asumiendo que ello responde a la baja densidad normativa que escogió el legislador en torno las “cuestiones probatorias”, no existen muchos trabajos ni pronunciamientos judiciales que aborden precisamente esta materia. Un caso de estudio es la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de Valdivia, Rol 64-2018, donde tangencialmente se abordó la ilicitud probatoria en el orden sancionador según revisaremos más adelante.

Con todo, donde sí se ha tratado la materia es en el ordenamiento jurídico español que contiene una norma que, a todas luces, resulta inspiradora de la disposición chilena. Ésta es el antiguo art. 80.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1992 y actual 77.1. de la LPAC que también se refiere a la posibilidad acreditar hechos relevantes en virtud de cualquier “medio de prueba admisible en derecho”⁴⁸. Sobre el contenido de dicha alocución, Alarcón señala que ésta no se refiere a exclusión de pruebas determinadas sino aquellas “pruebas ilícitas entendiendo por tales las obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales”⁴⁹. Por su parte, Rebollo Puig agrega algo muy importante en relación a la presunción de inocencia, en orden a que ésta conlleva la prohibición absoluta de utilizar pruebas ilícitas en los procedimientos sancionadores, toda vez que las pruebas obtenidas con lesión de los derechos fundamentales del inculpado son incapaces de enervar tal presunción⁵⁰.

Un pronunciamiento paradigmático en materia de prueba ilícita en el orden sancionador español lo encontramos en la STC 175 de 2000⁵¹, oportunidad en la que el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

[...] las garantías procesales contenidas en el artículo 24.2 CE son aplicables no solo en el proceso penal, sino también en los procedimientos administrativos sancionadores, con las matizaciones oportunas [...].

⁴⁷ FLORES Y AGUIRREZÁBAL 2021, 22. En el mismo sentido, MATURANA Y JARA 2009, 9.

⁴⁸ Artículo 77. Medios y período de prueba. 1. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁹ ALARCÓN 2007, 299.

⁵⁰ REBOLLO, 2010: 642.

⁵¹ En el mismo sentido, STS de 5 de abril de 2006.

Precisando aún más el alcance de las matizaciones debidas a la consideración de que se trata de procedimientos sancionadores y no del proceso penal, hemos mantenido que entre las garantías indudablemente aplicables “ex” art. 24.2 CE en los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario, se encuentran el derecho a la defensa, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y el derecho a la presunción de inocencia, lo que en este último supuesto supone no solo la necesidad de que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, sino la absoluta prohibición de utilizar y valorar pruebas obtenidas mediando la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos los medios de prueba así obtenidos, puesto que “el derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales...” (STC 86/1995, de 6 de junio F. 2⁵²).

III. El trasvase probatorio en el derecho español

1. Del trasvase de pruebas entre procesos jurisdiccionales

Antes de entrar al ámbito específico de esta investigación, primero debemos abordar la interrogante en torno a la posibilidad de traspasar pruebas en el ámbito estrictamente jurisdiccional, es decir, entre procesos. Por una parte, en materia civil, el ordenamiento procesal español consagra implícitamente el principio de la libertad probatoria en tanto no regula un listado taxativo de medios de prueba que vincule a las partes de cara a la determinación de hechos en el proceso, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que utiliza el vocablo “cualquier tipo de prueba”. De ahí la doctrina ha concluido “que el silencio legal [en materia civil] sobre la posibilidad de traer pruebas de un proceso a otro no puede ser interpretado en un sentido estrictamente prohibitivo”⁵³. Por otra parte, la jurisdicción contenciosa administrativa es más clara al respecto, pues contiene una regla específica en el artículo 61.5 de la LJCA⁵⁴ que autoriza la utilización

⁵² STC 86/1995: “(...) De las garantías procesales establecidas en el art. 24 C.E. resulta, además, una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas mediando la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de los derechos fundamentales (SSTC 114/1984, 107/1985, 64/1986 y 80/1991 y 85/1994). El derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios que sean constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues solo la prueba regularmente obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución, puede ser considerada por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria”.

⁵³ DIEZ-PICAZO 2013, 118.

⁵⁴ Artículo 61.5: “El Juez podrá acordar de oficio, previa audiencia de las partes, o bien a instancia de las mismas la extensión de los efectos de las pruebas periciales a los procedimientos conexos”.

de prueba pericial generada en el marco de otro proceso. Finalmente, en sede penal, la respuesta a nuestra pregunta no puede sino ser afirmativa, toda vez que el traspaso de pruebas inter procesos también se encuentra amparado y reconocido en virtud de lo dispuesto en el artículo 579⁵⁵ bis de la LECrim; norma que además consagra expresamente la teoría de los hallazgos casuales.

En conclusión, es dable inferir que en el orden jurisdiccional español es factible el trasvase probatorio entre diversos procesos, siempre y cuando se cumplan con las normas legales antes citadas y, a su vez, se respeten los principios que inspiran el procedimiento en materia probatoria. Particularmente, debe resguardarse el principio de contradicción que permite la posibilidad de contrastar y contradecir la fuente o el medio de prueba incorporado por parte del imputado⁵⁶.

2. Consideraciones generales sobre el trasvase del campo penal al administrativo sancionador

Ahora, ¿qué ocurre con la interacción probatoria entre procedimiento administrativo y proceso penal? Esta cuestión, ante la inexistencia de una norma que regulara la materia se planteó firmemente en el denominado caso “Hércules de Alicante”, donde fue imposible utilizar en el ámbito administrativo escuchas telefónicas (obtenidas en un proceso penal) que demostraban que el ascenso de un equipo de fútbol a la primera división española había sido obtenido mediante el arreglo de cuatro partidos.

Para responder esta pregunta, primero debemos revisar la configuración de las potestades intrusivas de la Administración Pública. A diferencia de Alemania, donde se excluye inequívocamente la utilización de estos medios en la persecución de infracciones administrativas⁵⁷, en España no hay una norma expresa con vocación general que regule la materia. Por ello, a juicio de Huergo, “debe decirse que [...] a la Administración no se le permite utilizar esta clase de medios [intrusivos] ni siquiera con autorización judicial”. La razón de esta diferencia en los medios que la Ley permite utilizar para la persecución de los delitos y de infracciones administrativas parece obvia según el citado autor y radica en “el principio de proporcionalidad [ya que] estos instrumentos de investigación, que inciden gravemente sobre los derechos fundamentales, solo pueden utilizarse para la persecución de las infracciones más graves, que son las penales (...)”⁵⁸.

⁵⁵ Artículo 579 bis. “Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales. 1. El resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal”. Sobre un análisis de la teoría de los hallazgos casuales, véase LÓPEZ, 2017.

⁵⁶ Esta distinción entre fuente y medio de prueba es muy relevante en el ordenamiento español. La primera, por ejemplo, un arma o los efectos del delito, la segunda, el informe pericial.

⁵⁷ HUERGO 2019, 486.

⁵⁸ HUERGO 2019, 486.

Si bien lo anterior constituye la regla general, como en todo ámbito existen excepciones. En el derecho español, las encontramos en las normas que regulan la Comisión Nacional para el Mercado y la Competencia, a partir de las cuales tal organismo puede solicitar autorización judicial para la entrada e inspección de domicilios (art. 8.6. LJCA en relación al art. 27 LCNMC) y también incautar “correos electrónicos y cualquier tipo de soporte documental de comunicaciones” (art. 27.4 de la LCNMC). Luego, en materia sanitaria encontramos otra excepción a esta regla ya que, por disponerlo así el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la autoridad sanitaria puede utilizar medidas intrusivas previa autorización judicial⁵⁹.

Dicho esto, y en virtud de esta deficiencia probatoria de carácter general en la materia, la doctrina española se ha planteado la interrogante que da origen a este trabajo, esto es, aquella relativa a la posibilidad de un traspasar al orden sancionador pruebas generadas en el proceso penal, con especial énfasis en aquellas obtenidas con limitación de garantías fundamentales. Sobre esto, cierta doctrina alude de entrada a que es una pregunta complicada ya que “se corre el riesgo de incentivar el abuso del proceso penal, iniciándolo pese a no tener probabilidades de éxito, solo para obtener pruebas que puedan utilizarse en un posterior procedimiento administrativo sancionador”⁶⁰.

Ahora, más allá de esos temores, la dogmática española ha razonado en torno a dos ideas que abordan esta cuestión de manera general y que pueden ser relevantes de cara a su debate en el derecho chileno. Primero, Huergo indica que, antes de pensar en configurar una autorización general de trasvase probatorio, debe analizarse la posibilidad de que las potestades propias del Derecho Administrativo operen como una *medida de compensación* respecto de esta especie de deficiencia investigativa (particularmente, en relación a las pruebas que comprometen derechos fundamentales).

Dicho en términos del derecho chileno, el citado autor se cuestiona si tanto los deberes de colaboración que vinculan a los órganos públicos (asimilable al principio de coordinación y unidad de acción contenidos en los artículos 3° y 5° inciso segundo de la Ley N° 18.575), como las facultades de requerir información que existen en algunos sectores de referencia, resultan suficientes para subsanar la imposibilidad de contar con medidas intrusivas. Ello, con la salvedad, por cierto, de que el deber de colaboración en el ordenamiento español es de mayor intensidad que el principio de coordinación que opera en el derecho chileno, en tanto vincula de manera expresa a todos

⁵⁹ Artículo 8.6. “Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada”.

⁶⁰ HUERGO 2019, 499.

los ciudadanos⁶¹ (y no solo a los servicios públicos, ya sea en su vertiente orgánica o funcional)⁶². Lamentablemente Huergo no llega a una opinión concluyente:

Por tanto, sigue habiendo muchas cuestiones no resueltas, sobre todo en el proceso penal [en relación al valor de las declaraciones del imputado y su admisión como medio de prueba], lo que nos impide concluir si los medios que tiene el juez para obtener pruebas con restricción de los derechos fundamentales, y de los que carece la Administración, constituyen un contrapeso de la mayor facilidad que tiene ésta para obtener, a través de los deberes de colaboración, información que pueda probar la comisión de infracciones administrativas⁶³.

A pesar de lo anterior, la pregunta de Huergo resulta útil para cualquier análisis de la materia, por cuanto si el órgano es capaz de recabar la misma información sin tener que acceder a la prueba penal (sobretudo si a ésta le precede una medida intrusiva), la conclusión en torno a su necesidad queda a la vista. Luego, tal resultado será relevante al momento de efectuar el imprescindible juicio de ponderación en materia de limitación de derechos fundamentales según indicaremos.

La segunda idea que aporta elementos para esta discusión es aquella relativa a las implicancias que el traspaso de pruebas tenga en materia de *non bis in ídem*. A juicio de Moreno⁶⁴:

[los problemas de la relación con el traspaso de pruebas] están vinculados al principio *non bis in ídem*. Este principio se expresa en una prohibición general de doble sanción por el mismo ilícito, el cual no solo se refiere al doble ilícito penal, sino también a uno penal y a otro administrativo. Como es sabido, dicho principio ha sido reconocido como un derecho fundamental integrado dentro de las garantías contempladas en el artículo 25.1 por el TC y aplicable cuando ambos ilícitos presenten

⁶¹ La regla específica la encontramos en el artículo 18 de la Ley 30/2015, norma que indica que: "1. Las personas colaborarán con la Administración en los términos previstos en la Ley que en cada caso resulte aplicable, y a falta de previsión expresa, facilitarán a la Administración los informes, inspecciones y otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias, salvo que la revelación de la información solicitada por la Administración atentara contra el honor, la intimidad personal o familiar o supusieran la comunicación de datos confidenciales de terceros de los que tengan conocimiento por la prestación de servicios profesionales de diagnóstico, asesoramiento o defensa (...).

⁶² Aunque de manera aislada, la Excm. Corte Suprema ha extendido el deber de colaboración a los servicios públicos funcionales, esto es, aquellos prestados por particulares en virtud de un título concesional. Al respecto, véase SCS Rol C- 33.588-2019.

⁶³ HUERGO 2019, 498.

⁶⁴ MORENO 2019, 523.

identidad de sujetos, hechos y fundamentos. Es objeto igualmente de reconocimiento en el artículo 31 de la Ley 40/2015⁶⁵.

Planteadas estas dos ideas en torno al trasvase, a lo cual podríamos agregar la obvia afectación de garantías fundamentales cuando la prueba traspasada sea de naturaleza intrusiva, resulta crucial analizar la única norma en el ordenamiento español que regula la materia y que, de alguna manera, ha intentado conciliar los intereses punitivos del Estado y los límites que debe observar el ejercicio de potestades sancionadoras en el campo de lo probatorio. Esta norma la encontramos en el artículo 31 de la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte (en adelante "LOD"), que derogó la Ley 3/2013, de 20 de junio, donde se regula la interacción entre el proceso penal y el administrativo sancionador que pasamos a detallar.

Primero, la norma ordena a la agencia estatal competente la suspensión de todo procedimiento en curso respecto de los "presuntos responsables de la infracción penal desde el momento en que por ella se aprecie que exista identidad de hechos" con el ilícito administrativo⁶⁶. Es decir, el legislador establece una preferencia temporal en favor de la vía penal mediante la imposición de un deber de suspensión basado únicamente en la identidad "factual" entre los ilícitos investigados. Segundo, en caso de sentencia condenatoria penal, la misma sentencia llevará aparejada como medida asociada la suspensión de la licencia federativa. En tal caso la agencia ya no podrá "sancionar a quien haya sido afectado por la medida asociada, siempre que entre el delito y la infracción administrativa se aprecie que existe identidad de hechos, sujetos y fundamento"⁶⁷. Como podemos ver, en este caso, se opta por la consagración del principio legal del *non bis in ídem* en su vertiente material y su requisito clásico de prohibición de juzgamiento múltiple por razón de concurrencia de los requisitos de la triple identidad. Tercero, en caso de sentencia absolutoria, sobreseimiento provisional o sobreseimiento libre, la

⁶⁵ Artículo 31. Concurrencia de sanciones.

1. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento".

⁶⁶ "(...) en caso de que el Juez proceda a continuar las actuaciones, lo comunicará a la Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte. Tanto en este caso, como en cualquier otro supuesto en que el informe no se haya solicitado, la Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte suspenderá todos los procedimientos sancionadores que se estuvieran tramitando respecto de los presuntos responsables de la infracción penal, desde el momento en que por aquella se aprecie que existe identidad de hechos".

⁶⁷ "(...) En caso de que el proceso penal finalice con una condena firme por la comisión de un delito previsto en el artículo 362 *quinquies* del Código Penal, la misma llevará aparejada automáticamente, como medida asociada, la suspensión de la licencia federativa por el mismo plazo establecido en la presente ley para las infracciones administrativas equivalentes, incluso en el caso de reincidencia y los demás previstos en el artículo 28. Dicha medida será adoptada por la Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte una vez tenga conocimiento de la condena. En este caso ya no será posible sancionar a quien haya sido afectado por la medida asociada, siempre que entre el delito y la infracción administrativa se aprecie que existe identidad de hechos, sujetos y fundamento".

agencia podrá continuar con el procedimiento sancionador y podrá “dar por acreditados los hechos probados que ésta [la sentencia] contenga”⁶⁸. Cuarto, se consagra una norma expresa que regula la materia objeto de investigación, que es del siguiente tenor:

(...) 5. La Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte podrá solicitar que le sean remitidas aquellas *diligencias de instrucción practicadas que sean necesarias* para la continuación de los procedimientos sancionadores. Dicha petición será resuelta por el Juez de instrucción, previa audiencia de los interesados, en el plazo de veinte días. En dicha audiencia los interesados podrán solicitar que sean también remitidos los documentos que les puedan beneficiar. El Juez, mediante resolución motivada, podrá acordar entregar a la Administración únicamente las diligencias que la aplicación del *principio de proporcionalidad autorice*.

Como podemos ver, la normativa permite expresamente el trasvase probatorio entre el orden penal y el administrativo. Ahora, a pesar de que la disposición no es clara respecto de la naturaleza intrusiva o no de las pruebas, la doctrina entiende que ello es permitido en razón del examen de proporcionalidad que debe realizar el juez, en tanto éste es propio del ámbito de la “ponderación de garantías fundamentales” en términos de R. Alexy⁶⁹.

Finalmente, cabe indicar que de la lectura y análisis de las normas transcritas Moreno ha formulado una posición de carácter general respecto al problema planteado en este trabajo. En efecto, dicho autor sostiene, entonces, que el trasvase de pruebas *no intrusivas* entre el proceso penal y el administrativo sancionador “solo es posible cuando ambos procedimientos no presenten identidad de sujetos, hechos y fundamento, y una vez que el proceso penal haya concluido”⁷⁰. En todo caso, la prueba solo podrá referirse a los hechos que no hayan quedado acreditados en la sentencia penal [porque estos de por sí vincularán a la Administración] o cuando la misma haya resultado absolutoria por otras causas”⁷¹. Agrega que ello será factible siempre y cuando el afectado por ella haya participado en su gestación en el proceso penal,

⁶⁸ “4. En los casos en que (...) el Juez de Instrucción considerase que no procede continuar las actuaciones penales, indicará a la Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte la finalización del procedimiento penal y ésta iniciará o continuará, en su caso, con la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores en curso. La Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte podrá solicitar que le sea remitido el auto de sobreseimiento libre, de sobreseimiento provisional o la sentencia absolutoria con el fin de dar por acreditados los hechos probados que ésta contenga”.

⁶⁹ ALEXY 2005, 83-103.

⁷⁰ Sobre esto, Díez- Picazo 2013, 122, indica que para obtener ese material probatorio y utilizarlo en el ejercicio de su potestad sancionadora, la Administración debe, en principio, esperar la terminación del proceso penal pues en virtud del artículo 44 LOPJ –que dispone que a los tribunales no penales les está vedado exigir el acceso a la información recogida en un proceso penal en curso–, y la regla de secreto contenida en el artículo 301 LECrim, la Administración solo puede acceder a la información en cuanto el proceso haya concluido.

⁷¹ MORENO 2019, 526.

de manera que haya logrado ejercer su derecho a la defensa en el marco de un proceso que se encuentra vinculado al principio de contradicción, pues las garantías probatorias en el proceso penal son mayores respecto del administrativo sancionador.

3. Sobre el trasvase de pruebas que emanan de medidas intrusivas

Dicho esto, ¿qué ocurre cuando en la obtención de las fuentes o medios de prueba existió incidencia en garantías fundamentales? Esta cuestión ha sido abordada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo a propósito de la utilización de los datos obtenidos en el marco de diligencias de intervención de las comunicaciones. El primero, ha sostenido en su sentencia 104/2006, de 3 de abril, en su FJ 2º lo siguiente:

A tal efecto bastará con señalar que, ciertamente, la adecuación a la Constitución de la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) precisa, entre otras condiciones, haberse autorizado judicialmente en resolución en la que deben exteriorizarse, por sí misma o mediante su remisión a la solicitud de la autoridad que solicita la intervención los elementos necesarios para ponderar que la medida se ajusta al *principio de proporcionalidad* y que se ha acordado, no como medida prospectiva genérica para la investigación delictiva, sino en relación con *personas y hechos delictivos determinados*, respecto de concretas líneas telefónicas con sujeción a plazos prefijados. De forma que las resoluciones judiciales de autorización de las intervenciones telefónicas deben contener datos relativos al marco espacial –líneas telefónicas delimitadas–, temporal –plazos–, objetivo –hechos delictivos investigados– y subjetivo –personas conectadas con los hechos delictivos y titulares o usuarios de las líneas telefónicas– de la misma, y la ejecución policial de la medida debe efectuarse en el marco fijado en las autorizaciones judiciales (por todas, STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 7).

Por su parte, la jurisprudencia judicial ha tenido ocasión de pronunciarse concretamente sobre un supuesto muy parecido al estudiado: la solicitud de información por parte del instructor administrativo al penal, encontrándose abiertos ambos procesos abiertos. A pesar de que tal supuesto merece tanto reproches de constitucionalidad a la luz del principio de *non bis in ídem* en su vertiente procesal (prohibición de juzgamiento simultáneo), como de legalidad a partir de la regla de secreto del sumario penal que rige hasta que se encuentre abierto el juicio oral⁷², la Sentencia de la Sección 1º de la Audiencia Provincial de Alicante, de 12 de agosto de 2010, indicó lo siguiente:

Si la finalidad de la interceptación de las comunicaciones es la investigación de delitos graves, debe quedar excluida de la restricción de ese derecho fundamental cualquier actuación tendente al descubrimiento

⁷² El artículo 301 de la LECrim impide que el sumario se traslade a personas ajenas al proceso penal hasta que no termine la instrucción y se celebre el juicio oral.

de hechos que no ostenten esa condición, como es cualquier infracción administrativa, por grave que sea y trascendencia social que pueda tener, pues de aceptarse esa tesis, quebraría la función garantista de la autorización judicial para la intromisión en los derechos fundamentales de las personas. No es posible, por tanto, remitir el contenido de las conversaciones intervenidas al órgano administrativo, porque las conversaciones detectadas no están amparadas por la autorización judicial que permitió las escuchas que se grabaron.

En el mismo sentido, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de abril de 2012, concluyó que “las conversaciones están amparadas por el derecho fundamental del art. 18.3 CE y, por tanto, una actuación de los poderes públicos, en concreto el ejercicio de su *ius puniendi* en el orden disciplinario, que utilice dichas conversaciones telefónicas como prueba en el expediente disciplinario vulneran directamente dicho precepto constitucional, pues repetimos, ni está amparada por un precepto constitucional discernible, ni responde a ninguno de los fines que la permiten”.

Así entonces, es concluyente indicar que, salvo para el caso regulado en el artículo 31 de la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte, la jurisprudencia española ha sido categórica en orden a rechazar la posibilidad de trasladar prueba obtenida con intromisión de garantías fundamentales desde el orden penal al administrativo sancionador.

Abordando esta cuestión, y ya en línea de efectuar consideraciones de *lege ferenda* con vocación general, Huergo es de la opinión de que para aceptar esta posibilidad sería necesaria una norma expresa que opere con carácter excepcional (como ocurre en materia deportiva). Además de ello, debería exigirse autorización judicial; oportunidad donde el juez podrá ejercer una labor de ponderación entre los bienes jurídicos protegidos (garantías fundamentales, por un lado; fines públicos por el otro), con el objeto de determinar si tales fines podrían haberse alcanzados mediante potestades no intrusivas y propias del campo administrativo⁷³. El citado autor, concluye lo anterior de acuerdo a la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de diciembre de 2015, en asunto C-419/14, que abordó la materia e indicó lo siguiente:

[I]a base jurídica que permita a la administración tributaria utilizar las pruebas mencionadas en el apartado anterior [pruebas obtenidas en el marco de un procedimiento penal (...) mediante interceptación de comunicaciones o incautación de correos electrónicos] debe ser suficientemente clara y precisa (parágrafo 81). En cuanto al principio de proporcionalidad debe apreciarse (...) si los medios de investigación menos lesivos del derecho garantizado por el artículo 7 de la Carta [intimidad del domicilio y de las comunicaciones] que la interceptación de

⁷³ HUERGO 2019, 502.

las comunicaciones y la incautación de correos electrónicos, tales como el mero control en los locales de WML y una solicitud de información o investigación administrativa (...) no habrían permitido obtener toda la información necesaria.

En conclusión, podemos sostener que en el ordenamiento jurídico español; en primer lugar, no existen prohibiciones que impidan un trasvase probatorio desde el orden penal al orden administrativo cuando estamos en presencia de fuentes y medios de prueba que no fueron obtenidas mediante pruebas limitativas de derechos fundamentales. Ahora bien, las condiciones de aplicación de dicho traspaso serían que (i) el proceso penal debe estar concluido, lo que se desprende de la norma del artículo 44 LOPJ –que dispone que a los tribunales no penales les está vedado exigir el acceso a la información recogida en un proceso penal en curso–, y en el artículo 301 LECrim que consagra la regla de secreto del sumario penal; (ii) no debe concurrir los requisitos de la triple identidad de la cosa juzgada por aplicación del *non bis in ídem* en su vertiente material pues en tal caso el procedimiento administrativo no debiera siquiera iniciarse; (iii) la prueba incorporada debe respetar el derecho a defensa y el principio de contradicción, por tanto, su validez se condiciona a la posibilidad que tuvo el afectado de controvertir la prueba en sede penal; o que pueda hacerlo con plenas garantías en sede administrativa.

En segundo lugar, es concluyente indicar que existe una prohibición total del traspaso de pruebas que haya sido objeto de medidas intrusivas; cuestión que solo es admitida cuando exista norma expresa que exija una autorización judicial previa que condicione su aplicación al principio de proporcionalidad. En caso contrario, tal prueba devendrá en ilícita en conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ. Con todo, cabe mencionar que, a fin de traspasar el estándar de necesidad de la medida, debiese ser carga del solicitante acreditar ante el juez la imposibilidad de acceder a la información mediante las actuaciones o potestades propias del derecho administrativo.

IV. El trasvase probatorio en el Derecho Chileno

1. Las potestades intrusivas como excepción a la regla general

En forma previa al estudio del trasvase de pruebas que venimos analizando, es preciso abordar el asunto relativo a la atomicidad de reglas sancionadoras que existen en el ordenamiento jurídico chileno. Siguiendo en esto Cordero Vega⁷⁴ hay que destacar que, ante ausencia de una norma de carácter general que regule los aspectos sustantivos y procedimentales en cuanto límites de la potestad sancionadora de la Administración Pública, el legislador nacional ha optado por un diseño institucional donde cada normativa sectorial ha ido delimitando su ejercicio; por supuesto, con incidencia de la labor jurisprudencial efectuada por la Excma. Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

⁷⁴ CORDERO VEGA 2020, 256.

En virtud de ello, y sin perjuicio de la aplicación supletoria del ya estudiado debido procedimiento administrativo sancionador que reconoce su fuente primaria en la LBPA, para responder las preguntas aquí planteadas debemos comenzar analizando las potestades probatorias que han sido otorgadas por el legislador sectorial; particularmente aquellas medidas intrusivas. Así, aun cuando la regla general en la materia sea la imposibilidad de utilizar este tipo de medidas por parte del instructor del procedimiento según ya adelantamos, existen excepciones en donde el legislador, en determinados sectores de referencia y en razón de los bienes jurídicos protegidos y/o de la especialidad técnica que presenta la actuación administrativa, ha permitido esta intromisión en materia de derecho fundamentales.

El ejemplo paradigmático de esta cuestión es la regla contenida en el artículo 39 letra n) del Decreto Ley N° 211, que permite a la Fiscalía Nacional Económica utilizar este tipo de medidas (p.e. intervención de comunicaciones), mediante personal de Carabineros o la Policía de Investigaciones, previa autorización judicial del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y del Ministro de Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda. En el ámbito financiero, la Ley N° 21.000 también otorgó a la Comisión para el Mercado Financiero la facultad de que el Fiscal instructor del procedimiento administrativo sancionador recurra a medidas de esta naturaleza para efectos de acreditar el hecho infraccional, para lo cual es necesaria la autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago⁷⁵. Esta solicitud debe “fundarse en antecedentes claros, precisos y graves acerca de la realización de conductas materia de la investigación o procedimiento sancionatorio en curso, así como el carácter indispensable de la medida solicitada para la determinación de la infracción”. En relación a la autorización judicial, se indica que ésta debe “especificar la medida, el tiempo el cual podrá ejercerse y las personas naturales o jurídicas a las que puede afectar”⁷⁶. Existen también potestades de esta índole en favor de la Unidad de Análisis Financiero creada por la Ley N° 19.913⁷⁷ y la Agencia Nacional de Inteligencia⁷⁸.

Finalmente, podemos identificar este tipo de competencias en la normativa que rige a la autoridad sanitaria (Secretaría Regional Ministerial de Salud), quien en conformidad con los artículos 155 y ss. del Código Sanitario pueden proceder al ingreso, registro y en su caso allanamiento de cualquier

⁷⁵ Artículo 5° numerales 5 y 27.

⁷⁶ Artículo 5, número 5°, inciso cuarto.

⁷⁷ El artículo 2° letra b) de la citada ley, consagra la competencia de la Unidad de Análisis Financiero para solicitar información reservada a determinados particulares, quienes están obligados a su entrega, caso en el cual se requiere la autorización judicial de un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago.

⁷⁸ Los artículos 24 y 25 de la Ley N° 19.974, “Sobre el Sistema de Inteligencia del Estado y Crea la Agencia Nacional de Inteligencia”, consagran un procedimiento especial en virtud del cual se permite la obtención de información vía interceptación de comunicaciones, previa autorización judicial de un Ministro de aquella Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional se realizará la diligencia o donde se inicie la misma.

sitio, edificio, casa local y lugares de trabajo, sean públicos o privados; todo ello previo decreto del Director General de Salud pero sin que medie autorización judicial como ha tenido oportunidad de aclarar recientemente la Contraloría General de la República⁷⁹.

Dicho lo anterior, en relación con este tipo de potestades que Enteiche denomina como “peligrosas”, el indicado autor sostiene, de acuerdo con la STC 1894 de 12 de julio de 2011 acerca del control al Proyecto de Ley que “sanciona el acoso sexual de Menores, la Pornografía Infantil y la Posesión de Materia Pornográfica Infantil”, que la Administración pública nunca puede afectar derechos fundamentales sin que exista algún tipo de protección. Esta salvaguarda a su juicio es justamente la “autorización judicial previa” y se explica por la garantía que presta un tercero independiente e imparcial antes de llevarse a efecto una actuación lesiva por la Administración del Estado. Por lo tanto, siempre que un órgano administrativo quiera ejercer una competencia nociva para los derechos fundamentales, sin el conocimiento del afectado, la autorización judicial previa actuará como cortapisa en favor del particular⁸⁰. A juicio de Cordero Vega, esta exigencia permite además “la posibilidad de ejercer un control judicial, lo que resulta especialmente relevante cuando en el marco de una fiscalización se afectan derechos y garantías fundamentales del sujeto fiscalizado”⁸¹.

Ahora, ¿qué sucede en los casos en que el legislador ha omitido contemplar la autorización judicial previa ante una eventual competencia lesiva? Al respecto, Enteiche propone, amparado en la jurisprudencia constitucional y en la construcción del principio de impugnabilidad de los actos administrativos⁸², lo que denomina “impugnación supuesta de la actuación administrativa”, esto es, el “deber para todo órgano administrativo, ante la imposibilidad del afectado de conocer un acto atentatorio de sus derechos fundamentales, de solicitar la aquiescencia previa del juez competente”⁸³.

2. El trasvase probatorio de pruebas no intrusivas: procedencia y condiciones de aplicación

Para responder a esta cuestión, a mi juicio, es menester efectuar dos consideraciones fundamentales; la primera, relativa al impacto que puede tener el trasvase en relación con el principio *non bis in ídem* en tanto ello implica necesariamente la tramitación de un procedimiento administrativo y, eventualmente, la imposición de una sanción por hechos que podrían ser parecidos o idénticos a aquellos investigados en sede penal. La segunda, aquella referida a la posible ilicitud o nulidad probatoria que puede generar su trasvase en relación con las garantías fundamentales del investigado.

⁷⁹ Al respecto, véase Dictamen CGR N° E96400/2021, de fecha 16 de abril de 2021.

⁸⁰ ENTEICHE 2013, 433 y 434.

⁸¹ CORDERO 2020, 27.

⁸² El autor funda su postura en el análisis de las STC Rol N° 1518-2010 y N° 1894-2011.

⁸³ ENTEICHE 2013, 437.

Con respecto a la primera idea, cabe indicar ante todo que la aplicación del *non bis in ídem* en el ámbito administrativo sancionador es una cuestión indiscutida hoy en día por parte de la doctrina y jurisprudencia. En cuanto a su contenido, éste ha sido delimitado, entre otros por Mañalich⁸⁴ y, recientemente por Gómez, quien lo resume de la siguiente manera:

“[e]l principio prohíbe la aplicación de dos o más sanciones, en uno o más órdenes punitivos, si concurre identidad de sujeto, hecho y fundamento. Junto con ello, el principio presenta un doble carácter: desde una perspectiva material, impide la pluralidad de medidas y, desde el ámbito procesal [en cuanto regla de clausura], proscrib[e] la tramitación de procedimientos coetáneos o sucesivos”⁸⁵.

A causa de lo anterior, y ante la dificultad de resolver posibles afectaciones al principio en orden a determinar si ambos procedimientos o sanciones comparten los requisitos de la triple identidad de la cosa juzgada, la judicatura ha analizado el requisito del fundamento a través del examen del bien jurídico protegido, de manera que si ambas normas sancionadoras protegen el mismo bien jurídico aplicará el *non bis in ídem* como regla de clausura sustantiva y procesal. En cambio, si ello no ocurre, se entiende que es lícita la aplicación de una sanción penal y otra administrativa.

El problema como indica Gómez, es que las “normas no establecen de manera categórica el o los bienes jurídicos que protegen (...) por tanto será nuevamente el juez o la Administración quienes tendrán que buscar, en los preceptos respectivos, el bien jurídico que se pretende proteger, de tal forma que si los bienes afectados son heterogéneos existirá diversidad de fundamento, mientras que si son homogéneos, en sus enunciados generales, no procederá la doble punición aunque las normas vulneradas sean distintas”⁸⁶. Esto fue justamente lo que ocurrió, por ejemplo, en relación a la Ley de Mercado de Valores donde la Corte Suprema efectuó una clara distinción entre el bien jurídico tutelado en sede penal (el patrimonio de las personas) y el administrativo (estabilidad del mercado financiero), concluyendo así que era lícita la imposición de sanciones en ambas sedes⁸⁷.

Por lo anterior, es posible concluir que el eventual traspaso de pruebas deberá respetar un primer límite en relación al estudiado principio si concurre la triple identidad, tanto en su vertiente procesal –esto es, no tramitando un procedimiento en forma paralela si concurre la triple identidad–, ni material –en aquellos casos en que emita sentencia condenatoria penal, la Administración no podrá ni siquiera iniciar el procedimiento–. En otros términos, a juicio de quien redacta, de no concurrir la triple identidad la Administración sí

⁸⁴ MAÑALICH, 2014.

⁸⁵ GÓMEZ 2021, 456.

⁸⁶ GÓMEZ 2021, 464.

⁸⁷ SCS 22970-2019. Considerando Undécimo. En el mismo sentido véase, más recientemente, “Caso Vantrust”, Rol C-30.509-2021.

podría solicitar a la Fiscalía pruebas no intrusivas e incorporarlas en su expediente sancionador mientras se lleve a efecto la etapa de investigación penal; ello, siempre y cuando el investigado y supuesto infractor coincidan toda vez que, en caso contrario, se deberá esperar a la apertura del juicio oral pues hasta ese momento rige el secreto de sumario expresamente contemplado en el artículo 182 del CPP.

En el mismo sentido, podría solicitarse la prueba no intrusiva una vez que, dictada la sentencia definitiva, se constate que no concurre los requisitos de la cosa juzgada material. Todo ello, por cierto, resguardando el principio de contradicción de manera que el investigado tenga garantías plenas para objetar la respectiva prueba.

Particular relevancia cobró el argumento relativo al secreto del sumario en el caso tramitado ante el Tercer Tribunal Ambiental, en reclamo de multa administrativa Rol N° 64-2018⁸⁸, presentado por Celulosa Arauco y Constitución S.A., donde el órgano jurisdiccional se pronunció sobre la legalidad de la actuación de la Superintendencia del Medio Ambiente; órgano que en el marco de una actuación previa al procedimiento sancionador ofició a la Fiscalía Penal para que le remitiera copia íntegra del expediente de una investigación en curso relativa a un episodio de muerte de peces en el sur del país.

En tal oportunidad, la Fiscalía entregó los antecedentes que analizados por el órgano administrativo dieron origen a la instrucción de un procedimiento sancionador en contra de un tercero por un hecho infraccional relacionado con la investigación penal (un derrame de licor verde, en la planta de celulosa CELCO). En este contexto, y a pesar de que el Tribunal reconoce que *"la citada carpeta investigativa devino en la única vía por la cual la SMA pudo enterarse de la contingencia"*⁸⁹, no se consideró como prueba ilícita o nula; primero, porque no fue incorporada materialmente al expediente sancionador por expresa petición de la Fiscalía fundada en que no existía identidad de sujeto que justificara la excepción a la regla de secreto del sumario penal; además de que se obtuvo en la fase de informaciones previas, es decir, previo al inicio del expediente sancionador⁹⁰. Por tales razones, concluye el tribunal, no hubo vulneración al debido proceso ni al derecho a defensa⁹¹.

A mi juicio, en esta sentencia el Tribunal no cuestiona la posibilidad del trasvase de pruebas, de manera que si la información no hubiese tenido ca-

⁸⁸ Sentencia disponible en: <https://3ta.cl/wp-content/uploads/2020/02/Sentencia-Definitiva-R-64-10-02-2020.pdf>

⁸⁹ Considerando Quincuagésimo Tercero y Quincuagésimo Cuarto.

⁹⁰ Considerando Undécimo: "De lo expuesto se concluye que los antecedentes penales fueron requeridos y presentados por las autoridades respectivas, tanto en el procedimiento administrativo sancionatorio como del jurisdiccional. Asimismo, en ambas sedes hubo requerimientos expresos para mantener tales antecedentes en reserva conforme lo dispuesto por el artículo 182 del CPP (...). Bajo este imperativo legal, le estuvo vedado, en consecuencia, a la Administración como a este Tribunal, incorporar física o digitalmente tales piezas a sus respectivos expedientes".

⁹¹ Considerando Quincuagésimo Sexto.

rácter reservada (por ejemplo, de haber existido identidad de parte), no habría habido inconveniente en su incorporación al expediente administrativo siempre y cuando se hubiese respetado el principio de contradicción.

En conclusión, si se trata de pruebas que no vulneran derechos fundamentales, creemos que es jurídicamente posible el trasvase probatorio entre un proceso penal en curso o terminado y un procedimiento administrativo sancionador, pero bajo las condiciones ya indicadas. Ahora, en resguardo de una posible afectación del *non bis in ídem*, parece pertinente abogar por la suspensión del procedimiento administrativo hasta que se dicte sentencia definitiva cuando existieran motivos fundados de que concurren los requisitos de la triple identidad, o bien, cuándo se investiguen los mismos hechos como ocurre en el derecho español con el artículo 31 de la LOD.

Por último, a juicio de quien redacta, el trasvase anotado debiese enmarcarse en un principio general de coordinación entre servicios públicos y autonomías constitucionales –que vaya en línea con el principio de eficacia de la función pública–, de manera que sea factible y obligatorio una solicitud de información desde o hacia el Ministerio Público por parte del servicio instructor; por supuesto, sin que ello afecte las funciones propias del órgano. Finalmente, y como condición de garantía procesal, debiese otorgársele traslado al investigado a fin de que pueda objetar u observar la prueba, cuestión que podría ocurrir dentro del término probatorio ordinario del procedimiento, o bien, en el contexto de las “cuestiones conexas” que tienen reconocimiento en el artículo 41 de la LBPA.

3. Sobre el trasvase de prueba obtenida en virtud de una medida intrusiva: ¿prueba ilícita?

Para abordar correctamente esta cuestión, es de capital importancia el análisis de una norma relativa a las potestades de la CMF que permite la utilización de la prueba intrusiva obtenida en el procedimiento administrativo sancionador, en la investigación penal, es decir, que consagra el trasvase probatorio a la inversa de aquel supuesto que aquí se estudia. Se trata del artículo 5 de la Ley 21.000 que señala lo siguiente:

(...) Dichos antecedentes podrán ser utilizados en un proceso penal ya iniciado, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal (...) Para los efectos de su incorporación al proceso penal, se entenderá que las copias de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados a partir de las diligencias [intrusivas] realizadas con autorización judicial de un ministro de Corte de Apelaciones, otorgada de conformidad con al presente numeral, cumple con lo dispuesto en el artículo 9 del Código Procesal Penal.

Es decir, en el ordenamiento jurídico chileno se permite el trasvase de pruebas obtenidas con limitación de garantías fundamentales desde el ámbito administrativo sectorial al ámbito penal, cuestión que podría explicarse por la mayor gravedad del ilícito penal y una especie de beneficio que le

otorga al persecutor penal para aprovechar las sinergias o esfuerzos estatales que se generan con el órgano administrativo especialista en la materia cuando se tipifica en doble vía un mismo hecho. Lo cuestionable, a mi juicio, no es que se permita, sino que se exima o presuma el control de proporcionalidad que supone el cortapisa necesaria en materia de afectación de derechos fundamentales, en tanto como lo indica la norma “se entenderá” que cumple con dicho requisito. En materia de libre competencia existe una norma en igual sentido⁹².

En otras palabras, se genera una presunción en una materia que por su naturaleza intrusiva debiese considerar las particularidades del caso concreto en relación al juicio de ponderación de garantías fundamentales, tal como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional⁹³. Luego, también resulta discutible si la parte afectada con esa prueba tiene la oportunidad de derrotar la presunción ante el juez de garantía -es decir, si estamos en presencia de una presunción de derecho o legal-, mediante la incorporación de antecedentes que permitan concluir, por ejemplo, la falta de proporcionalidad de la medida para el caso concreto.

Tales cuestiones fueron abordadas en la sentencia sobre control preventivo de la Ley N° 21.000, donde se indicó en relación a la norma que permitía el traspaso probatorio, además de que era una presunción simplemente legal, que:

Cuadragésimo Octavo. En el caso del artículo primero, numeral 27 del proyecto de ley, es constitucional en el entendido que la incorporación de pruebas al proceso penal, desde el procedimiento administrativo sancionador, debe realizarse sin perjuicio de lo establecido en el artículo 83 de la Constitución [exclusividad en la investigación]. Es el fiscal del Ministerio Público quien dirige de forma exclusiva la investigación penal y por tanto, toda incorporación de prueba dependerá de su estrategia y teoría del caso. (...) La presunción de que dichas pruebas cumplen con lo dispuesto en el artículo 9 del Código Procesal, debe entenderse como una presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario. Por tanto, la licitud o ilicitud de las pruebas obtenidas depende de la aplicación íntegra del Código Procesal Penal y de la decisión del juez competente⁹⁴.

⁹² Artículo 64 inciso final del DL 211: “Para los efectos de su incorporación [de la prueba en el proceso penal], se entenderá que las copias de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización judicial de un ministro de apelaciones, cumplen con lo dispuesto en el artículo 9° del Código Procesal Penal”.

⁹³ Por ejemplo, véase STC 6180-2019.

⁹⁴ Historia de la Ley N° 21.000, Oficio del Tribunal Constitucional, p. 1060. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/7652/HLD_7652_caa966e9053cdb1501c5c-674cece02f2.pdf

Vale decir, el TC indica dos cuestiones. Primero, que el deber de investigar por parte del Ministerio Público no puede ser reemplazada por el del órgano administrativo, por tanto no puede ser la única prueba de cargo. Segundo, que la autorización "ficta" es una mera presunción legal que puede ser desvirtuada por el imputado (quien tendrá la carga probatoria), de manera que es el juez quien debiese valorarlo al momento de revisar las eventuales exclusiones probatorias.

Sobre este punto, me parece que no se justifica la alteración del *onus probandi* en favor de la Administración, quien debiese tener la carga de la prueba en orden a reafirmar que la medida intrusiva utilizada en sede administrativa se justifica también en el orden penal, donde entran en juego otro tipo de consideraciones fundadas en la naturaleza jurídica diversa que presentan las sanciones penales e infracciones administrativas.

Ahora, ¿qué ocurre a la inversa? ¿Se permite el trasvase de pruebas intrusivas desde el campo penal al administrativo?

A juicio de quien redacta, la respuesta sería afirmativa únicamente si existiera una norma expresa en tal sentido que exija la autorización judicial de un Ministro de Corte de Apelaciones competente, quien debiese verificar, en el marco del juicio de proporcionalidad y particularmente del examen de necesidad, si el órgano solicitante podría haber obtenido la misma información o una equivalente mediante el uso de instrumentos propios del Derecho Administrativo, es decir, sin acudir a la prueba penal. En caso contrario, no debiese acogerse la solicitud en tanto el trasvase no puede entenderse como un reemplazo de funciones investigativas.

Luego, en ningún caso debiese presumirse la autorización con motivo de su otorgamiento en vía penal, en un sentido inverso a la presunción contenida en la Ley N° 21.000, toda vez que el debido proceso y la proporcionalidad de una medida debe considerar las particularidades del caso concreto y las distintas finalidades que persigue la actuación penal y administrativa sancionadora.

De ese modo, toda prueba que no cumpla con estas condiciones deberá entenderse como ilícita para los efectos de la instrucción del procedimiento administrativo, o bien, para su posterior control jurisdiccional. Dicho de otra manera, deberá operar la regla de exclusión probatoria que implícitamente se contiene en el artículo 35 de la Ley N° 19.880.

Conclusiones

Primera: En materia de sanciones administrativas, tanto en Chile como en España se ha optado por una articulación en base a la teoría de la unidad del *ius puniendi* estatal. Luego, a pesar de que su aplicación matizada ha provocado incertezas respecto a los límites de la potestad sancionadora y que, con ello, la doctrina chilena ha iniciado un intenso debate relativo a la necesidad de reconfigurar la teoría de las sanciones como un rama autónoma y propia

del derecho administrativo, ajena al campo de lo penal, es concluyente indicar que la jurisprudencia y doctrina mayoritaria reconocen la existencia de un debido procedimiento administrativo sancionador y su encaje en la Ley N° 19.880.

Segunda: En el contexto de las garantías que integran el debido proceso administrativo, el artículo 35 de la Ley N° 19.880 consagra implícitamente, cuando se refiere a "*cualquier medio de prueba admisible en derecho*", una regla de exclusión probatoria respecto de pruebas ilícitas, esto es, aquellas obtenidas con vulneración de garantías fundamentales y sin autorización judicial.

Tercera: Respecto a la posibilidad de incorporar pruebas obtenidas en el proceso penal como prueba de cargo en un procedimiento administrativo sancionador, se concluye que es posible únicamente en relación con aquellas obtenidas de manera no intrusiva.

En cuanto a los límites de esta potestad, debe respetarse el principio *non bis in ídem* en su vertiente procesal y material, por tanto, solo procederá cuando no concurren los requisitos de la triple identidad de la cosa juzgada. Además de ello, la solicitud únicamente puede efectuarse cuando el sumario no se encuentre amparado por la regla de secreto (lo que puede ocurrir, ya sea, concurriendo la identidad de sujeto o parte, o bien, si ya se inició el juicio oral). Y, finalmente, debe respetarse de manera plena el principio de contradicción respecto del investigado.

Cuarta: En relación con el trasvase de aquellas pruebas obtenidas con vulneración de garantías fundamentales, se concluye que ello está proscrito por el ordenamiento jurídico y, por tanto, su incorporación al expediente devendrá en ilícita. Así, la única posibilidad de un trasvase lícito requeriría una atribución legal expresa que, además, establezca como requisitos la autorización judicial y la aplicación del juicio de proporcionalidad.

En dicho contexto, al momento de efectuar el examen de necesidad de la solicitud probatoria, el juez debe examinar la factibilidad de que el órgano instructor pudiese haber obtenido la misma información en ejercicio de sus competencias propias del ámbito administrativo, es decir, sin tener que acudir a la instrucción ni a la prueba penal. Luego, entonces, de no ser factible su obtención autónoma, procedería el trasvase siempre y cuando se respeten los principios de contradicción respecto del investigado y del *non bis in ídem* –en su vertiente procesal y material–.

Bibliografía citada

- ALEXY, Robert (2005). Ponderación, control de constitucionalidad y representación. Teoría del Discurso y derechos constitucionales. Editorial Distribuciones Fontamara. Armenta Deu, Teresa (2009). La prueba ilícita. Un estudio comparado. Editorial Marcial Pons.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2007). El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
- BORDALI SALAMANCA, Andrés y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2008). Estudios de Justicia Administrativa. Editorial Legal Publishing Chile.

- CASINO RUBIO, Miguel (2019). Mito y realidad de las especialidades en el procedimiento administrativo sancionadora. En L. PAREJO y M. VAQUER (Dir.), *Estudios sobre procedimiento administrativo II. Tipos de procedimiento* Editorial Tirant lo Blanch.
- CORDERO VEGA, Luis (2020). El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno. *Revista Ius Praxis* año 26, N° 1, Universidad de Talca, 240-265.
- CORDERO VEGA, Luis (2020). Sobre la posibilidad de incorporar antecedentes contenidos en el marco de una fiscalización administrativa, realizada con autorización judicial previa, como prueba en un proceso penal. Informe en Derecho Doctrina Procesal Penal 2019-2020. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, (21) 9-53.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración del Estado en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, 1er Semestre, 399-439.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio (2013). Transmisión y cesión de datos personales obtenidos en un proceso penal a un procedimiento sancionador por dopaje. *Revista Jurídica del Deporte. Editorial Aranzadi*, (40) , 727-728.
- DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Luis María (2013). La utilización de la prueba penal en el procedimiento administrativo sancionador. La recepción del Derecho de la Unión Europea en España. *Derechos, mercado único y armonización fiscal en Europa. Liber Amicorum en homenaje a Antonio Martínez Lafuente*. Editorial La Ley, Wolter Kluwer, España.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2018). Autorización judicial previa e impugnación supuesta de la actuación administrativa: nuevos elementos del debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Ius et Praxis*, Año 2018, (1), 427-438.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel (2004). Sentencia Sobre la Inconstitucionalidad del Proyecto de Ley que Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica el Código Penal en Materia de Lavado y Blanqueo de Activos (Tribunal Constitucional). *Jurisprudencia comentada. Revista de Derecho (Valdivia)*, 17, 251-271.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos y AGUIRREZABAL, Maite (2021). La prueba como elemento esencial del debido procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (33), 5-32.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, 169 y ss.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2021). Potestad administrativa sancionadora: la conveniencia de su reconocimiento constitucional. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32), 37-63.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2021). Non bis in idem: tendencias actuales en materia de sanciones administrativas. En D. LOVERA (Ed.), *Anuario de Derecho Público 2021*. Editorial Universidad Diego Portales.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2006). *Derecho Procesal Penal*. Tomo I y II, 1-645. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- HUERGO LORA, Alejandro (2007). *Las Sanciones Administrativas*. Editorial Iustel.
- HUERGO LORA, Alejandro (2019). La utilización en el procedimiento sancionador de pruebas obtenidas en procesos penales. En I. COLOMER HERNÁNDEZ (Ed.), *Uso y cesión de evidencias y datos personales entre procesos y procedimientos sancionadores o tributarios* Editorial Thomson Reuters.
- ISENSEE RIMASSA, Carlos (2016). Debido proceso y su recepción en la ley N° 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa. *Revista de Derecho Público* (84), 85-97.
- JARA SCHNETTLER, Jaime y MATURANA MIQUEL, Cristián (2009). Acta de fiscalización y debido procedimiento administrativo. En *Revista de Derecho Administrativo* (3), 1-29.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Revista de Política Criminal*. 12 (24), 622-689.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2018). El precio del estatus quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 31 (1), 209-229.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2020). Sanciones administrativas regulatorias: tres premisas sobre su función. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (34), 65-83.

- LETELIER WARTENBERG, Raúl y CARBONELL BELLOLIO, Flavia Emilia (2020). Debido proceso y garantías jurisdiccionales. En P. CONTRERAS y C. SALGADO (Ed.), *Curso de Derechos Fundamentales*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, R. (2017). Régimen Jurídico de los datos personales obtenidos en los descubrimientos casuales durante la investigación de los delitos”, en I. COLOMER HERNÁNDEZ, *Cesión de datos personales y evidencias entre procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores y tributarios* (315-343). Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menos (Navarra).
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2014). El principio ne bis in ídem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionador. *Revista de Política Criminal*, 9 (18), 543-563.
- MORENO FUENTES, Rodrigo (2019). Algunas cuestiones respecto al entrecruzamiento de regímenes jurídicos en la transmisión de la prueba penal al procedimiento administrativo sancionador. En I. COLOMER HERNÁNDEZ, *Uso y cesión de evidencias y datos personales entre procesos y procedimientos sancionadores o tributarios*. Editorial Thomson Reuters.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2013). *El Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En J. ARANCIBIA; J. I. MARTÍNEZ; A. ROMERO SEGUEL (Coord.). *Litigación Pública*, Colección Estudios de Derecho Público Editorial Thomson Reuters.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos, Madrid.
- OSORIO VARGAS, Cristóbal (2020). *Manual de procedimiento administrativo sancionador*. Parte General. Editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2010). *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Lex Nova.
- ROJAS CALDERÓN, Christian; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y MÉNDEZ ORTIZ, Pablo (2021). La reconfiguración teórica de la potestad sancionadora de la Administración Pública: del tradicional *ius puniendi* único estatal a la función responsiva. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (34), 98-130.
- ROMÁN CORDERO, Cristián (2009). El debido procedimiento administrativo sancionador. *Revista de Derecho Público* (71), 183-2014.
- ROMÁN CORDERO, Cristián (2008). *Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o no ser? He ahí el dilema*. En *Derecho Administrativo*. 120 años de Cátedra. Editorial Jurídica de Chile, 107-141.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012). *Derecho Administrativo*. Temas Fundamentales. Editorial Thomson Reuters, Santiago.
- SOTO DELGADO, Pablo (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Revista Ius et Praxis*, año 22, (2), 189-226.
- PARADA VÁSQUEZ, José Ramón (1972). El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal. *Revista de Administración Pública* (67), 41-93.
- TEROL GÓMEZ, Ramón (2020). La utilización en el procedimiento administrativo de pruebas obtenidas en la instrucción de un proceso penal. El caso de las escuchas telefónicas. *Revista de Derecho Administrativo* (2), 11-31.
- VAN WEEZEL, Alex (2017). Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo. *Revista de Política Criminal*, 12, (24), 997-1043.

Normativa citada

- Código Penal [CP] Ley N° 256. 12 de noviembre de 1874 (Chile). Código Sanitario. Decreto con Fuerza de Ley N° 725. 11 de diciembre de 1967 (Chile).
- Constitución Política de España. [Const]. 29 de diciembre de 1978 (España).
- Decreto N° 211 de 1973 [ley]. Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia. 22 de diciembre de 1973.
- Decreto N° 430. 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. D.O. N° 34.172.

- Decreto N° 1122 [con fuerza de Ley]. Fija texto del Código de Aguas. 13 de agosto de 1981. D.O. N° 31.041.
- Ley N° 18.045. Ley de Mercado de Valores. 21 de octubre de 1981. D.O. N°.
- Ley Orgánica 6/1985. Del Poder Judicial. 1 de julio (España).
- Ley N° 18.902. Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios". 8 de enero de 1989. D.O. N° 33.581.
- Ley N° 30/1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. 26 de noviembre de 1992 (España).
- Ley N° 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. 13 de julio de 1998 (España).
- Ley N° 18.575 de 1986. Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 12 de noviembre 1986. D.O. N° 32.640.
- 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° 19.913. Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones en Materia de Lavado y Blanqueo de Activos. 18 de diciembre de 2003. D.O. N° 37.738.
- Ley N° 3/2013. Creación de la Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia. 4 de junio de 2013 (España).
- Ley N° 39/2015 Del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. 1 de octubre de 2015 (España).
- Ley N° 40/2015. De Régimen Jurídico del Sector Público. 1 de octubre de 2015 (España).
- Ley N° 21.000. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. 10 de febrero de 2016. D.O. N° 41.692.
- Ley Orgánica N° 11/2021. De lucha contra el dopaje en el deporte. 28 de diciembre de 2021 (España).
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 Aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (España) Real Decreto 1398/1993. Aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. 4 de agosto de 1993 (España).
- Orden de 5 de diciembre de 1984, de desarrollo del Real Decreto 1881/1984, de 30 de agosto, por el que se establecen medidas complementarias para la revisión de precios en la contratación administrativa. BOE núm. 305, de 21 de diciembre 1984 (España).

Jurisprudencia citada

- Auto Tribunal Constitucional de España. 21 de marzo de 1984 (Rol 173/1984). Sección Primera. [Recurso de Amparo].
- Auto Tribunal Constitucional de España. 16 de mayo de 1984 (Rol 289/1984). Sección Segunda. [Recurso de Amparo].
- Celulosa Arauco y Constitución S. A. con Superintendencia del Medio Ambiente (2018): Tercer Tribunal Ambiental [Rol N° C-64-2018]. [Reclamo de ilegalidad].
- Carlos Marín Orrego S.A. Corredores de Bolsa con Comisión para el Mercado Financiero (2019): Corte Suprema, [Rol N° 22.970-2019]. Tercera Sala. [Recurso de Reclamación]
- Fundación Educacional Santo Tomás con Superintendencia de Educación (2020): Corte Suprema [Rol N° 138.348-2020]. Tercera Sala.
- Inger S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustible (2021): Corte Suprema [Rol N° 36.698-2021]
- Ministerio Público con Miguel Ángel Inostroza Sepúlveda (2019): Corte Suprema [Rol N° 139-2019]. Segunda Sala. [Recurso de Nulidad].
- Ministerio Público con Cesar Antonio Torres (2019): Corte Suprema [Rol N° 17.706-2019]. Segunda Sala. [Recurso de Nulidad].
- Ministerio Público con María Benito Soza (2020): Corte Suprema [Rol 24.703-2020]. Segunda Sala. [Recurso de Nulidad].
- José Miguel Sánchez con Edgar Cárcamo Alderete (2021): Corte Suprema [Rol N° 25.436-2021]. Tercera Sala. [Recurso de Apelación].

- Universidad Academia Humanismo Cristiano con Figueroa (2021): Corte Suprema [Rol N° 31.700-2021]. Tercera Sala. [Apelación de Protección].
- Vantrust Capital Corredores de Bolsa S. A. con Comisión para el Mercado Financiero (2021): Corte Suprema [Rol N° R30.509-2021] Tercera Sala. [Recurso de Reclamación].
- Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras con Itau Corpbanca (2016): Corte Suprema [Rol N° 62.128-2016]. Tercera Sala. [Recurso de Queja].
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, enviado por la Cámara de Diputados y que modifica la ley N° 4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna. Rol N° 244/1996.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en requerimiento de inaplicabilidad presentado por Iberoamericana de Energía Ibener S. A., respecto de diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y del artículo 81 N° 1 del DFL N° 1 de 1982 del Ministerio de Minería, en la causa caratulada Iberoamericana de Energía Ibener S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 480/2006). [Requerimiento de Inaplicabilidad].
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Compañía Eléctrica San Isidro S. A. y otras, respecto del artículo 15 de la Ley N° 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en las causas caratuladas Compañía Eléctrica San Isidro S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Empresa Nacional de Electricidad S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles, Empresa Eléctrica Pehuenche S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles y Empresa Eléctrica Pangue S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles, roles 5782-2004, 5783-2004, 5784-2004 y 5785-2004 respectivamente, todas seguidas ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 479/2006). [Requerimiento de Inaplicabilidad].
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Angélica Sánchez Vogel y otros, respecto del artículo 169 del Código Sanitario, en los autos Rol N° 3073 - 2009 sobre recurso de amparo interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 1518/2010). [Requerimiento de Inaplicabilidad].
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Santander Servicios de Recaudación y Pago Limitada respecto del inciso duodécimo del artículo 3 del Decreto ley N° 3.607, en los autos Rol N° 1225-2007 sobre reclamación interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago. (Rol N° 1838/2011). [Requerimiento de Inaplicabilidad].
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en control de constitucionalidad del proyecto de ley que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil (Boletín N° 5837-07) Rol N° 1894/2011).
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Protekgas y Cía. Limitada, respecto del artículo 19, inciso segundo, parte final, de la ley N° 18.410, en los autos Rol N° 9-2019 ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso (Rol N° 6180/2019) [Requerimiento de Inaplicabilidad].
- Sentencia Tribunal Supremo de España. 29 de septiembre de 1980. Sala Tercera. [Apelación de recurso contencioso-administrativo].
- Sentencia Tribunal Supremo de España. 4 de noviembre de 1980. Sala Tercera. [Apelación de recurso contencioso-administrativo].
- Sentencia Tribunal Supremo de España. 19 de abril de 1999. Sala Tercera. [Recurso contencioso-administrativo 408500/1982].
- Sentencia Tribunal Supremo de España. 30 de abril de 2012. Sala Primera. [recurso de casación].
- Sentencia Tribunal Constitucional de España. 29 de noviembre de 1984 (Rol 114/1984). Segunda Sala. [Recurso de Amparo número 167/1984].
- Sentencia Tribunal Constitucional de España. 14 de marzo de 1994 (Rol 85/1994). Sala Primera. [Recurso de Amparo número 565/92].

- Sentencia Tribunal Constitucional de España. 7 de octubre de 1985 (Rol 107/1985). Sala Segunda. [Recurso de Amparo número 20/1985].
- Sentencia Tribunal Constitucional de España. 21 de mayo de 1986 (Rol 64/1986). Sala Primera. [Recurso de Amparo número 452/1985].
- Sentencia Tribunal Constitucional de España. 14 de marzo de 1994 (Rol 85/1994). Sala Primera. [Recurso de Amparo número 565/92].
- Sentencia Tribunal Constitucional de España. 6 de junio de 1995 (Rol 86/1995). Sala Primera. [Recurso de Amparo número 2.682/92].
- Sentencia Tribunal Constitucional de España. 6 de mayo de 1998 (Rol 81/1998). Pleno. [Recurso de Amparo número 3.140/94].
- Sentencia Tribunal Constitucional de España. 27 de septiembre de 1999 (Rol 171/1999). Sala Segunda. [Recurso de Amparo número 3.759/96].
- Sentencia Tribunal Constitucional de España. 11 de octubre de 1999 (Rol 177/1999). Sala Primera. [Recurso de Amparo número 3.657/94].
- Sentencia Tribunal Constitucional de España. 20 de julio de 2000 (Rol 175/2000). Sala Segunda. [Recurso de amparo número 2341-97].
- Sentencia Tribunal Constitucional de España. 9 de mayo de 2006 (Rol 104/2006). Sala Primera. [Recurso de amparo número 7224/2002].
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 6 de octubre de 2015 (Rol C-419/2014). [petición de decisión prejudicial].

Regulación urbanística: tendencias jurisprudenciales

Urban regulation: jurisprudential trends

Rosa Fernanda Gómez González¹

Esta investigación tiene por objeto dar cuenta de las principales problemáticas que ha presentado la regulación urbanística en Chile y, a partir de ello, extraer los criterios jurisprudenciales más relevantes. Al efecto, se advierte que no obstante la autonomía del derecho urbanístico, para la resolución de sus problemáticas se recurre a instituciones del derecho administrativo general. Esta convergencia ha contribuido en la resolución integrada de cuestiones de especial relevancia como la invalidación de los actos administrativos, los efectos de la interpretación administrativa, la interacción de mecanismos de control, entre otros.

Palabras clave: urbanismo, disciplina urbanística, instrumentos de planificación territorial, autorizaciones administrativas.

This research aims to account for the main problems that urban regulation has presented in Chile and, from this, extract the most relevant jurisprudential criteria. To this effect, it is noted that despite the autonomy of urban law, for the resolution of its problems, institutions of general administrative law are resorted to. This convergence has contributed to the integrated resolution of issues of special relevance such as the invalidation of administrative acts, the effects of administrative interpretation, the interaction of control mechanisms, among others.

Keywords: urbanism, urban discipline, territorial planning instruments, administrative authorizations.

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de los Andes, Chile. Abogada de la Universidad de Talca; Magister en Derecho, con mención en Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: rgomez@uandes.cl. Dirección postal: Av. Mons. Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago, Chile. Código Orcid ID: 0000-0003-4769-6749.

Esta investigación cuenta con el apoyo del Proyecto FONDECYT Postdoctoral No 3190494 "Sanciones administrativas y derechos fundamentales. Análisis de temas específicos a partir de los principios, garantías y derechos regulados en la Constitución" y del 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".

I. Aspectos generales de la regulación urbanística²

La ordenación racional del suelo es uno de los grandes desafíos del Estado moderno, principalmente si se tiene en cuenta que, en la actualidad, más de la mitad de la población mundial vive en ciudades, y que se estima que en 2050 la cifra llegue al 66%. De ahí que la cuestión urbana en el siglo XXI si-gue siendo de extrema relevancia³.

El derecho urbanístico es la disciplina encargada de “regular la proble-mática urbana mediante leyes, normas reglamentarias (instrumentos de pla-neamiento) y todo un aparato fiscalizador”⁴. Se trata de un ámbito particular-mente complejo, por cuanto se relaciona con la actividad de otras disciplinas (v. gr. arquitectura, economía, la sociología, geografía, etc.), lo que ha llevado a la doctrina a definirla como la ordenación jurídica del planeamiento desa-rrollado sustantivamente por otras disciplinas⁵.

El derecho urbanístico tiene su origen en las normas que buscaban re-gular los nuevos emplazamientos de las ciudades o la modificación de las existentes, sin embargo, su mayor desarrollo se produce como resultado de las profundas transformaciones económicas, tecnológicas, sociales y cultura-les que experimenta la sociedad a partir de la segunda mitad del siglo XIX, lo que da lugar a problemas vinculados con el incremento demográfico, la expansión no planificada de las urbes, el déficit de vivienda, transporte, salu-bridad pública, etc.⁶.

Las primeras normas de estricto contenido urbanístico surgen luego de la entrada en vigor del Código Civil⁷, hasta alcanzar un mayor grado de sistematización con la dictación de la “Ley General sobre Construcciones y Urbanización” y su respectiva “Ordenanza”, aprobada mediante el D.F.L. N° 345, de 30 de mayo de 1931⁸. A este marco normativo inicial se sumaron

² Abreviaturas: Constitución Política de la República (CPR); Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC); Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC); Instrumentos de Planificación Territorial (IPT); Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (SEREMI MINVU); División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (DDU); el Director de Obras (el DOM); la Dirección de Obras (la DOM); Plan Regulador Comunal (PRC); resolución de calificación ambiental favorable (RCA).

³ PONCE *et al.* 2019.

⁴ RAJEVIC 2000, 530.

⁵ RÍOS 1985, 613.

⁶ CORDERO 2017, 129.

⁷ CORDERO 2005, 177.

⁸ Este cuerpo legal sintetiza diversas normas dictadas durante la segunda parte del siglo XIX, regulando por primera vez un conjunto sistemático de normas sobre construcción y urbaniza-ción. Además, establece diversas técnicas de intervención que corresponden en esta materia a la Administración, aunque mantiene como centro de gravedad la actividad privada (derecho de propiedad del suelo), CORDERO 2005, 177.

posteriormente diversas leyes, reglamentos, circulares, instrucciones, normas técnicas e instrumentos de planificación territorial⁹.

Atendidas las características de la regulación, la doctrina sostuvo que el derecho urbanístico era una “rama jurídica interdisciplinaria y social, en la que concurren circunstancias que la caracterizan como autónoma (método y sistematización científica propias), autonomía legislativa –ordenamiento propio y orgánico, muchas veces un código– y autonomía didáctica como asignatura separada e independiente”¹⁰. Sin embargo, desde fines del siglo XX, la doctrina especializada declaraba que no existían bases para sostener la aludida autonomía¹¹, haciendo referencia a un paulatino, pero insuficiente desarrollo¹².

Con todo, los avances legales, jurisprudenciales y dogmáticos permiten afirmar que se trata de una disciplina bastante consolidada, que pertenece al ámbito del Derecho público y, dentro de este, al Derecho Administrativo, dando lugar a un “[...] sistema que se construye sobre la base de principios que son propios y que la dan una identidad singular: regulación administrativizada a través de instrumentos de planificación territorial que son vinculantes; la potestad de establecer distintos regímenes o estatutos del suelo mediante su clasificación en área urbana o rural; intensa intervención administrativa en la ejecución de las obras de urbanización y de edificación; fiscalización en el cumplimiento de la normativa urbanística; facultades para restablecer la legalidad y la existencia de infracciones y sanciones de naturaleza administrativa”¹³.

Así, el Derecho urbanístico nacional “[...] constituye una rama del Derecho cuyos contenidos, instituciones y principios conforman un sistema que, desplegándose en el ámbito del Derecho público y estrechamente vinculado al Derecho administrativo, permiten sostener su autonomía disciplinar y justificar un análisis dogmático a partir de elementos que le son propios y singulares”¹⁴.

II. Características del régimen urbanístico

La legislación urbanística está conformada por una serie de derechos, cargas y obligaciones, que permiten concretar la garantía del derecho de propiedad

⁹ Existen diversos intentos de sistematizar este complejo normativo. A nivel institucional Contraloría General de la República a través de su *Manual Práctico de Jurisprudencia Administrativa sobre Planes Reguladores Comunes, Intercomunales y Metropolitanos*, con una primera edición en 2012 y la segunda en 2014; por su parte, en el sitio web del MINVU, es posible encontrar una base de datos con la normativa urbanística actualizada. A nivel dogmático, véase BRIEVA Y BASTÍAS 1977; BRIEVA Y BASTÍAS 1978; BRIEVA Y BASTÍAS 1980; BRIEVA Y BASTÍAS 1982a; BRIEVA Y BASTÍAS 1982b; BRIEVA Y BASTÍAS 1985; BRIEVA Y BASTÍAS 1986; BRIEVA Y BASTÍAS 1988a; BRIEVA Y BASTÍAS 1988b; BRIEVA Y BASTÍAS 1991; BRIEVA Y BASTÍAS 1992; BRIEVA Y BASTÍAS 1995; BRIEVA Y BASTÍAS 1999; COBO Y CANALES 1994; COBO Y CANALES 1996; COBO Y CANALES 1997; COBO Y CANALES 2001; CORDERO 2012 y CONTRERAS et al. 2019.

¹⁰ FUEYO 1967, 17.

¹¹ RAJEVIC 2000, 530.

¹² RAJEVIC 2010, 61 y ss.

¹³ CORDERO 2020a, p. 218.

¹⁴ CORDERO 2015, p. 135.

prevista en el art. 19 N° 24 CPR¹⁵. Sin embargo, lo que verdaderamente concreta la regulación urbanística es la función social de la propiedad¹⁶, perspectiva desde la cual, la propiedad no solo otorga facultades a su propietario, sino que también le impone obligaciones. Así, el “[...] propietario no solo es titular de poderes, sino que también es sujeto pasivo de un haz de deberes que impone la función social”¹⁷.

En su regulación, el legislador urbanístico se ocupó de establecer un sistema independiente del marco normativo general, destacando las siguientes características:

a) un especial y técnico sistema normativo: compuesto por disposiciones constitucionales (v.gr. arts. 19 N° 8 y 24 y 115 CPR), la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (reglamento), las normas técnicas, circulares e instrucciones del MINVU (DDU) y los instrumentos de planificación territorial (IPT). También, de conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia, forma parte del bloque normativo contra el cual se debe contrastar la validez de un acto administrativo la “interpretación administrativa”¹⁸.

b) la atribución de competencias desconcentradas al Director de Obras¹⁹, dadas las exigencias técnicas de la disciplina. Así, la aprobación de los anteproyectos y proyectos de construcción, el otorgamiento de los permisos de edificación y la recepción de las obras, constituyen potestades desconcentradas que la ley ha radicado en la Dirección de Obras Municipales (la DOM), sin que el alcalde u otra autoridad cuenten con competencias en tales materias²⁰.

c) un complejo sistema de control y responsabilidades compuesto por diversas acciones y recursos especiales²¹, a saber: reclamación ante la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (SEREMI MINVU) respecto de las resoluciones u omisiones de los Directores de Obras (art. 12 y 118 LGUC); representación ante la SEREMI MINVU o Contraloría por parte de los Directores de Obras y Asesores Urbanistas, de las acciones ilegales del municipio, que vulneren las leyes y reglamentos que les corresponde aplicar (art. 14 LGUC); solicitud de instrucción de sumario administrativo por parte de la SEREMI MINVU o División de Desarrollo Urbano del MINVU (DDU) ante el conocimiento de que algún funcionario, en el ejercicio de sus funciones, ha contravenido las disposiciones de la LGUC, de su ordenanza o de aquellas contenidas en los instrumentos de planificación territorial

¹⁵ LETELIER 2001, 86 y ss.

¹⁶ FIGUEROA 2022, pp. 4 y ss.

¹⁷ CORDERO 2020, p. 115.

¹⁸ *Inmobiliaria Dalmacia Ltda. con Ilustre Municipalidad de Estación Central* (2020).

¹⁹ *Vid.* artículo 25 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y artículo 9° de la LGUC. Se utilizará la frase “Director de Obras” en términos neutros, aun cuando en la práctica se trata de una función que puede desempeñar una mujer o un hombre.

²⁰ Dictámenes N°s 47.497 (2007) y 33.381 (2008).

²¹ LETELIER 2001, 87.

(IPT) (art. 15 LGUC), norma que se encuentra vinculada con aquella que se refiere a la responsabilidad civil, criminal o administrativa de los funcionarios fiscales y municipales por los actos u omisiones ilegales que cometan en la aplicación de la LGUC (art. 22 LGUC); denuncia ante los juzgados de policía local por infracción a la LGUC, su ordenanza y a los IPT (arts. 20 y 21 LGUC) o por no pago de los derechos de edificación correspondientes (art. 133 LGUC); entre otras.

d) un sistema de control judicial atomizado conformado principalmente por el reclamo de ilegalidad municipal (artículo 151 LOCM) el cual inclusive ha sido utilizado para impugnar el rechazo de las solicitudes de invalidación de permisos. También cabe considerar la acción de protección, la cual ha adquirido un rol protagónico en el último tiempo a propósito de la relación entre los proyectos urbanísticos y el medio ambiente (v.gr. caso dunas de Concón).

e) un particular sistema de interpretación de la normativa urbanística: conforme al cual corresponde, por una parte, a la División de Desarrollo Urbano (DDU), impartir las instrucciones para la aplicación de las disposiciones de la LGUC y su Ordenanza, mediante circulares²² y, por la otra, a la SEREMI MINVU, la interpretación de las disposiciones de los instrumentos planificación territorial (art. 4° LGUC).

f) un régimen de disciplina propio. A diferencia de lo que acontece en el derecho comparado, en nuestro ordenamiento no existe un mayor análisis de la disciplina urbanística, esto es, de las medidas de protección de la legalidad urbanística²³. En nuestro ordenamiento la disciplina urbanística comprende "las viejas técnicas de policía urbana destinada a velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística, particularmente aquella contenida en los planes reguladores"²⁴. En otros términos, la disciplina urbanística, comprende la intervención preventiva de la edificación y uso del suelo, a saber, permisos, órdenes de ejecución, ruina, protección de la legalidad urbanística, parcelaciones e inspección urbanística, infracciones y sanciones (derecho urbanístico sancionador)²⁵.

En definitiva, el Derecho urbanístico en Chile presenta un conjunto de características que le brindan cierta identidad a la disciplina, sin embargo, su ejercicio requiere de una estrecha relación con las instituciones propias del derecho administrativo general, de manera que existe un vínculo inevitable entre la teoría general y la parte especial.

²² Las que se mantendrán a disposición de cualquier interesado en el siguiente sitio web: <https://www.minvu.gov.cl/elementos-tecnicos/circulares-division-de-desarrollo-urbano-ddu/>

²³ PAREJO 2012.

²⁴ CORDERO 2020, 229.

²⁵ CORDERO 2020, 229. Algunos incluyen el resarcimiento de daños y perjuicios efectivamente causados, *vid.* CARCELLER 1989, 24 y PAREJO 2012, 152.

III. Relación entre el Derecho urbanístico y el derecho administrativo

No obstante el alto nivel de especialización de la regulación urbanística, es inevitable recurrir la aplicación de un régimen jurídico integrado con las normas dispuestas en el derecho administrativo general, compuesto de una serie de disposiciones de diversa jerarquía normativa, encontrando en la cúspide la Constitución, la cual se refiere al fin y a las funciones que debe procurar la Administración, como son la satisfacción del bien común y del orden público. Tal como lo ha señalado la doctrina²⁶, no estamos ante una legislación singular y concreta (regulación urbana), sino que, ante un cuerpo integrado por normas de derecho municipal, de derecho ambiental y de derecho administrativo general.

Al respecto, la Carta fundamental impone a los órganos de la Administración del Estado la observancia de los principios de legalidad y reserva de ley y la exigencia de que, para su ejercicio, toda potestad pública debe ser atribuida expresamente (arts. 6° y 7°). Además, la Constitución establece que la Administración debe hacer público todos los actos y resoluciones, así como sus fundamentos y los procedimientos que utiliza (art. 8° inciso 2°). Enseguida, señala que la regulación y los límites a los derechos no pueden afectar su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (art. 19 N° 26). Junto con ello, la Constitución establece diversas disposiciones de carácter procedimental como es el derecho a la tutela judicial y el derecho de acceso a la justicia y debido proceso (art. 19 N° 3), lo que se debe complementar con la existencia de órganos jurisdiccionales o especiales para la resolución de conflictos (arts. 38 y 76).

Enseguida, cabe aplicar lo dispuesto en la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, la cual contempla una serie de principios aplicables como el de legalidad, responsabilidad, servicialidad, eficacia, eficiencia, coordinación, jerarquía, impugnabilidad, probidad, transparencia, etc. Todo lo cual se debe complementar con lo dispuesto en la legislación administrativa general: Ley N° 19.880, sobre procedimiento administrativo; Ley N° 20.285 sobre publicidad y transparencia; y Ley N° 10.336 relativa al control de la actividad administrativa.

Junto con ello, se debe tener especialmente presente la legislación sectorial, en concreto, lo dispuesto en la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades; la Ley N° 18.883, Estatuto administrativo para funcionarios municipales; la Ley N° 19.300, sobre Bases generales del medio ambiente, la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales; Ley N° 19.253, sobre Protección, desarrollo y fomento de los indígenas; Ley N° 20.283, sobre Recuperación del bosque nativo y fomento forestal; y Ley N° 18.755, Establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, entre otras disposiciones.

²⁶ CORDERO 2015, 102.

A la luz de ese complejo marco normativo, en la actualidad no es posible concebir la regulación urbanística de manera aislada o desvinculada de las normas de derecho administrativo general, sino que se debe aplicar de manera integrada con normas de derecho público, que serán sumamente útiles para suplir los vacíos regulatorios y proporcionar pautas de interpretación.

IV. Revisión de los criterios jurisprudenciales actuales en materia urbanística

Para el derecho administrativo la importancia de la jurisprudencia ha sido gravitante²⁷. En efecto, las decisiones jurisprudenciales han tenido un rol protagónico en el desarrollo de diversas de sus instituciones y principios, lo cual se ha mantenido en el tiempo como una fuente que ofrece criterios interpretativos en supuestos de concurrencia normativa o vacíos legales.

En el ámbito urbanístico, la jurisprudencia ha cumplido precisamente este rol dado el profuso marco de normas legales y reglamentarias concurrentes cuya aplicación en necesario armonizar.

Por ello, en este apartado se efectúa una somera revisión de los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes en materia urbanística, ello con el objeto de dar cuenta de sus aspectos más conflictivos y de los criterios que han sido utilizados para resolver sus problemáticas.

Para tal efecto, el análisis se efectúa a partir de las decisiones jurisprudenciales más relevantes en materia de autorizaciones urbanísticas (1) y de instrumentos de planificación territorial (2), dada la importancia que tienen cada uno de estos actos.

1. Problemáticas que afectan a las autorizaciones urbanísticas

a) *El dilema de los derechos adquiridos, la buena fe y la confianza legítima*

Este aspecto se encuentra vinculado con el acto que consolida en el particular su derecho de propiedad, incorporando en su patrimonio el *ius aedificandi*²⁸. En un primer momento, se sostuvo una especie de vinculación entre las distintas autorizaciones municipales (certificados de informaciones previas, anteproyecto de construcción y permiso de construcción).

Así, se señaló que los certificados de informaciones previas (CIP) generaban derechos adquiridos a favor del propietario del inmueble (*Inmobiliaria Quartomiglio S.A. con Dirección de Obras de la Ilustre Municipalidad de Pudahuel* (1998) y *Sociedad Inmobiliaria Río Napo Ltda.* (1999)²⁹.

²⁷ CORDERO 2015, VII.

²⁸ CORDERO 2020, 192.

²⁹ Este criterio cambio se puede observar en las sentencias *Sociedad Inmobiliaria Cero del Medio Ltda.* (2000), *Salmones FRIOSUR S.A. con Subsecretaría de Pesca* (2003) y *M.U.M. con Director de Obras de la Municipalidad de Quilicura* (2014) y en los dictámenes N°s 30.891 (2012) y 45.377 (2012); 2.430 (2015), 23.573 (2015) y 37.626 (2015), N° E58945 (2020) y E82934 (2021),

Posteriormente se indicó que los anteproyectos tenían la capacidad de generar derechos adquiridos a favor del solicitante en relación con las condiciones urbanísticas vigentes (intangibilidad del marco normativo), inclusive en el caso que existan errores que determinen la ilegalidad del acto, ello sobre la base de la buena fe y la confianza legítima (*Sociedad Inmobiliaria Río Napo Ltda.* (1999) y dictamen N° 77.490 (2011))³⁰.

Luego, se sostuvo que tratándose de “acto de autorización”, el funcionario solo lo puede otorgar si aquel se conforma con la normativa urbanística. De este modo, el permiso genera derechos adquiridos en favor de su titular en la medida que se ciña a las normas legales vigentes, por tanto, un acto administrativo ilegal no puede generar un derecho adquirido para el solicitante (*Carlos Rómulo Alfredo Manterola Carlson y otros contra Ilustre Municipalidad de Valparaíso* (2017), caso Mall Barón). Por ello, si durante la etapa de impugnación del permiso se advierte una ilegalidad en su tramitación, debe ser dejado sin efecto³¹.

Se trata de una doctrina que se venía sosteniendo hace algún tiempo como parte de los efectos de la invalidación de los actos administrativos. Así, la invalidación no atentaría contra la seguridad jurídica ya que se trata de un deber de la Administración, establecido para asegurar el respeto al ordenamiento jurídico vigente, lo que no puede quedar entregado al arbitrio o al error de un funcionario, por cuanto ello significaría consagrar la inseguridad jurídica y una discriminación arbitraria con respecto al resto de la comunidad. Además, no puede existir propiedad sobre un acto administrativo autorizatorio como es el permiso de edificación (el que constituye un requisito esencial para el ejercicio del derecho a edificar). También, se sostuvo que el legislador no consideró como límite, al consagrar la potestad de invalidatoria, la existencia de derechos de propiedad, a diferencia de lo señalado en la letra a) del artículo 61³² de la Ley N° 19.880 (Dictamen N° 33.451 (2006)).

en los cuales se sostuvo que los CIP no generan derechos adquiridos para sus propietarios, sino que constituyen documentos a través de los cuales las Direcciones de Obras Municipales dan cuenta, entre otras circunstancias, de las normas urbanísticas que les son aplicables a aquellos, conforme a lo consignado en los planes reguladores, según la zona o subzona en que se encuentren ubicados.

³⁰ El cambio de criterio se puede constatar en la *Tormo Miranda, Herenci Venegas, Collao Cardozo con Municipalidad de Ñuñoa* (2017). Por su parte, Contraloría limitó los efectos del anteproyecto solo a la modificación del instrumento de planificación territorial (IPT) y las normas de la OGUC al señalar que “son los anteproyectos válidamente aprobados los que, para los efectos de la obtención del permiso correspondiente, mantienen vigentes las condiciones urbanísticas del instrumento de planificación territorial y de las normas de la Ordenanza General” (dictámenes N°s 45.217 (2016); 38.277 (2017) y E82934 (2021)).

³¹ V. gr. *Ramírez Morales Jorge con Carlos Frías López* (2016) deja sin efecto el permiso de edificación dado que existía un vicio en el anteproyecto, cuya ilegalidad alcanza al permiso. En caso contrario, no puede alegarse la generación de un derecho adquirido (Sentencia de reemplazo).

³² Al señalar que la revocación no procede “cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente”.

Sin embargo, el tema debe ser analizado con mayor detenimiento, por cuanto la certeza en orden a cuándo se entiende consolidado el *ius aedificandi*, constituye una garantía para la ejecución del permiso, más aun cuando su concreción se encuentra afecta a un plazo de caducidad³³ y al hecho, de que una declaración de invalidación posterior, de un acto que se presumió legal, puede afectar los derechos de muchas personas, no solo el titular del proyecto.

b) *(In)Estabilidad de los permisos de construcción*

La aplicación de los mecanismos de control general propios del derecho administrativo, ha incidido significativamente en el sistema de control y de interpretación de la regulación urbanística. En la actualidad es posible controlar la legalidad de un acto urbanístico mediante el reclamo de ilegalidad municipal (art. 151 LOCM), la invalidación (art. 53 Ley N° 19.880), la solicitud de pronunciamiento ante Contraloría (emisión de dictámenes), la acción de protección y la nulidad de derecho público. Asimismo, tratándose de asuntos que involucren aspectos ambientales, la acción de protección y el recurso a los tribunales ambientales (jurisdicción especializada)³⁴, han aumentado el catálogo de acciones plausibles³⁵.

Así, el sistema de control de los actos urbanísticos se encuentra sumamente atomizado, sin mecanismos de armonización entre las distintas acciones y recursos disponibles, lo que ha generado serios problemas de seguridad jurídica, por cuanto el incremento de la conflictividad aumenta la incerteza en relación con la estabilidad de los permisos.

La parte más crítica de esta multiplicidad de acciones ha quedado de manifiesto en los casos Punta Piqueros y Guetos Verticales. El primero de ellos arrastra un conflicto desde 2012 que comprende la variable ambiental, por una parte, el titular del proyecto pretende construir un hotel en el borde costero y, por la otra, la comunidad aboga por la defensa del Santuario de la Naturaleza llamado "Roca Oceánica". Luego de diversas acciones de protección, presentaciones ante Contraloría y reclamaciones ante la judicatura ambiental, la Corte Suprema parece haber resuelto finalmente el asunto declarando que el proyecto carece de permiso de edificación, de modo que no es susceptible de materializarse³⁶. En la actualidad, se encuentra en discusión

³³ La caducidad automática del permiso opera a los tres años de concedido si no se hubieren iniciado las obras correspondientes o si estas hubieren permanecido paralizadas durante el mismo lapso. Ahora bien, en la sentencia *Inversiones Quintali Ltda. con Ilustre Municipalidad de Pudahuel* (2019), la Corte Suprema sostuvo que si el municipio suspendió sistemáticamente las obras por distintos medios, la demora no es imputable al titular del permiso y, en consecuencia, la municipalidad no puede caducar el permiso por el simple transcurso del tiempo (c. 15).

³⁴ Vid. *Inmobiliaria Toro Mazotte N 115 S.A. con Servicio de Evaluación Ambiental* (2019).

³⁵ Sin perjuicio de las denuncias que se puedan promover ante la Superintendencia del Medio Ambiente.

³⁶ Al efecto véase *Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Municipalidad de Concón* (2013); *Inmobiliaria Punta Piqueros S.A. contra Contraloría Regional de*

la procedencia de la demolición de las obras construidas al amparo de un permiso declarado ilegal (*Corporación Pro-Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Región de Valparaíso* (2022)).

El segundo caso, tiene por objeto determinar los efectos de las circulares DDU en el marco normativo aplicable a los anteproyectos y proyectos de construcción³⁷. Al respecto, se sostuvo que dichas circulares no producen un cambio normativo, por cuanto solo se limitan a impartir instrucciones para la aplicación de la LGUC y su Ordenanza (dictámenes N°s 43367 (2017) y 27918 (2018)). Además, se señaló que la potestad interpretativa de organismos administrativos es una de "comprobación" por lo cual no puede tener efecto retroactivo (*Asociación Nacional de Revisores Independientes A.G. y otros con Contraloría General de la República* (2020)) y que dicha interpretación forma parte del bloque normativo contra el cual se contrasta la validez de un acto administrativo (*Inmobiliaria Dalmacia Limitada con Municipalidad de Estación Central* (2020)).

El tema de la interpretación también se discutió en relación con los alcances de las competencias de interpretación urbanística entre la autoridad de Vivienda (DDU y SEREMI MINVU) y Contraloría. Al respecto en la sentencia *Sociedad Nueva Costanera Gestión Inmobiliaria S.A. y otro con Municipalidad de Papudo* (2020), se sostuvo que en materia urbanística las potestades interpretativas de la autoridad de vivienda son sin perjuicios de las del organismo contralor, de modo que sobre un asunto puede existir más de una interpretación aplicable, lo que nuevamente afecta la seguridad jurídica que se requiere en este tipo de actividad.

Otro aspecto a destacar es el tema de la invalidación. Se ha sostenido que el procedimiento de invalidación solo puede ser iniciado y resuelto por el Director de Obras, atendido sus potestades desconcentradas (*Inmobiliaria Nueva El Golf SpA con Lavín* (2018)); de ahí que otra autoridad, como Contraloría, no puede imponer la invalidación de un permiso, por cuanto importa una afectación de las garantías del titular del proyecto a un debido procedimiento administrativo (art. 19 N° 3 CPR), por una autoridad imparcial y sin un resultado predeterminado (*Inmobiliaria Punta Piqueros S.A. contra Contraloría Regional de Valparaíso* (2016) y *Nueva Costanera Gestión Inmobiliaria S.A. con Rubio* (2020)).

Una variante interesante sobre la impugnación del acto que deniega la invalidación se discutió en el caso Parque Pumpin en el cual el conflicto jurídico consistía en determinar si el reclamo de ilegalidad municipal procede en

Valparaíso (2016) y *Corporación Pro-Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Inmobiliaria Punta Piqueros* (2021).

³⁷ El acto objeto de controversia fue la Circular N° 203 (DDU 313), a través de la cual la DDU, interpretando los artículos 1.1.2. y 2.6.1. de la OGUC, instruyó acerca de la edificación continua en aquellas zonas no normadas, ya sea por inexistencia de un IPT, o porque el respectivo instrumento no establece la norma urbanística de altura máxima.

contra del acto que rechaza la invalidación (*Inmobiliaria del Puerto SpA con Ilustre Municipalidad de Valparaíso* (2021)). La Corte, en fallo dividido, rechazó la impugnación del permiso en base a un argumento diverso. En concreto, sostuvo que la omisión de publicación del permiso de edificación constituye un vicio que no afecta la legalidad del acto, sino que genera consecuencias jurídicas diversas, en particular, la ineficacia del acto respecto de terceros, resultando improcedente su invalidación, sin embargo, no resuelve la interrogante expuesta.

Por último, también cabe destacar que la Corte Suprema ha reiterado que un permiso de edificación otorgado por la DOM es susceptible de impugnación por dos vías: (a) administrativa, ante el Seremi MINVU y (b) jurisdiccional, mediante reclamo de ilegalidad municipal (vid. *Sánchez Castillo Luis Aurelio con Ilustre Municipalidad de Ñuñoa* (2020)), aumentando no solo las vías de impugnación, sino que también la inseguridad jurídica. Además, esto abre otros flancos de controversia, como sería las decisiones contradictorias y un incremento en los plazos de tramitación de las reclamaciones.

En definitiva, la integración de los mecanismos de control generales y especiales ha puesto en crisis al particular régimen de control e interpretación urbanística. La inexistencia de reglas que permitan armonizar y conciliar las distintas acciones y recursos ha contribuido en la generación de un alto nivel de conflictividad e inseguridad jurídica³⁸. Esta atomización de acciones y recursos también nos lleva a discutir su conciliación con figura de la caducidad de los permisos³⁹.

c) ¿Cabe responsabilidad patrimonial de la Administración?

Como consecuencia de la ilegalidad de los permisos, surge la interrogante en torno a si cabe la responsabilidad patrimonial de la Administración. Existen algunos precedentes vinculados con los certificados de informaciones previas (*Samuel Price Williams con Ilustre Municipalidad de Talcahuano* (2013) e *Inmobiliaria y Servicios del Pozo Limitada con Municipalidad de Antofagasta* (2013)), sin embargo, no hay una mayor discusión a nivel jurisprudencial.

Al respecto, cabe determinar si toda ilegalidad dará lugar a la falta de servicio o si se requiere de un cierto nivel de gravedad de la falta para hacer

³⁸ Sobre esta materia se han presentado iniciativas legislativas: vid: Boletín N° 12432-14, que Modifica la LGUC para dar certeza jurídica en materia de aprobación de planos reguladores comunales y de permisos de edificación. Propone que los permisos de edificación podrán ser invalidados (art. 53 de la Ley N° 19.880), en un plazo de 6 meses desde la fecha de notificación o publicación de dicho acto administrativo.

³⁹ Al respecto, se ha discutido sobre la necesidad de modificar la caducidad de los permisos de edificación. En tal sentido, se ha buscado modificar la OGUC con el objeto de regular, entre otros aspectos, la prórroga de la vigencia de los permisos cuyo inicio o paralización de obras se encuentra impedida de ser ejecutada por una orden de paralización dictada por autoridad judicial o administrativa (véase, Decreto N° 2, de 2022, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que fue sometido el trámite de toma de razón ante Contraloría, pero retirado posteriormente, sin que a la fecha de publicación de este trabajo se tenga noticia respecto de su reingreso).

responsable a la Administración. En este sentido, la Corte Suprema ha sido categórica en señalar que no toda ilegalidad determina la existencia de falta de servicio que comprometa la responsabilidad del Estado y la obligación de reparar los perjuicios (*Cooperativa de vacaciones el Tabito Limitada con Municipalidad de El Tabo* (2022)).

Además, en cuanto a los daños, hay quienes sostienen que no cabría demandar la privación de un derecho (de propiedad), por cuanto, como se ha señalado supra, sin autorización válida no es posible adquirir derechos. Sin embargo, bien se podrían demandar los daños derivados de las inversiones o gastos que de buena fe se efectuaron ante la apariencia de la legalidad del acto administrativo. En este caso procedería la indemnización de dichos daños conforme con el sistema general o municipal de responsabilidad, respectivamente⁴⁰.

d) *El cumplimiento de las normas urbanísticas: el debilitado régimen sancionador urbanístico*

La disciplina urbanística nacional contempla mecanismos de autotutela⁴¹, orientados a exigir el restablecimiento de la legalidad urbanística y, en su caso, a denunciar sus incumplimientos. Dentro de los mecanismos que puede adoptar la Dirección de Obras se encuentran: a) efectuar las inspecciones de obras que estime oportunas; b) fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre seguridad y conservación de las edificaciones (artículo 142 LGUC) y c) disponer el restablecimiento de la legalidad mediante la paralización de obras o demoliciones (arts. 146 y 148 LGUC).

Junto con ello, la ley ha previsto un régimen sancionatorio compuesto por diversas de infracciones y sanciones (arts. 20 y 21 LGUC), dispuesta en términos amplios⁴², confiriendo un margen de discrecionalidad a juez de policía local para su determinación específica.

En relación con las medidas de restablecimiento, no existe un mayor análisis⁴³, de modo que se desconocen sus impactos prácticos y su eficacia en relación con el cumplimiento normativo⁴⁴, no obstante ser un tema ampliamente debatido a nivel judicial (v. gr. caso *Inmobiliaria Bellavista*)⁴⁵.

En cuanto al régimen sancionador, si bien no existe un mayor análisis, recientemente el tema ha sido objeto de debate a propósito de la decla-

⁴⁰ LETELIER 2001, 89.

⁴¹ RÍOS 1985, 421 y ss.

⁴² OCHOA 2010, 179.

⁴³ VALENZUELA 1991-1992, 97-124; y CORDERO 2020, 240 y ss.

⁴⁴ MONTT 2011, 55 y ss.; SOTO 2016a, 374 y ss. y SOTO 2016b, 189 y ss.

⁴⁵ Al respecto se puede ver la sentencia *Desarrollo Inmobiliario Bellavista S.A. con Ilustre Municipalidad de Recoleta* (2021), de 23 febrero 2021, la cual forma parte de diversas acciones judiciales deducidas en contra del decreto que dispuso la demolición del edificio construido por el titular del proyecto. El tema aun se encuentra pendiente de resolución definitiva.

ración de inaplicabilidad por inconstitucional del artículo 20 de la LGUC⁴⁶, por cuanto la norma establece una pluralidad indefinida de infracciones, a las cuales la ley les asigna una penalidad abierta e indeterminada, sin criterios que permitan juzgar situaciones diferentes, como cuando se cometen infracciones que no han ocasionado daño alguno al bien jurídico protegido, ni siquiera riesgos para la población. Este criterio, sin lugar a duda, deja en crisis el sistema, al suprimir la posibilidad de imponer sanciones, reduciendo los incentivos establecidos para el cumplimiento de la regulación urbanística.

Finalmente, a diferencia de lo que acontece a nivel comparado⁴⁷, no se prevén responsabilidades penales con carácter general⁴⁸.

e) *¿Urbanismo ambiental?*

En la actualidad no es posible desconocer que el urbanismo no solo proporciona los instrumentos esenciales para configurar el espacio en el que vivimos; sino también comprende el ejercicio de una potestad que cristalizan políticas ambientales⁴⁹ o que deben resguardar derechos vinculados con su protección.

Al respecto, la normativa urbanística no exige la aprobación previa de una resolución de calificación ambiental favorable (RCA) para el otorgamiento de un permiso de edificación⁵⁰, sino que se trata de un requisito que el titular debe presentar al momento de la recepción definitiva de la obra⁵¹.

En este sentido, la Contraloría sostuvo que la circular N° 411, de 2020 (DDU N° 443), de la División de Desarrollo Urbano del MINVU, que establece que no corresponde que la Dirección de Obras Municipales exija solicitudes de pertinencia ante el Servicio de Evaluación Ambiental o una resolución de calificación ambiental como requisito para pedir u otorgar los permisos que indica, se ajusta a derecho⁵².

⁴⁶ Sentencia TC Roles N°s 8278 (2020) y 10.922 (2021). Existe un precedente anterior: Sentencia TC Rol N° 2648 (2015).

⁴⁷ En España se sanciona penalmente informar instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación de construcciones o edificios o la concesión de licencias en contravención a las normas urbanísticas. Esto comprende la aprobación de actos a través de órganos colegiados. También se sanciona la omisión de inspecciones obligatorias, *vid.* RODRÍGUEZ 2020, 401.

⁴⁸ En nuestro ordenamiento, la LGUC sanciona al propietario, loteador o urbanizador que realice cualquier clase de actos o contratos señalados en el artículo 138 de dicho cuerpo legal.

⁴⁹ SOCÍAS Y TAYTER 2021, 17 y ss.

⁵⁰ Los artículos 116 y siguientes de la LGUC y artículos 1.4.1 y 5.1.6 de la OGUC, no establecen como requisito para el otorgamiento de un permiso de construcción la obtención previa de una resolución de calificación ambiental favorable (RCA).

⁵¹ El artículo 25 bis de la Ley N° 19.300 establece que “[...] no podrán otorgar la recepción definitiva si los proyectos o actividades a los que se refiere el artículo 10 no acreditan haber obtenido una resolución de calificación ambiental favorable”. Ahora bien, la Circular 515 DDU N° 156, de 2005, se indicó que la obtención del permiso de edificación no habilita el titular del proyecto para ejecutar la construcción antes de la calificación ambiental respectiva.

⁵² Dictamen N° E126.162 (2021).

Sin embargo, los tribunales han requerido dicha autorización como exigencia de aprobación del permiso o durante la ejecución de las obras, siguiendo una interpretación que se encontraría relacionada con el principio preventivo⁵³, por cuanto procura evitar o reducir los efectos o impactos ambientales de carácter significativo en el lugar o entorno en el cual se emplazará el proyecto.

En tal sentido, a modo de ejemplo, se ha señalado que los santuarios de la naturaleza declarados por la autoridad ambiental como sitios prioritarios para la conservación, constituyen áreas colocadas bajo protección oficial para efectos del artículo 10, letra p), de la Ley N° 19.300⁵⁴, por tanto, la realización de actividades en dichas áreas requerirá la previa tramitación de una RCA. Misma exigencia se aplica si la obra es colindante a un Santuario de la Naturaleza (*Corporación Pro Defensa del Patrimonio Histórico Cultural de Viña del Mar y otro con Sociedad Inmobiliaria Lote 21 SpA y otro* (2019) y *Fundación Yarur Bascuñán con Ferrara Ingeniería y Construcciones Limitada* (2021))⁵⁵. Siguiendo este mismo criterio, la Corte Suprema en el caso *Humedal Llantén*⁵⁶, indicó que aun cuando una zona no se encuentre sometida a protección ambiental específica, atendidas sus características, es necesario darle protección, de modo que no proceda que la inmobiliaria drene sus aguas, afectando su ecosistema, sin la autorización respectiva⁵⁷.

Otra consecuencia de lo anterior está dada por la suspensión de los efectos de permisos de edificación otorgados, ello hasta que se resuelvan los procedimientos administrativos pendientes destinados a determinar el potencial impacto del proyecto (v. gr. pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental)⁵⁸.

La jurisprudencia también consagra un criterio de relevancia, conforme al cual si la construcción, dado su impacto, es de interés de toda la comunidad (v. gr. construcción en el borde costero), se deben elevar los estándares de tramitación del procedimiento, notificando el acto que autorice la construcción mediante publicación en el Diario Oficial y, en su caso, ingresando al

⁵³ GUZMÁN 2012, 89.

⁵⁴ Dictamen N° 48.164 (2016).

⁵⁵ Si una obra se encuentra colindante a un santuario, debido a la magnitud del proyecto y en aplicación del principio preventivo se debe estimar que el proyecto debió someterse al SEIA, y al no haberlo hecho, la omisión deviene en ilegal, resultando lesiva para el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

⁵⁶ *Sociedad Educativa Winkler Contreras Limitada con Servicio de Vivienda y Urbanización Regional de los Lagos* (2018), sobre intervención ilegítima del Humedal Llantén y la modificación del cauce "estero sin nombre", en donde con el fin de desarrollar un proyecto inmobiliario, se ha drenado las aguas del humedal, con el consecuente daño que aquello provoca al ecosistema e inundaciones.

⁵⁷ Este mismo criterio se aplicó en *Junta de Vecinos Rucahue Curaco Las Toscas con Constructora Manque Limitada e Ilustre Municipalidad de Laja* (2021) y *Coñuecar con Ilustre Municipalidad de Puerto Montt* (2021). Asimismo, se trata de un criterio que ha sido por Contraloría General de la República en el dictamen N° E157665 (2021).

⁵⁸ *Larrea con Inmobiliaria el Mirador S.A.* (2020) o el caso de *Inmobiliaria Fundamenta*.

Sistema de Evaluación Ambiental (*Comité Pro Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Municipalidad de Concón* (2013))⁵⁹.

De este modo, la autoridad urbanística, antes de otorgar el permiso, debe solicitar la autorización ambiental, en aquellos casos en los cuales la obra cuya construcción es requerida, pueda generar impactos ambientales, aun cuando la ley no lo señale expresamente. Se trataría de una exigencia derivada del principio de coordinación⁶⁰, que exige a la autoridad municipal⁶¹, de manera previa al ejercicio de sus competencias, observar la normativa ambiental aun cuando no exista obligación expresa, con un objetivo preventivo y precautorio y con la finalidad de dar protección al medio ambiente. En otros términos, para efectos de dar una protección efectiva al medio ambiente, no es suficiente el ejercicio de competencias de manera unilateral y aislada (competencias urbanísticas), sino que es preciso observar la finalidad que persiguen las normas ambientales, determinando la interacción entre ambos regímenes sectoriales⁶².

Esta exigencia de coordinación también se advierte en el caso de loteos en zonas rurales. Al efecto, la Corte Suprema ha señalado que afecta el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8 CPR) los loteos que por años se han ejecutado en el sector silvoagropecuaria, por cuanto modifican el entorno donde viven las personas y afecta componentes ambientales, como el bosque nativo. Asimismo, sostuvo que las autoridades han omitido el cumplimiento de sus obligaciones, ordenando una pronta coordinación institucional de todos los órganos administrativos con competencia en materias urbanísticas, a fin de solucionar dicha situación⁶³.

Por su parte, también resulta relevante hacer referencia al criterio contenido en el dictamen N° 4.000 (2016), en el cual Contraloría sostuvo, modificando la jurisprudencia a esa data vigente, que las áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural definidas o reconocidas en los instrumentos de planificación territorial constituyen áreas colocadas bajo protección oficial y, por tanto, las normas que las establecen son normas de carácter ambiental. Esto nos invita a poner atención en la perspectiva patrimonial

⁵⁹ Según sostuvo la Corte, la ausencia de evaluación ambiental del proyecto no era razonable ni coherente, infringiendo la institucionalidad ambiental, pilar de nuestro desarrollo sustentable como país.

⁶⁰ SÁNCHEZ 1992, 11 y ss. y PAREJO 2007, 161 y ss.

⁶¹ Se trata esencialmente de una coordinación orgánica, que deriva del complejo marco normativo que estructura el régimen urbanístico en Chile y que exige de una activa y efectiva coordinación entre la Dirección de Obras y los demás órganos públicos con competencias ambientales.

⁶² GÓMEZ 2021, 61 y ss.

⁶³ Rendón con Cataldo (2020).

del urbanismo⁶⁴, cuya necesidad de protección ha sido puesta de relieve en diversos pronunciamientos⁶⁵.

2. Problemáticas que afectan a los instrumentos de planificación territorial (IPT)

a) Aspectos generales

Una de las principales patologías de los IPT es su excesiva demora⁶⁶, lo que tiene como consecuencia que, al momento de aprobación del plan, los cambios en el territorio, sumado a las exigencias sociales, culturales, económicas o tecnológicas, exijan nuevas modificaciones.

El informe sobre el estado de planificación territorial de 2017 del MINVU estimó que la elaboración de un plan regulador comunal (PRC) tarda en promedio de 6,5 a 7 años. El mismo informe señaló que los plazos de vigencia de los PRC promedian los 17 años, lo cual aumenta el riesgo de obsolescencia⁶⁷.

Expertos estiman que los principales factores que indican en la tramitación de los planes son: la baja participación ciudadana, una participación deficiente o reducida a solo un grupo (puertas cerradas)⁶⁸; la poca claridad de las propuestas; y, su limitación al ámbito urbano sin abordar el tema de las inversiones⁶⁹. Además, la demora excesiva es un factor que incide en la generación de asentamientos informales⁷⁰.

Para morigerar esta situación, se han impartido instrucciones para la elaboración de las ordenanzas para los IPT (*vid.* DDU 398), además, se está trabajando en iniciativas legales destinadas a modificar la LGUC con el objeto de agilizar el proceso de aprobación de los planes reguladores.

Ahora bien, las problemáticas derivadas de la aprobación de los instrumentos de planificación territorial se presentan en dos momentos: el primero dice relación con la etapa de elaboración del proyecto, en la cual se presenta conflictos vinculados con aspectos ambientales y de participación (2.2.) y, el segundo, en la etapa de ejecución del plan, en concreto, con las declaratorias de utilidad pública (2.3.).

⁶⁴ Áreas de protección como: Zonas Típicas y de Inmuebles y Zonas de Conservación Histórica. Véase Pimiento 2000, 1235 y ss.

⁶⁵ *Vid.* Dictamen N° E39766 (2020) o la sentencia *Cohen y otros con Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio y de la Contraloría General de la República* (2020), declaración barrio zona típica, Suárez Mujica.

⁶⁶ El art. 28 sexies LGUC (2018), señala que los instrumentos de planificación territorial deberán actualizarse periódicamente en un plazo no mayor a diez años, conforme a las normas que disponga la OGUC.

⁶⁷ Un buen ejemplo de ello, lo proporciona Rauco, comuna que solo con un Límite Urbano que data del 1941. En 2018 se iniciaron los trámites de aprobación de un PRC, encontrándose aun sin concluir. *Vid.* Memoria Explicativa.

⁶⁸ PODUJE 2008, 3 y ss.

⁶⁹ PODUJE 2008, 3 y ss. y ORELLANA Y MARSHALL 2007, 665 y ss.

⁷⁰ PEDREROS 2019, 265 y ss.

b) *Medioambiente, participación ciudadana y consulta indígena*

Estos aspectos también han sido determinantes en materia de aprobación de IPT, los cuales, en algunos casos son concurrentes. Al efecto, existen casos de interés, por ejemplo, la sentencia *Nacif Jauregui Alberto con Municipalidad de Peñalolén* (2018), en la cual se sostuvo que el plan afectaba el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (aumento de la densidad poblacional, bosque nativo y flora protegida), además de contravenir un plebiscito local en el cual se había rechazado la iniciativa.

Por su parte, en la sentencia *Comunidad Indígena Diaguita Domingo Taucán y Asociación Indígena Amakay Kakán con Gobierno Regional de Coquimbo* (2019), la Corte Suprema acogió el recurso de protección interpuesto por la Comunidad Indígena en contra el Gobierno Regional de Coquimbo, ordenando la suspensión parcial del plan regulador intercomunal con la finalidad de analizar la eventual afectación de los intereses del pueblo Diaguita y, ante la afirmativa, realizar la consulta indígena pertinente⁷¹.

No cabe duda de que atendido los efectos que los IPT generan en la propiedad privada y en los bienes nacionales de uso público, en la forma de vida de las personas y en la economía y desarrollo en general, la participación ciudadana es un elemento gravitante en la aprobación de estos instrumentos⁷², de hecho, hoy en día, la participación es obligatoria y en una etapa temprana (art. 18 octies), sin embargo, aún se aprecian problemáticas en materia de participación, particularmente vinculadas con temas ambientales e indígenas.

Además, la inobservancia de estas instancias y la atomización de las acciones y recursos disponibles vinculados con el control de estos actos ha aumentado los plazos de tramitación de los instrumentos.

c) *Inconsistencias regulatorias de las declaratorias de utilidad*

Las declaratorias surgen luego de la aprobación de los planes reguladores y tienen un doble efecto en los inmuebles afectados⁷³: los terrenos quedan sujetos al régimen de congelamiento (art. 62 LGUC)⁷⁴ y pueden ser objeto de expropiación por parte de la autoridad competente, aunque esta no tiene ni el deber de realizarla ni plazo para hacerlo.

Este tema presenta serias deficiencias, vinculadas con la forma de ejecución del planeamiento y la inexistencia de mecanismos adecuados para distribuir con equidad los beneficios y cargas que nacen de la ordenación

⁷¹ Relacionado con *Navarro con Pinto* (2019).

⁷² MIROSEVIC 2013, 319 y ss.

⁷³ CORDERO 2020, 375.

⁷⁴ Motivo por el cual no pueden aumentar el volumen de construcción existente, salvo que se trate de obras que mitiguen los impactos ambientales adversos que producen o impliquen un mejoramiento de la calidad de su arquitectura.

urbana⁷⁵. En cierta medida, se ha procurado compensar estas problemáticas mediante instancias tempranas y obligatorias de participación ciudadana en la elaboración de los IPT⁷⁶, pero solo en data reciente y, hasta el momento, insuficientes.

Ahora bien, a lo largo de su vigencia, el principal problema que han planteado las declaratorias son los cuestionamientos de constitucionalidad, en donde se ha sostenido que afectan las facultades esenciales del dominio (art. 19 N° 24)⁷⁷. Al respecto, el Tribunal Constitucional declaró inaplicable por inconstitucional el plazo de 6 meses de facultad para dejar sin efecto declaratorias de utilidad pública que fueron renovadas por ley, según el tribunal, aquellas no pueden mutar de una autorización para expropiar a una simple limitación al dominio⁷⁸.

Conclusiones

Como se puede apreciar, las problemáticas actuales del derecho urbanístico son múltiples y se extienden desde la aprobación de los instrumentos de planificación territorial hasta el otorgamiento y ejecución de los permisos de edificación.

Buena parte de estas problemáticas se han resuelto a partir de una respuesta integrada entre las normas especiales del derecho urbanístico y las normas generales de derecho administrativo, lo anterior, por cuanto en la actualidad no es posible concebir la regulación urbanística de manera aislada o desvinculada de las normas de derecho administrativo general, sino que se deben aplicar de manera integrada con las normas de derecho público, las cuales serán sumamente útiles para suplir los vacíos regulatorios y proporcionar pautas de interpretación.

En efecto, esta convergencia ha contribuido en la resolución integrada de cuestiones de especial relevancia como la invalidación de los actos administrativos, los efectos de la interpretación administrativa, la interacción de mecanismos de control, entre otros.

Sin embargo, la ausencia de reglas claras que permitan articular las distintas normas y principios concurrentes han ocasionado diversas consecuencias. En particular la atomización del sistema de control de los actos urbanísticos, sin mecanismos de armonización entre las distintas acciones y recursos disponibles, ha ocasionado serios problemas de seguridad jurídica, por cuanto el incremento de la conflictividad aumenta los plazos de tramitación de los instrumentos de planificación territorial e incrementa la incerteza en relación con la estabilidad de los permisos de edificación.

⁷⁵ CORDERO 2020, 378.

⁷⁶ Introducidas por la Ley N° 21.078, que modificó diversos preceptos de la LGUC.

⁷⁷ FIGUEROA Y FIGUEROA 2006, 100; FERNÁNDEZ 2005a, 396 y ss. y FERNÁNDEZ 2005b, 115 y ss.

⁷⁸ Vid. Sentencia TC Rol N° 8.495 (2020).

Bibliografía citada

- BRIEVA ALVARADO, Amador y BASTÍAS ROM, Lionel (1977). *Ordenanza general de construcciones y urbanización. Actualizada y concordada*. Editorial Jurídica de Chile.
- BRIEVA ALVARADO, Amador y BASTÍAS ROM, Lionel (1978). *Ordenanza general de construcciones y urbanización* (2ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- BRIEVA ALVARADO, Amador y BASTÍAS ROM, Lionel (1980). *Ordenanza general de construcciones y urbanización* (3ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- BRIEVA ALVARADO, Amador y BASTÍAS ROM, Lionel (1982a). *Ordenanza general de urbanismo y construcciones: ley de Propiedad horizontal* (4ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- BRIEVA ALVARADO, Amador y BASTÍAS ROM, Lionel (1982b). *DFL 2 de 1959 leyes y reglamentos para la construcción de viviendas económicas. Texto actualizado al 30 de noviembre de 1981*. Editorial Jurídica de Chile.
- BRIEVA ALVARADO, Amador y BASTÍAS ROM, Lionel (1985). *Ley General de Urbanismo y Construcciones. Sistemas de subsidio habitacional* (3ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- BRIEVA ALVARADO, Amador y BASTÍAS ROM, Lionel (1986). *Ordenanza general de urbanismo y construcciones: ley de Propiedad horizontal* (5ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- BRIEVA ALVARADO, Amador y BASTÍAS ROM, Lionel (1988a). *Ley General de Urbanismo y Construcciones. Sistemas de subsidio habitacional y de crédito para la vivienda* (4ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- BRIEVA ALVARADO, Amador y BASTÍAS ROM, Lionel (1988b). *Ordenanza general de urbanismo y construcciones: ley de Propiedad horizontal* (6ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- BRIEVA ALVARADO, Amador y BASTÍAS ROM, Lionel (1991). *Ordenanza general de urbanismo y construcciones: ley de Propiedad horizontal* (7ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- BRIEVA ALVARADO, Amador y BASTÍAS ROM, Lionel (1992). *Ley general de urbanismo y construcciones. Sistemas de propiedad horizontal*. (9ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- BRIEVA ALVARADO, Amador y BASTÍAS ROM, Lionel (1995). *Ordenanza general de urbanismo y construcciones: ley de Propiedad horizontal* (10ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- BRIEVA ALVARADO, Amador y BASTÍAS ROM, Lionel (1999). *Ordenanza general de urbanismo y construcciones: ley de Propiedad horizontal* (11ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio (1989). *Instituciones de Derecho Urbanístico* (4ª ed.). Editorial Montecorvo.
- COBO MONTALVA, Pedro y CANALES PALACIOS, Juan (Comps.). (1994). *Ordenanza general de urbanismo y construcciones*. ConoSur.
- COBO MONTALVA, Pedro y CANALES PALACIOS, Juan (Comps.). (1996). *Ordenanza general de urbanismo y construcciones*. ConoSur.
- COBO MONTALVA, Pedro y CANALES PALACIOS, Juan (Comps.). (1997). *Ordenanza general de urbanismo y construcciones*. ConoSur.
- COBO MONTALVA, Pedro y CANALES PALACIOS, Juan (Comps.). (2001). *Ordenanza general de urbanismo y construcciones*. ConoSur.
- CONTRERAS SOTO, Daniel, JARA VILLALOBOS, Camilo y OSORIO VARGAS, Gabriel (2019). *Código de Derecho Urbanístico y de la Construcción*. Hammurabi.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2020). *Estudios sobre propiedad y derecho urbanístico*. Tirant lo Blanch.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2017). La formación del Derecho urbanístico chileno a partir del siglo XIX: de la legislación urbanística al Derecho urbanístico integrado. *Revista de Derecho*, 30(1) (Valdivia), 127-152.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012). *Compendio de Normas Urbanísticas y de la Construcción*. Thomson Reuters.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2005). El actual *status quaestionis* del derecho urbanístico chileno. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (14), 175-196.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2015). Naturaleza, contenido y principios del derecho urbanístico chileno. *Revista de Derecho* (Coquimbo), 22(2), 93-138.
- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Casos destacados Derecho Administrativo (1908-2014)*, Tomo I. Thomson Reuters La Ley.

- FERNÁNDEZ RICHARD, José (2005a). Plan regulador - ley 19.934 y limitación al dominio. Modificaciones legales. *Revista de Derecho Público* (67), 396-401.
- FERNÁNDEZ RICHARD, José (2005b). La Constitución Política y el urbanismo. *Revista de Derecho Público* (67), 115-121.
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo (2022). *Urbanismo y Construcción* (3ª edición actualizada y complementada). Der Ediciones.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio y Figueroa Valdés, Juan Eduardo (2006). *Urbanismo y Construcción*. Legal Publishing.
- FUEYO LANERI, Fernando (1967). El problema de las autonomías o especialidades. *Revista Derecho Público* (17).
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2021). Coordinación en materias de ordenación territorial, permisos urbanísticos y medio ambiente en Chile: problemáticas y desafíos. En Jorge Agudo González [Coord.], *La gobernanza del territorio: cooperación interadministrativa, participación ciudadana y derechos de las minorías*, pp. 61-92. Bosh.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2018). Necesidad-esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa. *Revista Chilena Derecho*, 45(2), 531-544.
- GUZMÁN ROSEN, Rodrigo (2012). *Derecho ambiental chileno. Principios, instituciones, instrumentos de gestión*. Editorial Planeta Sostenible.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2001). Propiedad y potestades urbanísticas. *Revista Derecho CDE*, 2(1), 79-91.
- MIROSEVIC VERDUGO, Camilo (2013). *Mecanismos de participación ciudadana en el ordenamiento jurídico*. Editorial Librotecnia.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2011). Autonomía y responsividad: dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. En Juan Miguel de la Cuétara Martínez, José Luis Martínez López-Muñiz y José Villar Rojas (Coord.), *Derecho Administrativo y regulación económica, Liber Amicorum a Gaspar Ariño* (pp. 55-80). La Ley.
- OCHOA TOBAR, Fernando (2010). La protección del orden jurídico urbanístico multa demolición y clausura en la Ley General de Urbanismo y Construcciones. *Revista de Estudios Ius Novum* (3), 174- 196.
- ORELLANA OSSANDÓN, Arturo y MARSHALL MANRÍQUEZ, Catalina (2017). La relación entre inversión municipal pública y calidad de vida en las ciudades metropolitanas en Chile. *Cadernos Metrópole*, 19 (39), 665-686.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2012). *La disciplina urbanística* (2ª ed.). Iustel.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2007). Notas para la construcción dogmática de las relaciones interadministrativas. *Revista de Administración Pública* (174), 161-191.
- PEDREROS REYES, Manuel (2019). El rol de los instrumentos de planificación territorial en los procesos de regularización de asentamientos informales rurales de segunda vivienda: caso localidad Laguna verde - área metropolitana de Valparaíso. En Eduardo Cordero Quinzara y Luciano Parejo Alfonso [Coords.], *Estudios sobre la regularización urbana y registral en Iberoamérica* (pp. 265-292). Tirant lo Blanch.
- PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2000). Patrimonio cultural y ordenamiento territorial. En Jorge Rincón y Nicolás Cabezas [Coords.], *Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: competencias, instrumentos de planificación y desafíos* (pp. 1235-1273). Universidad Externado de Colombia.
- PODUJE CAPDEVILLE, Iván (2008). Participación ciudadana en proyectos de infraestructura y planes reguladores. *Temas de la Agenda Pública*, 3(22), 3-16.
- PONCE SOLÉ, Juli; MIGLIARI, Wellington y CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar (Coords.). (2019). *El Derecho, la ciudad y la vivienda en la nueva concepción del desarrollo urbano. Desafíos transnacionales y transdisciplinarios de la gobernanza en la nueva agenda urbana*. Atelier.
- RAJEVIC MOSLER, Enrique (2010). El paulatino pero insuficiente desarrollo del Derecho urbanístico en Chile: en tránsito de la adolescencia a la madurez. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental* (54), 61-70.

- RAJEVIC MOSLER, Enrique (2000). Derecho y legislación urbanística en Chile. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2(2), 527-548.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1985). *El Urbanismo y los Principios Fundamentales del Derecho Urbanístico. Memoria de prueba para optar al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas*. Universidad Complutense de Madrid.
- RODRÍGUEZ ALMIRÓN, Francisco José (2020). Tema práctico XXV: urbanismo (arts. 319 y siguientes CP). En Alfredo Abadías Selma y Miguel Bustos Rubio [Coords.], *Temas prácticos para el estudio del Derecho Penal Económico* (pp. 401-406). Editorial Colex.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1992). La coordinación administrativa como concepto jurídico. *Documentación Administrativa* (230-231), 11-30.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003). *La teoría general del Derecho administrativo como sistema* (Trad. Mariano Bacigalupo, Javier Barnes, Javier García, Ricardo García, José María Rodríguez, Blanca Rodríguez, Germán Valencia, Francisco Velasco, Alejandro Huergo). Marcial Pons.
- SOCÍAS CAMACHO, Joana y TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel (Dirs.), Aguirre i Font, Josep M. y Araguàs Galcerà, Irene (Coords.). (2021). *Urbanismo ambiental y cambio climático: la ciudad turística sostenible* (pp. 17-26). Atelier.
- SOTO DELGADO, Pablo (2016a). Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental. En Universidad Diego Portales (Ed.), *Anuario de Derecho Público* (pp. 374-407). Universidad Diego Portales.
- SOTO DELGADO, Pablo (2016b). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Revista Ius et Praxis*, 22(2), 189-226.
- VALENZUELA PARAVIC, Paulina (1991). Las acciones contenciosas derivadas del permiso de edificación municipal. *Revista de Derecho, Valparaíso* (14), 97-124.

Jurisprudencia citada

- Inmobiliaria Quartomiglio S.A. con Dirección* (1999): Corte Suprema, 11 de enero de 1999 (Rol N° 4.073-1998). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Sociedad Inmobiliaria Rio Napo Ltda. con Municipalidad* (1999): Corte Suprema, 15 de septiembre de 1999 (Rol N° 3.022-1999). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Sociedad Inmobiliaria Cerro del Medio Ltda. con Dirección* (2000): Corte Suprema, 24 de enero de 2000 (Rol N° 40-2000). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Salmones Friosur S.A. con Subsecretaría de Pesca* (2003): Corte Suprema, 12 de agosto de 2003 (Rol N° 3.104-2003). Tercera Sala. [Recurso de queja].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 33.451, de 19 de julio de 2006.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 47.497, de 23 de octubre de 2007.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 33.381, de 18 de julio de 2008.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 77.490, de 12 de diciembre de 2011.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 30.891, de 28 de mayo de 2012.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 45.377, de 27 de julio de 2012.
- Samuel John Price Williams con Municipalidad de Talcahuano* (2013): Corte Suprema, 14 de enero de 2013 (Rol N° 5.080-2011). Tercera Sala. [Recurso de casación en la forma y en el fondo].
- Inmobiliaria y Servicios del Pozo Ltda. con Municipalidad de Antofagasta* (2013): Corte Suprema, 29 de mayo de 2013 (Rol N° 9.433-2011). Tercera Sala. [Recurso de casación en el fondo].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 2.430, de 12 de enero de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 23.573, de 26 de marzo de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 37.626, de 11 de mayo de 2015.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Constructora y Administradora Uno S.A. respecto del artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en los autos infraccionales, Rol N° 3228-2013 del Tercer Juzgado de*

- Policía Local de Maipú, de que conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 2090-2013* (2015): Tribunal Constitucional, 7 de septiembre de 2015 (Rol N° 2.648-14). Primera Sala. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 4.000, de 15 de enero de 2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 45.217, de 20 de junio de 2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 48.164, de 30 de junio de 2016.
- Inmobiliaria Punta Piqueros S.A. con Contraloría Regional de Valparaíso* (2016): Corte Suprema, 4 de octubre de 2016 (Rol N° 47.610-2016). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 38.277, de 30 de octubre de 2017.
- Jorge Ramírez Morales con Carlos Frías López* (2017): Corte Suprema, 15 de noviembre de 2017 (Rol N° 49.726-2016). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 43.367, de 11 de diciembre de 2017.
- Jorge Tormo Miranda y otros con Municipalidad de Ñuñoa* (2017): Corte Suprema, 18 de diciembre de 2017 (Rol N° 5.980-2017). Tercera Sala [Recurso de casación en el fondo].
- Carlos Rómulo Alfredo Manterola Carlson y otros con Municipalidad De Valparaíso* (2017): Corte Suprema, 23 de febrero de 2018 (Rol N° 15.561-2017). Tercera Sala [Recurso de casación en la forma y en el fondo].
- Inmobiliaria Nueva el Golf SpA. con Lavín* (2018): Corte Suprema, 22 de mayo de 2018 (Rol N° 7.972-2018). Tercera Sala [Recurso de protección].
- Alberto Nacif Jauregui con Municipalidad de Peñalolén* (2018): Corte de Suprema, 21 de junio de 2018 (Rol N° 45.353-2017). Tercera Sala [Recurso de protección].
- Sociedad Educacional Winkler Contreras Ltda. con Servicio de Vivienda y Urbanización Región de Los Lagos* (2018): Corte Suprema, 27 de agosto de 2018 (Rol N° 118-2018). Tercera Sala [Recurso de protección].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 27.918, de 12 de noviembre de 2018.
- Fundación Yarur Bascuñán con Constructora VIMAC SpA* (2019): Corte Suprema, 5 de junio de 2019 (Rol N° 12.808-2019). Tercera Sala [Recurso de Protección].
- Navarro con Pinto* (2019): Corte Suprema, 1 de octubre de 2019 (Rol N° 20.913-2019). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Asociación Indígena Amakay Kakan con Gobierno Regional de Coquimbo* (2019): Corte de Suprema, 24 de octubre de 2019 (Rol N° 22.189-2019). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Nueva Costanera Gestión Inmobiliaria S.A. con Rubio* (2020): Corte Suprema, 23 de enero de 2020 (Rol 10.658-2019). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Inversiones Quintalí Ltda. con Municipalidad de Pudahuel* (2020): Corte Suprema, 24 de enero de 2020 (Rol N° 16.238-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación en la forma y en el fondo].
- Cohen y otros con Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio y de la Contraloría General de la República* (2020): Corte Suprema, 2 de abril de 2020 (Rol 14.584-2019). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Inmobiliaria del Puerto Spa. con Municipalidad de Valparaíso* (2020): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 17 de abril de 2020 (Rol N° 2.116-2017). Segunda Sala. [Reclamo de ilegalidad municipal].
- Larrea con Inmobiliaria el Mirador S.A.* (2020): Corte Suprema, 15 de mayo de 2020 (Rol N° 27.564-2020). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Metlife Chile Seguros de Vida S. A. respecto del artículo 20 del DFL N° 458, que aprueba la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en la causa Rol N° 8333-2018, seguida ante el Primer Juzgado de Policía Local de la Florida, actualmente en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 745-2019 Policía Local* (2020): Tribunal Constitucional, 18 de junio de 2020 (Rol N° 8.278-2020). Segunda Sala. [Requerimiento de inaplicabilidad].

- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rocío Salomé Ortega Arredondo respecto del artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, en el proceso penal RUC N° 1900447482-4, RIT N° 56-2020, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua* (2020): Tribunal Constitucional, 18 de junio de 2020 (Rol N° 8.495-2020). Primera Sala [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Luis Aurelio Sánchez Castillo con Municipalidad de Ñuñoa* (2020): Corte Suprema, 22 de junio de 2020 (Rol N° 10.121-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación en el fondo].
- Rendón con Cataldo* (2020): Corte de Suprema, 31 de julio de 2020 (Rol N° 43.910-2020). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Inmobiliaria Dalmacia Ltda. con Municipalidad de Estación Central* (2020): Corte Suprema, 20 de octubre de 2020 (Rol N° 59.783-2020). Tercera Sala. [Recurso de casación en el fondo].
- Inmobiliaria Fortaleza Placilla SpA. con Contraloría General de la República* (2020): Corte Suprema, 26 de octubre de 2020 (Rol N° 39.587-2020). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° E58.945, de 11 de diciembre de 2020.
- Fundación Yarur Bascuñán con Ferrara Ingeniería y Construcciones Ltda.* (2021): Corte Suprema, 16 de febrero de 2021 (Rol N° 138.427-2020). Tercera Sala. [Recurso de Protección].
- Desarrollo Inmobiliario bellavista S.A. con Municipalidad de Recoleta* (2021): Corte Suprema, 23 de febrero de 2021 (Rol N° 129.286-2020). Tercera Sala. [Recurso de protección].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° E82.934, de 5 de marzo de 2021.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° E82.934, de 5 de marzo de 2021.
- Corporación Pro-defensa del patrimonio histórico y cultural de Viña del Mar con Inmobiliaria Punta Piqueros* (2021): Corte Suprema, 29 de marzo de 2021 (Rol N° 88.411-2020). Tercera Sala [Recurso de protección].
- Coñuecar con Municipalidad de Puerto Montt* (2021): Corte Suprema, 23 de julio de 2021 (Rol N° 21.970-2021). Tercera Sala [Recurso de protección].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° E126.162, de 2 de agosto de 2021.
- Junta de Vecinos Chorrillos y Agrupación; Junta de Vecinos Rucahue Curaco Las Toscas con Constructora Manque Limitada y Municipalidad de Laja* (2021): Corte Suprema, 13 de septiembre de 2021 (Rol N° 129.273-2020). Tercera Sala [Recurso de protección].
- Inmobiliaria del Puerto SpA. con Municipalidad de Valparaíso* (2021): Corte Suprema, 27 de septiembre de 2021 (Rol N° 59.585-2020). Tercera Sala. [Recurso de casación en el fondo].
- Contraloría General de la República. Dictamen N° E157665, de 19 de noviembre de 2021.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Javier Elías Granes Phillips respecto del artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en el proceso Rol N° 175-2021, seguido ante el Juzgado de Policía Local de Pucón, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Temuco, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 16-2021 (Policía Local)* (2021): Tribunal Constitucional, 16 de diciembre de 2021 (Rol N° 10.922-2021). Segunda Sala. [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Cooperativa de vacaciones el Tabito Limitada con Municipalidad de El Tabo* (2022): Corte Suprema, 14 de febrero de 2022 (Rol N° 134.212-2020). Tercera Sala. [Reclamo de ilegalidad].
- Corporación Pro-Defensa del Patrimonio Histórico y Cultural de Viña del Mar con Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Región de Valparaíso* (2022): Corte Suprema, 30 de mayo de 2022 (Rol N° 89.134-2021). Tercera Sala. [Recurso de protección].

Normativa citada

Constitución Política de la República de Chile [CPR] de 1980. 21 de octubre de 1980.

- Decreto N° 458 de 1975 [Ministerio de Vivienda y Urbanismo]. Ley General de Urbanismo y Construcciones. 18 de diciembre de 1975. D.O. N° 29.333.
- Decreto N° 345 de 1931 [con fuerza de ley]. Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. 30 de mayo de 1931. D.O. N° 15.984
- 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° 20.285. Sobre acceso a la información pública. 11 de agosto de 2008. D.O. N° 39.144.
- Ley N° 10.336 de 1952. Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. 12 de mayo 1952. D.O. N° 23.460.
- Ley N° 18.695 de 2006. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. 26 de julio de 2006. D.O. N° 38.523.
- Ley N° 18.883 de 1989. Aprueba Estatuto administrativo para funcionarios municipales. 29 de diciembre de 1989. D.O. N° 33.557.
- Ley N° 19.300 de 1994. Ley sobre Bases generales del medio ambiente. 9 de marzo de 1994. D.O. N° 34.810.
- Ley N° 17.288 de 1970. Legisla sobre Monumentos Nacionales; modifica las leyes 16.617 y 16.719; deroga el decreto ley 651, de 17 de octubre de 1925. 4 de febrero de 1970. D.O. N° 27.563.
- Ley N° 19.253 de 1993. Establece normas sobre Protección, desarrollo y fomento de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. 5 de octubre de 1993.
- Ley N° 20.283 de 2008. Ley sobre Recuperación del bosque nativo y fomento forestal. 30 de julio de 2008. D.O. N° 39.125.
- Ley N° 18.755 de 1988. Establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, deroga la ley 16.640 y otras disposiciones. 23 de octubre de 1988. D.O. N° 33.203.

Concesión de servicio público de telecomunicaciones: debates sobre su regulación

The concessional regime of public telecommunications services: debates on its regulation

Alberto Jara Ahumada¹

El presente trabajo aborda los principales elementos que configuran el régimen concesional de los servicios públicos de telecomunicaciones, con la finalidad de poner de relieve algunos debates que tensionan la regulación chilena sobre la materia. Se entrega un breve repaso sobre el marco normativo que preside la instalación, operación y explotación de un servicio de telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet, así como la arquitectura institucional responsable. Asimismo, se precisan las modalidades que puede adoptar el otorgamiento de este tipo de concesiones, los requisitos que debe cumplir el operador, las causales de extinción del título habilitante, así como los principales derechos y obligaciones que incumben al concesionario. A partir de algunos planteamientos formulados por los entornos académico, político-legislativo y judicial, se efectúa un balance crítico respecto al diseño actual de la política regulatoria en este sector de la economía chilena.

This paper addresses the main elements that make up the concessionary regime of public telecommunications services, in order to highlight some debates that stress Chilean regulation on the matter. A brief review is given on the regulatory framework that presides over the installation, operation and exploitation of a telephone service, data transmission and Internet access, as well as the responsible institutional architecture. Likewise, the modalities that the granting of this type of concessions may adopt are specified, the requirements that the operator must meet, the grounds for termination of the enabling title, as well as the main rights and obligations incumbent on the concessionaire. Based on some approaches formulated by the academic, political-legislative and judicial environments, a critical balance is made regarding the current design of regulatory policy in this sector of the Chilean economy.

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Máster en Economía, Regulación y Competencia de la Universitat de Barcelona. Correo electrónico: lbjara@uc.cl. Dirección Postal: Avenida Apoquindo 3885, piso 18, Las Condes.

Artículo recibido el 5 de octubre de 2021 y aceptado el 6 de abril de 2022.

Palabras clave: régimen concesional; servicio público de telecomunicaciones; telefonía; transmisión de datos; acceso a Internet.

Keywords: concessionary regime; public telecommunications service; telephony; data transmission; Internet access.

Introducción

La pandemia de Covid-19 relevó la importancia de los servicios de telecomunicaciones no solo para la educación a distancia y el trabajo remoto, sino también para las prestaciones médicas, el *retail*, el sistema bancario y financiero, los servicios del Estado, por citar algunos ejemplos. A su vez, el desafío de la transformación digital ha potenciado el incremento de los tendidos de fibra óptica al hogar, así como el despliegue de redes inalámbricas de quinta generación (5G), todo lo cual ofrece conexiones de banda ancha mejorada, ultrafiabilidad de baja latencia y comunicaciones masivas de tipo máquina. Se espera que hacia el año 2030 la tecnología 5G incremente el producto interno bruto mundial en 1,3 trillones de dólares, siendo liderado por la digitalización de la atención médica, el comercio electrónico, la fabricación industrial y los servicios financieros².

El presente trabajo aborda el régimen concesional de los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, que comprende a los prestadores de telefonía, transmisión de datos y de acceso a Internet. En tal sentido, se ofrece una mirada en 360 grados al estatuto jurídico de quienes desarrollan este tipo de actividades, dando cuenta de los requisitos para obtener una concesión, las modalidades de asignación, las causales de extinción del título habilitante, así como los principales derechos y obligaciones que dimanan de esa regulación. Enseguida, y en lo que constituye el foco del estudio, se realiza un mapeo a cinco debates que actualmente tensionan y desafían a este sector de las telecomunicaciones, en cuya discusión ha tomado parte el ámbito académico, judicial y político-legislativo. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones acerca de las fortalezas y retos que exhibe el actual régimen concesional de los servicios públicos de telecomunicaciones y que puede revestir una significativa importancia para el momento constituyente que vive el país.

I. El régimen concesional vigente

1. El marco regulatorio

El bloque regulatorio que disciplina la actividad del concesionario de servicio público de telecomunicaciones se compone de fuentes normativas internas y externas. Las fuentes internas se componen de una jerarquía de cinco tipos de normas: la Constitución Política de la República (principalmente la garantía del art. 19 N° 24), la legislación sectorial (Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, y el Decreto Ley N° 1.762, de 1977, que crea la Subse-

² PriceWaterhouseCoopers 2021.

cretaría de Telecomunicaciones), los reglamentos³, los planes técnicos fundamentales⁴ y las normas técnicas⁵.

Se debe tener presente que la interpretación de las disposiciones legales y reglamentarias se encuentra encomendada a la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel), quien determina el sentido y alcance de sus términos conforme establece el artículo 6, inciso segundo, de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT). En otro orden de ideas, cabe advertir que la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República es una fuente del derecho vinculante⁶ para los funcionarios de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, toda vez que el artículo 19 de la ley N° 10.336 previene expresamente que “los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición”.

A su vez, las fuentes normativas externas se componen fundamentalmente de los acuerdos y tratados internacionales sobre telecomunicaciones vigentes en Chile, según dispone expresamente el artículo 4, inciso primero, de la LGT. Entre ellos se pueden mencionar algunos acuerdos de la Organización de Naciones Unidas que prescriben el uso del espacio ultraterrestre con fines pacíficos; el Reglamento de Radiocomunicaciones aprobado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT); la normativa emanada de la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL), entre otros⁷.

2. La arquitectura institucional responsable

La principal contraparte administrativa del concesionario de servicio público de telecomunicaciones es la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel). A

³ A modo de ejemplo, el reglamento sobre mensajería de alerta, resguardo de la infraestructura crítica de telecomunicaciones y comunicación de fallas significativas en los sistemas de telecomunicaciones (DS N° 60/2012 MTT); el reglamento sobre tramitación y resolución de reclamos formulados por los usuarios (DS N° 194/2012 MTT); el que regula las características y condiciones de la neutralidad de la red en el servicio de acceso a Internet (DS N° 368/2011 MTT); el que fija procedimientos de cálculo para el cobro de los derechos por utilización del espectro radioeléctrico (DS N° 281/2001 MTT); entre otros.

⁴ A modo de ejemplo, el plan técnico fundamental sobre encaminamiento telefónico (DS N° 746/1999 MTT); el plan técnico fundamental sobre numeración telefónica (DS N° 747/1999 MTT); y el plan técnico fundamental sobre gestión de redes y retiro de los cables en desuso (pendiente aún de publicación).

⁵ A modo de ejemplo, la norma técnica que destina el uso de la banda de frecuencias 700 MHz para servicios móviles (Res. Ex. N° 265/2013 Subtel); la norma técnica sobre fundamentos generales de ciberseguridad para el diseño, instalación y operación de las redes y sistemas utilizados para la prestación de servicios de telecomunicaciones (Res. Ex. N° 1.318/2020 Subtel); la norma técnica que detalla las tasas de transferencia de datos que debe cumplir un servicio de acceso a Internet para ser comercializado como “banda ancha” (Res. Ex. N° 1.251/2020 Subtel); etc.

⁶ PHILLIPS LETELIER 2020, 150.

⁷ ZEGARRA VALDIVIA 2018, 49-50.

este organismo corresponde administrar el espectro radioeléctrico; dictar las normas técnicas sobre telecomunicaciones; fiscalizar el buen funcionamiento de los servicios y velar por debida protección de los derechos de los usuarios; otorgar permisos y licencias; informar acerca de las solicitudes de concesión que se presenten ante el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; actuar como secretaría ejecutiva del Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones en materia de subsidios fiscales; entre otras atribuciones.

El segundo interlocutor es el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT), que posee tres grandes funciones en la industria de la telefonía, la transmisión de datos y el acceso a Internet: otorgar las concesiones que sean solicitadas –y que haya informado favorablemente la Subtel–; dictar los reglamentos y planes técnicos fundamentales; y aplicar las sanciones administrativas en contra de los infractores del ordenamiento jurídico sectorial.

Adicionalmente, existen algunos organismos públicos de relevancia incidental para estos efectos y que intervienen en asuntos determinados. Así, por ejemplo, el Ministerio del Medio Ambiente tiene la responsabilidad de dictar las normas de calidad ambiental o de emisión relacionadas con las ondas electromagnéticas que pueden emitir las antenas y sistemas radiantes de los operadores móviles (art. 7 inc. primero LGT). A su vez, el Ministerio de Defensa Nacional debe informar acerca de cada solicitud de concesión o permiso que un particular eleve ante el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (art. 17 LGT). Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) intervienen con ocasión de una posible conducta que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones y de radiodifusión, o bien tienda a producir dichos efectos.

3. El tipo de servicio

El *servicio público de telecomunicaciones* corresponde al tipo de servicio que distingue a la telefonía, la transmisión de datos y el acceso a Internet respecto de otras tipologías prestacionales que consagra el ordenamiento jurídico sectorial. En efecto, el artículo 3° de la LGT clasifica los servicios de telecomunicaciones en cinco categorías: servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radifusión; servicios públicos de telecomunicaciones; servicios limitados de telecomunicaciones; servicios de aficionados a las radiocomunicaciones; y servicios intermedios de telecomunicaciones.

En esta clasificación los *servicios públicos* son aquellos destinados a “satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general [y que] deberán estar diseñados para interconectarse con otros servicios públicos de telecomunicaciones” (art. 3, letra b, LGT). Si bien la radio y la televisión están destinados a satisfacer necesidades de la comunidad, carecen de la posibilidad de interconexión, por lo que se inscriben dentro de los servicios de telecomunicaciones de libre recepción o de radifusión.

Dentro del tipo de servicio denominado *servicio público de telecomunicaciones* es posible identificar diferentes modalidades prestacionales, siendo las más comunes la telefonía, la transmisión de datos, el acceso a Internet y el *trunking*⁸. En épocas pretéritas existieron otras modalidades de prestación del servicio público, pero que hoy se encuentran tecnológicamente y regulatoriamente obsoletas, tales como la telegrafía pública (telegramas), el télex, el facsímil, el teletex, el videotex y el servicio videofónico, entre otras⁹.

Los servicios públicos de telecomunicaciones se inscriben dentro de la tipología de los “servicios en red”, por tratarse de actividades comerciales prestadas al público en general que dependen de una infraestructura de red. Mengual Henríquez afirma que se caracterizan como esenciales y se remarca la existencia de intereses públicos en virtud de la trascendencia que la garantía de su prestación tiene para el desenvolvimiento de la sociedad y de la economía. La regulación económica en torno a este tipo de servicios obedece a que suelen configurar monopolios naturales y que guardan un inherente carácter de esenciales para la ciudadanía¹⁰.

4. Las modalidades de asignación de la concesión

Los países adoptan distintos métodos o estrategias para la asignación de espectro radioeléctrico cuando la demanda de este bien excede su disponibilidad. Los mecanismos más conocidos para asignar las licencias o concesiones que emplean frecuencias radioeléctricas han sido el sorteo¹¹, la evaluación

⁸ El *trunking* corresponde al servicio móvil de radiocomunicaciones especializado que se encuentra regulado en una norma técnica aprobada mediante resolución exenta N° 95, de 2001, de la Subtel. Conforme a esta normativa, “se entenderá por servicio móvil de radiocomunicaciones especializado el servicio móvil terrestre de radiocomunicaciones, público o limitado de telecomunicaciones, que permite proveer servicios de voz y datos a usuarios, y formar grupos de usuarios que se comunican entre ellos. Lo anterior, mediante el uso de estaciones base de red, que pueden estar asociadas a controladores que permiten automatizar la compartición de frecuencias, estaciones base de usuario y estaciones móviles”. Como se aprecia, el *trunking* puede adoptar la calidad de “servicio público de telecomunicaciones” o bien de un “servicio limitado de telecomunicaciones”, siendo este último la modalidad más recurrente en la práctica autorizatoria de la Subtel.

⁹ El Reglamento General de Telecomunicaciones del año 1985, actualmente derogado, en su artículo 5° clasificaba los servicios públicos de telecomunicaciones en telefonía, telegrafía pública (telegramas), télex, transmisión de datos, facsímil, buscapersona, móvil a través de repetidora comunitaria, teletex, videotex y videofónico.

¹⁰ MENGUAL HENRÍQUEZ 2018, 15-16.

¹¹ En el *sorteo*, el ganador se determina como resultado de aplicar medios fortuitos o casuales, predominando la suerte o el azar. Los sorteos son el método más rápido, económico y transparente para seleccionar al candidato, pero es recomendable que vengán precedidos de un proceso oficial de calificación para seleccionar a los participantes, ya que, de lo contrario podría entorpecer el desarrollo del sector.

comparativa¹² y la subasta¹³, aunque no hay un consenso asentado sobre cuál instrumento es mejor en términos absolutos¹⁴.

El modelo regulatorio chileno contempla dos modalidades de otorgamiento de concesiones a los particulares: la asignación administrativa directa y el concurso público. La regla general es la *asignación administrativa directa* por parte del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (art. 15 LGT). Esto ocurre cuando el interesado presenta una solicitud de concesión, adjuntando un proyecto técnico y un proyecto financiero relativo a la instalación, operación y explotación de la misma.

En cambio, la excepción es la *asignación mediante concurso público* que convoca el referido Ministerio (art. 13 C LGT) cuando existe una norma técnica que permite otorgar un número limitado de concesiones o permisos –v.gr., debido a la escasez de frecuencias–, o bien cuando, no existiendo tal normativa, la Subtel estima que debe emitirse una. El concurso se resuelve asignando la concesión al postulante cuyo proyecto ofrezca las mejores condiciones técnicas que aseguren una óptima transmisión o excelente servicio. Si hubiere dos o más postulantes en igualdad de condiciones, se resolverá la asignación entre estos mediante una “licitación” –en los hechos, una subasta–. Por lo tanto, el proceso de asignación mediante concurso público tiene una fase técnica y una fase económica eventual, la que solo procederá cuando ocurra un empate en la fase técnica.

Ahora bien, la Corte Suprema ha impuesto un cierto límite a la facultad del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para convocar a concursos públicos que pretendan otorgar derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico. Así, con ocasión del fallo sobre *caps* máximos de espectro, ha dictaminado como una medida complementaria que “antes de un concurso para la adjudicación de concesiones de uso de frecuencias radioeléctricas para la prestación de un nuevo servicio o tecnología, la autoridad deberá

¹² En la *evaluación comparativa* el órgano regulador aplica determinados criterios de calificación y selección para valorar a los participantes, eligiendo como ganador a quien reúna los mejores atributos. Generalmente, los requisitos mínimos de calificación incluyen probar los recursos financieros disponibles y la capacidad técnica del solicitante, así como la viabilidad comercial de una solicitud de espectro. Los criterios de selección pueden incluir tarifas propuestas, cobertura geográfica y de usuarios, metas de expansión de la red, compromisos relativos a la calidad y al alcance del servicio, así como al uso eficiente de las frecuencias. Debido a la discrecionalidad y subjetividad que envuelve la valoración de los participantes, al mecanismo de evaluación comparativa se conoce también como “beauty contest” –concurso de belleza–.

¹³ La *subasta* es el mecanismo predilecto de diversos entornos normativos, ya que es el mercado quien determina finalmente a quien se otorgarán las licencias correspondientes en atención a la cuantía económica de la oferta realizada. Sin embargo, en muchos procedimientos de subasta los postores son precalificados mediante criterios similares a los utilizados en la evaluación comparativa, de modo que la participación se autoriza solo a los postores con capacidad financiera y técnica demostrada. Existen diferentes tipologías de subastas, pero las más comunes giran en torno al número de rondas: subastas simples o de una ronda (pudiendo ser abierta o cerrada); y subastas de múltiples rondas (sucesivas o simultáneas).

¹⁴ INTVEN, OLIVER Y SEPÚLVEDA 2000, 13-14.

analizar si los operadores incumbentes pueden razonablemente ofrecerlo en sus frecuencias preexistentes de un modo inmediato o previa optimización de tales redes en las frecuencias disponibles en un plazo y costos también razonables. En caso de ser así, deberá privilegiarse la adjudicación a entrantes u operadores de menor tamaño”¹⁵.

5. Los requisitos para obtener una concesión

Cualquier persona jurídica puede obtener una concesión de servicio público de telecomunicaciones mientras cumpla con los requisitos fijados en la LGT. Esta característica *pro-privados* de la regulación marca un fuerte contraste con la historia de este sector, donde los servicios de telecomunicaciones solían ser de titularidad estatal y eran generalmente provistos bajo régimen de monopolio¹⁶. Fischer y Serra sostienen que la legislación que norma las telecomunicaciones desde 1982:

establece criterios objetivos y no discriminatorios para el otorgamiento de concesiones, y solo por razones técnicas, como ocurre en la telefonía móvil, puede limitarse el número de operadores. La ley define normas de continuidad y calidad del servicio y los concesionarios están obligados a darlo al interior del área de concesión en un plazo definido. Asimismo, en el marco legal, instaura la libertad de precios, salvo en aquellos servicios públicos de telefonía local fija y larga distancia que la Comisión Resolutiva [hoy TDLC] califica que se prestan en condiciones de insuficiente competencia¹⁷.

Los requisitos comunes aplicables a las solicitudes de concesión, con independencia de si la asignación se hace por vía administrativa directa o mediante concurso público, pueden resumirse en los siguientes:

a) El solicitante no solo debe ser una persona jurídica, sino que además debe encontrarse constituida y domiciliada en Chile (art. 21 inc. primero LGT).

b) Los presidentes, directores, gerentes, administradores y representantes legales del solicitante no deben encontrarse condenados por delito que merezca pena aflictiva (art. 21 inc. primero LGT).

¹⁵ WOM S.A. con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2020).

¹⁶ De acuerdo a Jordana y Sancho, los Estados durante el siglo XX ofrecieron los servicios de comunicaciones directamente, ya fuera como monopolio público o bien encargándose a una empresa privada en régimen de concesión monopolística. El primer método fue adoptado por la mayor parte de los países europeos: las administraciones públicas ofrecían directamente el servicio, mientras que los productores de la tecnología eran habitualmente empresas privadas con fuertes vínculos con el Estado. En el segundo caso se encontraba Estados Unidos, donde una empresa privada –AT&T– mantenía al mismo tiempo el monopolio como operadora de servicios y ejercía de productora de tecnología. Existía una agencia estatal encargada de regular esa concesión monopolista, aunque a menudo se encontraba bajo el influjo de los intereses privados. Ambos regímenes se mantuvieron a lo largo de casi un siglo, un buen indicio de su eficiencia y funcionalidad, pero empezaron a entrar en crisis durante los años ochenta (cfr. Jacint JORDANA y David SANCHO, 2016).

¹⁷ FISCHER y SERRA 2002, 50.

c) El solicitante debe encontrarse libre de alguna sanción de caducidad respecto de alguna de sus concesiones o permisos preexistentes dentro de los cinco años previos a la actual solicitud (art. 8° inc. quinto LGT).

d) La solicitud no debe contar con un pronunciamiento desfavorable de parte del Ministerio de Defensa Nacional (art. 17 LGT).

e) La solicitud debe encontrarse acompañado de un proyecto técnico y un proyecto financiero relativo a la instalación, operación y explotación de la concesión (art. 15 inc. primero LGT).

En forma adicional a estos requisitos legales, las concesiones que emplean espectro radioeléctrico y que se desarrollen conforme al artículo 13 C de la LGT, deben dar cumplimiento al reglamento aprobado mediante el decreto supremo N° 412, de 1995, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, así como a las exigencias específicas que determinen las bases del respectivo concurso público.

6. El título habilitante

En Chile, los títulos habilitantes en materia de servicios de telecomunicaciones son la concesión, el permiso y la licencia, cuyo otorgamiento por parte del Estado se justifica fundamentalmente en el carácter del espectro radioeléctrico como bien nacional de uso público cuyo dominio pertenece a toda nación (art. 2° inc. segundo LGT). Sin perjuicio de ello, el acto administrativo que en nuestro derecho permite a un particular instalar, operar y explotar un servicio público de telecomunicaciones es el decreto de concesión. Este decreto es dictado por el Presidente de la República, aunque en la práctica se encuentra delegada su firma en el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones.

La naturaleza jurídica de la concesión de servicio público de telecomunicaciones no es la de un contrato administrativo. Por el contrario, lo que hace el decreto de concesión es remover un impedimento jurídico para el ejercicio de un derecho preexistente, y normalmente consagrado constitucionalmente, que permite al particular el desarrollo de una actividad económica lícita¹⁸. En palabras de otro autor, el decreto de concesión es un acto administrativo que "legaliza el ejercicio de un derecho para el titular que cumple las *conditio iuris* exigidas, mientras las cumpla o por el tiempo que el legislador disponga"¹⁹.

El título de concesión se incorpora al patrimonio de su titular, quedando este título protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales que consagra el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Así lo reafirmó el Tribunal Constitucional, quien resolviendo en 2011 un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por algunos diputados respecto de un decreto

¹⁸ ROJAS RÍOS 2008, 122.

¹⁹ ARANCIBIA MATTAR 2020, 7.

del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que autorizaba permisos provisorios para el despliegue de la televisión digital, manifestó que este tipo de autorizaciones tienen un “carácter esencialmente temporal que no dan origen a derecho de propiedad alguno, a diferencia de lo que sucede con las concesiones”²⁰. Cabe puntualizar, en este último caso, que el derecho de propiedad que se confiere al titular es respecto del título concesional, no sobre el espectro radioléctrico (que solo admite derechos de uso).

El decreto de concesión se compone de tres tipos de elementos: elementos de la esencia²¹, elementos no esenciales²² y elementos adicionales²³.

7. Los principales derechos del concesionario

El concesionario de servicio público de telecomunicaciones goza en virtud de su calidad jurídica de un conjunto de derechos:

a) Derecho a instalar, operar y explotar la concesión. La instalación del servicio se refiere a los trabajos y obras que buscan construir la red de comunicaciones sobre la base del proyecto técnico que fue aprobado: ubicación

²⁰ Sentencia TC Rol N° 1849-10 (2010), c. 38°.

²¹ Los *elementos de la esencia* son aquellos componentes inmodificables de la concesión, siendo tan solo dos: el tipo de servicio y el período de la concesión. Sabemos que el tipo de servicio corresponde en este caso al “servicio público de telecomunicaciones” –diferente, por ejemplo, del servicio de radiodifusión de libre recepción, o bien del servicio intermedio de telecomunicaciones–, mientras que el período de la concesión alude a la duración de 30 años que tiene el título de vigencia (art. 8° inc. tercero LGT).

²² Los *elementos no esenciales* –denominados por nosotros de esta forma– son aquellos elementos que, sin ser de la esencia, vienen a completar la fisonomía de la concesión. Algunos de estos elementos pueden faltar en ciertos títulos concesionales –como la frecuencia y la potencia que no se encuentran en las concesiones de servicio público que operen con medios de terceros–, pero la regla general es que se encuentren todos presentes. El artículo 14, numeral segundo, de la LGT enumera taxativamente los elementos no esenciales: el titular, la zona de servicio, las características técnicas de las instalaciones que se especifiquen en los planes técnicos fundamentales correspondientes al tipo de servicio, el plazo para iniciar la construcción de las obras y para su terminación, el plazo para el inicio del servicio, la ubicación de las radioestaciones, excluidas las móviles y portátiles, su potencia, la frecuencia y las características técnicas de los sistemas radiantes. Estos elementos no esenciales son modificables por decreto supremo a solicitud de parte interesada. Sin embargo, y conforme exceptúa el inciso quinto del artículo 14 de la LGT, podrán aprobarse mediante simple resolución de Subtel cuando las modificaciones no importen “una alteración de la zona de servicio, de las frecuencias, del ancho de banda o de las potencias máximas ya autorizadas”, por un lado, y “se instalen sobre infraestructuras ya autorizadas”, por el otro.

²³ Los *elementos adicionales* –denominados por nosotros de esta forma– son aquellos demás elementos, diferentes de los elementos de la esencia y de los elementos no esenciales, que pueden ser agregados al título concesional por la autoridad regulatoria para una mayor precisión de sus términos y alcances. Un ejemplo de esta clase de elementos es la denominación de las emisiones, que se suele incorporar al decreto de concesión para una mejor inteligencia de sus implicancias. Esta clase de elementos se desprende del artículo 14, inciso séptimo, de la LGT, que señala que las “demás peticiones que signifiquen modificación a otros elementos de la concesión [denominados por nosotros como “elementos adicionales”], distintos a los señalados precedentemente, deberán ser informados a la Subsecretaría, en forma previa a su ejecución. No obstante, requerirán aprobación aquéllas respecto de las cuales así lo disponga la normativa técnica, en cuyo caso la autorización se otorgará por simple resolución”.

de las radioestaciones, empleo de determinados sistemas radiantes, plazo de inicio y término de obras, potencia máxima y frecuencia autorizada, etc. A su vez, la operación del servicio dice relación con poner en funcionamiento la red de comunicaciones que ha sido instalada, lo cual se materializará por un período de 30 años, haciendo uso privativo de una frecuencia, emitiendo señales, etc. Por último, la explotación del servicio guarda relación con el uso comercial de la red de comunicaciones que hace el operador, por medio de convenir contratos con clientes, cobrar una tarifa por el servicio a los usuarios, generar nuevos modelos de negocios, etc.

b) Derecho a utilizar una frecuencia radioeléctrica. Hoy en día el insumo más valioso para la operación de una concesión es el espectro radioeléctrico, ya que al transportar las señales sonoras y los datos a través de ondas hertzianas se puede prescindir de las inversiones que suponen los medios físicos –cables, postes, ductos, etc.–. El espectro radioeléctrico es un bien nacional de uso público, cuyas diversas frecuencias de onda poseen propiedades físicas que las hacen variar entre sí en cuanto a su cobertura, capacidad y latencia. Respecto a ciertas características del espectro, se puede afirmar que “desde el punto de vista material se trata de un bien intangible o incorporeal. Desde la perspectiva tecnológica estaríamos en presencia de un recurso limitado”²⁴. La Corte Suprema, con ocasión del fallo sobre caps de espectro radioeléctrico, estimó adecuado dividir²⁵ dicho bien nacional en cinco categorías: macrobanda baja (ondas inferiores a 1 GHz), macrobanda media-baja (ondas iguales o superiores a 1 GHz pero inferiores a 3 GHz), macrobanda media (ondas iguales o superiores a 3 GHz pero inferiores a 6 GHz), macrobanda media-alta (ondas iguales o superiores a 6 GHz pero inferiores a 24 GHz) y macrobanda alta (ondas iguales o superiores a 24 GHz)²⁶. Con todo, esa magistratura judicial ha impuesto límites a la tenencia de derechos de uso del espectro por parte de las compañías de servicios de telecomunicaciones móviles, fundado en la necesidad de incentivar el uso eficiente del recurso y garantizar el libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones. En tal sentido:

la circunstancia que un operador tenga mayor cantidad de espectro radioeléctrico frente a sus competidores derivará en ventajas de costos para el primero y, por ende, en ventajas competitivas difícilmente remontables para el resto de los operadores que deseen participar en el mercado²⁷.

²⁴ *Telefónica Móviles con Bellsouth*, vistos 4.7.

²⁵ Se debe precisar que la Corte Suprema hace esta división del espectro para efectos de generar una mejor regulación en cuanto a los límites de tenencia, ya que la división propiamente tal de las distintas capas del espectro y la atribución a los diferentes usos posibles (radiocomunicaciones, televisión, navegación marítima, radioastronomía, comunicación satelital, etc.) es competencia de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, de la cual Chile es un Estado miembro y representado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

²⁶ *WOM S.A. con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (2020), c. 14°.

²⁷ *Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores con Telefónica Móviles Chile S.A., Claro Chile S.A. y Entel PCS Telecomunicaciones S.A.* (2018), c. 14°.

c) Derecho a utilizar bienes nacionales de uso público. Permite al concesionario utilizar en forma gratuita²⁸ –sin perjuicio del pago de ciertos derechos municipales– los caminos, plazas, parques, etc., para tender su red de telecomunicaciones, ya sea instalando una radio estación con sus respectivas antenas o bien desplegar una red cableada por tales inmuebles (art. 18 inc. primero LGT). Con todo, Ovalle precisa a este respecto que:

el establecimiento de servidumbres sobre bienes nacionales de uso público es bastante restringido, por cuanto aquellas solo pueden tener por objeto “tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas” y para cumplir con “los fines específicos del servicio respectivo”, no siendo posible en consecuencia establecer estas servidumbres para la instalación de una antena que solo utilice el espectro radioeléctrico u otro tipo de instalaciones de telecomunicaciones que no requieran del tendido de líneas, como sucede, por ejemplo, en el caso de las antenas para el servicio de telefonía móvil²⁹.

d) Derecho a constituir servidumbres legales (forzosas). La regla general para el uso de inmuebles privados por parte de las empresas de telecomunicaciones es la libertad contractual entre el operador y el dueño del terreno (art. 18 inc. final LGT). Sin embargo, hay un caso excepcional en que el legislador estableció una servidumbre forzosa que debe soportar el dueño del terreno en aquellos casos en que, requiriendo el operador instalarse en determinado inmueble, la Subtel declara como imprescindible ese servicio. En estos casos el dueño del terreno se encuentra obligado a negociar un canon con la empresa de telecomunicaciones por el uso del terreno, bajo apercibimiento que ese precio lo termine fijando un tribunal (art. 19 inc. primero LGT).

e) Derecho a utilizar redes y sistemas de terceros. Los operadores de telefonía y transmisión de datos gozan de la facultad de prestar el servicio a los usuarios utilizando sus propias redes y sistemas, pero también pueden hacerlo empleando la infraestructura física y lógica de terceros (art. 26 LGT). Este derecho goza de especial relevancia con la consagración del roaming automático³⁰ y de la figura de los operadores móviles virtuales (OMVs), en donde los operadores con red (OMRs) quedaron obligados a mantener, de manera

²⁸ La Contraloría General de la República ha señalado a este respecto “que la prerrogativa de que gozan los titulares de servicios de telecomunicaciones para ocupar bienes nacionales de uso público, emana directamente del enunciado artículo 18, constituyendo un derecho inherente y consustancial a la concesión. También, que los aludidos titulares tienen derecho, conferido por la ley, a ocupar gratuitamente bienes nacionales de uso público, cuando ese uso tenga por finalidad prestar los respectivos servicios” (Dictamen N° 883, de 2019).

²⁹ OVALLE YRARRÁZVAL 2001, 26.

³⁰ En términos descriptivos, el roaming automático corresponde al servicio que permite a los usuarios de un concesionario de servicio público de telecomunicaciones conectarse automáticamente a la red móvil de otro concesionario de servicio público de telecomunicaciones que sea asignatario de derechos de uso sobre frecuencias del espectro radioeléctrico en aquellas áreas del territorio nacional donde el primero carece de cobertura móvil.

pública y actualizada, una oferta de facilidades³¹ con el detalle de prestaciones mayoristas que puedan contratar otras empresas de telecomunicaciones (art. 26 bis LGT).

f) Derecho a colocalizar antenas y sistemas radiantes. El concesionario de servicio público de telecomunicaciones tiene derecho a solicitar la colocalización de las antenas y sistemas radiantes de su red en la infraestructura soportante (torres, monopostes, mástiles, etc.) que posee otro concesionario, a cambio del cobro correspondiente por ese servicio de apoyo (art. 19 bis inc. primero LGT, que fue incorporado al ordenamiento sectorial en virtud de la ley N° 20.599, conocida como "Ley de Antenas"). Esta disposición legal obliga al uso compartido de las infraestructuras de soporte, lo cual desde el punto de vista de un operador entrante constituye un robusto derecho para expandir servicios, ya que no debe incurrir en las altas inversiones de capital que demanda construir un sitio desde cero. Solo debe pagar al propietario de la torre un canon por el arriendo de espacio en ese mástil para colocar sus antenas y sistemas radiantes.

g) Derecho a la libertad tarifaria. El principio general en materia de telecomunicaciones es que el operador del servicio puede convenir con sus clientes los precios de comercialización que libremente acuerden entre ellos (art. 29 inc. primero LGT). Esta libertad incluye la tarifa minorista o a público consumidor, así como una tarifa mayorista o tarifa para la posterior reventa del servicio³². Con todo, este derecho a la libertad tarifaria no es absoluto en la legislación interna, teniendo tres importantes excepciones aplicables a la telefonía, pero siempre que esta sea fija: tarifas del servicio del sistema de multiportador discado (art. 24 bis LGT); tarifas por cargos de acceso o costos de terminación de las llamadas (art. 25 LGT); y tarifas de los mercados de la telefonía local, larga distancia internacional y servicios de conmutación o transmisión de señales cuando así lo determine el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (art. 29 LGT).

h) Derecho a recibir subsidios del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Es un derecho eventual para el concesionario y cualquier otra persona jurídica, quienes podrán acceder a financiamiento fiscal para algunos proyectos de telefonía, acceso a Internet o sistemas de transmisión para televisión digital que la Subtel decida incluir en su programa anual de proyectos subsidiables (art. 28 A y siguientes LGT). Estos fondos se asignan anualmente por vía de la Ley de Presupuestos del Sector Público para su posterior adjudicación mediante concurso público y conforme a los demás requisitos que establezcan las bases respectivas. Una vez asignado un proyecto, el Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones tiene la obligación de remitir los ante-

³¹ La oferta de facilidades se refiere a la propuesta comercial mayorista pública de un concesionario que contiene el conjunto de condiciones técnicas, económicas, operativas, comerciales y cualquier otra relativa ya sea al roaming automático o bien a la operación móvil virtual.

³² PRADO BERGER 2020.

cedentes respectivos a la Subtel para que tramite las concesiones, permisos o licencias, según corresponda.

8. Las principales obligaciones del concesionario

El concesionario de servicio público de telecomunicaciones se encuentra sometido a un conjunto de obligaciones derivadas de su calidad de tal:

a) Regularidad del servicio público de telecomunicaciones. El servicio público de telecomunicaciones debe prestarse de manera regular, esto es, con sujeción a reglas positivas preestablecidas para esa actividad y con estricta observancia por parte de los agentes a sus dictados y normas³³. El legislador ha decidido erigir en actividad económica reglada a un negocio eminentemente privado, toda vez que en el suministro de la telefonía y la transmisión de datos se encuentran comprometidas importantes dimensiones del interés público. El fundamento normativo del principio de regularidad se extrae de diferentes disposiciones legales, tales como los artículos 4º, 24 y 36 de la LGT.

b) Continuidad del servicio público de telecomunicaciones. La continuidad del servicio público de telecomunicaciones supone que la actividad "no puede interrumpirse o paralizarse porque su función es pública y ha sido establecida en beneficio de la colectividad toda. Esto no quiere decir que el servicio se preste siempre, sino que cada vez que se requiera"³⁴. La continuidad del servicio se encuentra tratada, entre otros, en los artículos 27, 28 y 39 A de la LGT, así como de modo más general en el artículo 3º de la ley N° 18.575 en cuanto a la misión del Estado de promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente.

c) Necesidad de contar con recepción de obras aprobada. Los concesionarios no solo deben obtener el título que les habilita a instalar una red de telecomunicaciones, sino que para proceder a su operación y explotación deben previamente contar con una aprobación de la autoridad sectorial, en el sentido que declare que los trabajos de instalación han dado cumplimiento al proyecto técnico comprometido y a la normativa de obras civiles correspondiente (art. 24 A inc. primero LGT).

d) Establecer y aceptar interconexiones. El concesionario se encuentra obligado a establecer y aceptar interconexiones, según las normas técnicas, procedimientos y plazos que establezca la Subtel (art. 25 inc. Primero LGT). La interconexión tiene por objeto que los suscriptores y usuarios de servicios públicos de un mismo tipo puedan comunicarse entre sí, dentro y fuera del territorio nacional, permitiéndose con ello el acceso a la totalidad de los servicios públicos instalados. La infracción al deber de interconexión acarrea multas entre 100 y 10.000 UTM, además de la suspensión eventual de la

³³ BERMÚDEZ SOTO 2011, 256.

³⁴ *Ídem*.

prestación del servicio o, en su caso, la provisión obligatoria del mismo (art. 36 bis inc. Primero LGT).

e) Cobertura telefónica efectiva dentro de la zona de servicio. El concesionario de servicio público que se encuentra facultado para prestar el servicio de telefonía tiene la obligación de entregar cobertura efectiva dentro de su zona de servicio (art. 24 B inc. primero LGT), a diferencia del operador del servicio de transmisión de datos y del proveedor de acceso a Internet que carecen de tal carga jurídica. Esta obligación posee una profunda raigambre histórica, ya que en la época de dictación de la LGT, en 1982, las redes de telefonía eran el principal servicio público que la política pública buscaba promover entre la población.

f) Retiro de cables y otros elementos en desuso. El retiro de los elementos de telecomunicaciones en desuso que se encuentran en postes y aceras de la vía pública es una reciente obligación incorporada para hacer responsables a las compañías de telecomunicaciones de la contaminación visual que genera el aglomerado de cables en postaciones eléctricas (art. 18 LGT). La legislación se limitó a prohibir los elementos en desuso, pero no al soterramiento de todo el nuevo cableado de telecomunicaciones por las ingentes inversiones que ello requería. Sin embargo, quedó plasmado que el interés del legislador fue avanzar hacia un modelo de minimización del tendido alámbrico aéreo.

g) Garantía de una velocidad promedio de acceso a Internet. Los concesionarios de servicio público que entregan acceso a Internet están obligados a garantizar un porcentaje de las velocidades promedio de acceso publicitadas a sus clientes y usuarios. El regulador legal se abstuvo de exigir una determinada tasa de transferencia de datos mínima, por la imposibilidad que eso supone en redes de telecomunicaciones, pero sí a obligar al proveedor de Internet a sincerar y transparentar lo que realmente puede ofrecer (art. 24 K LGT). Con todo, mediante norma técnica la Subtel definió el umbral mínimo en la tasa de transferencia de datos que deben exhibir los servicios que son comercializados como "Internet de banda ancha"³⁵.

h) Respeto a la neutralidad de la red. La premisa fundamental de la neutralidad de la red es que todos los datos nacen libres e iguales, por lo que el proveedor de Internet no debe privilegiar a unos paquetes de información por sobre otros, impidiéndose de este modo el trato discriminatorio en el tráfico de Internet (art. 24 H LGT). Se ha sostenido que regulación de dicho tráfico involucra los intereses de tres clases de sujetos: los ISP, quienes están obligados a proveer el servicio de internet de forma igualitaria y no discriminatoria, inde-

³⁵ Los valores de este estándar de calidad de servicio están publicados en la página web de la Subtel y se actualizan anualmente, no pudiendo dichos valores "ser inferiores a 25 Mbps de bajada y 5 Mbps de subida para redes alámbricas y 5 Mbps de bajada y 1 Mbps de subida para redes inalámbricas" (artículo 23, inciso segundo, de la resolución exenta N° 1.251, de 2020, de Subtel, que fija norma técnica de la ley N° 21.046, que establece la obligación de una velocidad mínima garantizada de acceso a internet).

pendientemente al origen, propiedad o destino del tráfico; los usuarios finales de internet, a quienes la neutralidad garantiza un acceso y ejercicio libre de sus actividades en línea; y los proveedores de los contenidos en línea (“innovadores”), quienes se verán beneficiados por la no discriminación del tráfico para llegar en igualdad de condiciones a los usuarios finales³⁶.

i) Resguardo de la infraestructura crítica. El plan de resguardo de la infraestructura crítica de telecomunicaciones es la política pública que busca asegurar la continuidad del servicio público de telecomunicaciones en situaciones de emergencia, motivado especialmente por el terremoto y tsunami que en 2010 hicieron colapsar la red pública de comunicaciones. En virtud de este instrumento el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones debe coordinarse con otros organismos públicos y agentes privados para el diseño, implementación, desarrollo y mantenimiento de la política y del plan de resguardo; realizar declaraciones de infraestructura crítica sobre determinadas redes y sistemas; y velar por la adopción de ciertas medidas de resguardo de las instalaciones en el caso de las empresas de telecomunicaciones.

j) Pago de derechos por el uso del espectro radioeléctrico. El uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico se encuentra afecto al pago de una especie de gravamen denominado “derechos”, los cuales se devengan y pagan anualmente (art. 31 LGT). El cálculo del derecho se efectúa conforme procedimiento establecido en el reglamento respectivo –el decreto supremo N° 281, de 2001, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones–, el cual considera factores tales como el número de frecuencia de operación, el ancho de banda de la emisión, el número de estaciones y la potencia de transmisión. Con todo, este derecho no podrá exceder el valor de 4,5 Unidades Tributarias Mensuales (UTM) al año por cada transmisor (art. 32 letra g) LGT).

k) Sujeción a la fiscalización de la Subtel. Los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones tienen la obligación de remitir a la Subtel la información que esta requiera para el cumplimiento de sus funciones (art. 37 inc. segundo LGT y art. 6° letra k) del DL 1.762). Por otro lado, los concesionarios se encuentran obligados a permitir el acceso a sus instalaciones por parte de los funcionarios de Subtel, en donde la negativa faculta a ese organismo para solicitar el auxilio de la fuerza pública (art. 20 LGT).

9. La extinción de la concesión

La concesión de servicio público de telecomunicaciones puede terminar por diferentes causales que se encuentran taxativamente enumeradas en la LGT.

a) Renuncia de la concesión. La forma de la renuncia, como acto jurídico unilateral del titular, no se encuentra regulada en la LGT, por lo que a su respecto deben aplicarse las reglas generales del derecho privado relativas a la teoría del acto jurídico. Ovalle manifiesta que:

³⁶ CORREA PÉREZ 2018, 110.

esta causal de extinción es plenamente concordante con la regla general en materia de renuncia de derechos contenida en el artículo 12 del Código Civil, lo que se entiende sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que correspondan con motivo de las infracciones que hubieren sido cometidas durante la vigencia de la respectiva concesión o permiso³⁷.

b) Vencimiento del plazo de la concesión. La concesión de servicio público de telecomunicaciones termina por el transcurso del plazo previsto en el título habilitante que legitima su ejercicio: 30 años (art. 8° inc. tercero LGT). Sin embargo, se debe tener presente que como las concesiones son renovables, la solicitud de renovación debe ser presentada ante el Ministerio por el interesado con anterioridad a su vencimiento, y en ningún caso después (art. 9 bis LGT).

c) Disolución o extinción de la persona jurídica que es titular de la concesión. En la disolución suele intervenir la voluntad de las partes, como la decisión de los socios de poner término a la sociedad. En cambio, el caso de la extinción se refiere a la sanción por incumplimiento sobreviniente de un requisito, el transcurso del plazo de la sociedad fijado en los estatutos sociales, u otra razón.

d) Falta de publicación en el Diario Oficial del decreto supremo que otorga la concesión. La concesión de servicio público de telecomunicaciones se extingue, conforme a lo establecido en el artículo 23 numeral 4 la LGT, por “la no publicación en el Diario Oficial del decreto supremo que otorga la concesión, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la notificación al interesado del decreto. Esta notificación se hará adjuntando copia íntegra de dicho decreto, totalmente tramitado por la Contraloría General de la República” (art. 23 numeral 4 LGT y art. 8° inc. cuarto LGT).

e) Declaración de caducidad de la concesión. Es la sanción más drástica que la LGT contempla como remedio para las infracciones que puede cometer un concesionario, ya que adicionalmente priva al interesado de obtener una nueva concesión o permiso dentro de los 5 años siguientes desde la ejecutoriedad de la sanción (art. 8 inc. Quinto LGT). La caducidad es “una vía anormal de extinción del acto administrativo que opera en aquellos casos en que el acto contiene una modalidad, normalmente un plazo o una condición resolutoria, la que de verificarse acarrea la desaparición o caducidad del acto administrativo”³⁸. Esta sanción es de derecho estricto, por lo que únicamente procede respecto de las conductas que ha previsto de antemano el legislador³⁹.

³⁷ OVALLE YRARRÁZVAL 2001, 166.

³⁸ BERMÚDEZ SOTO 2011, 141.

³⁹ Para el caso del concesionario de servicio público de telecomunicaciones, las hipótesis que legitiman la declaración de caducidad mediante decreto supremo son las siguientes: incumplimiento del marco técnico aplicable al servicio; sanción reiterada de suspensión de transmisiones; no pago de la multa aplicada; alteración de los elementos esenciales de la concesión; atraso superior a 6 meses en el pago de los derechos por el uso del espectro radioeléctrico; y el no uso de la concesión dentro de un año, contado desde su otorgamiento (art. 36 numeral 4 LGT).

La LGT no contempla como causal de extinción de las concesiones la figura de la revocación administrativa, entendida esta como “la extinción anormal de un acto administrativo producto de la dictación de un acto de contrario imperio por parte de la propia Administración Pública que dio lugar al acto original, por razones de mérito, oportunidad o conveniencia”⁴⁰. La revocación administrativa es un instituto regulado en el artículo 61 de la ley N° 19.880, en donde se precisan los límites para su procedencia.

II. Tensiones y desafíos concernientes al régimen concesional

En relación con el estatuto del concesionario de servicio público de telecomunicaciones se han identificado algunos debates provenientes de la reflexión académica, la discusión político-legislativa y de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. Creemos que ellos abonan el terreno para una mirada crítica respecto del actual régimen concesional que atañe a los servicios de telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet.

En consecuencia, se realiza un mapeo a cinco debates inherentes a la política regulatoria del sector de las telecomunicaciones, provenientes del mundo académico, político-legislativo y judicial, que tensionan y desafían a dicho sector hacia la reforma de algunos de sus componentes.

1. La encrucijada del título habilitante

Las concesiones o títulos habilitantes –denominados en otros entornos normativos como licencia, franquicia, permiso u otra forma análoga– resultan un buen instrumento para que los gobiernos y organismos reguladores consigan objetivos de interés público respecto de una determinada actividad económica, para lo cual crean una barrera de entrada a ese mercado. Por ejemplo, reglamentan las condiciones mínimas que debe tener un servicio esencial, permiten obligar a la expansión de una red y su cobertura, sirven para privatizar a un operador público establecido –estableciendo claramente lo que el gobierno espera del inversor privado–, reglamenta la estructura del mercado y el número de operadores autorizados fomentando la competencia, permite la asignación de recursos escasos para la explotación del servicio –frecuencia, numeración y derechos de paso–, genera ingresos para el Estado cuando se subastan nuevas licencias, etcétera⁴¹.

Ahora bien, en muchas legislaciones, como Colombia y España, el título habilitante ha sido abandonado como mecanismo de control de la actividad, sobre todo en la medida que se liberaliza el sector de las comunicaciones electrónicas (telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet). En el caso de Colombia, si bien la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones constituye un servicio público bajo la titularidad del Estado, lo cierto es que se consagra una habilitación general mediante la cual se autoriza la

⁴⁰ BERMÚDEZ SOTO 2011, 141.

⁴¹ INTVEN, OLIVER y SEPÚLVEDA 2000, 2-4.

instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, ya sea que estos se suministren o no al público. Lo anterior es a cambio de una contraprestación periódica a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones⁴². Con todo, si la provisión de tales servicios requiere utilizar frecuencias del espectro radioeléctrico, entonces el interesado debe obtener un permiso previo y expreso que otorga el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones⁴³.

En el caso de España, la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas constituye un sector liberalizado desde el año 1998. De manera que los interesados en desarrollar este negocio solo deben notificar su intención al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, con anterioridad al inicio de la actividad, para que este proceda a inscribirlos en el Registro de Operadores⁴⁴. A contar de ese momento, y sin más trámite, les son aplicables las condiciones previstas para la explotación de redes y provisión de comunicaciones electrónicas. Sin embargo, para el caso que esta actividad requiera emplear frecuencias del dominio público radioeléctrico, los interesados deberán obtener del referido Ministerio un título habilitante que les autorice su uso, pudiendo este consistir en una autorización general, autorización individual o concesión administrativa⁴⁵.

Por lo que la encrucijada del regulador chileno consiste en evaluar si, bajo las condiciones actuales de esta industria, se justifica mantener el título concesional como barrera de entrada para quienes pretendan desarrollar la actividad prestacional de los servicios de telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet, a la manera de un control *ex ante facto*. O, en cambio, si pudiera flexibilizarse esta política, como lo han hecho España, Colombia y otros países, al punto de propender hacia una estructura de mercado liberalizado pero con determinados controles *ex post facto*. Eso sí, el uso del espectro radioeléctrico, en cuanto bien nacional de uso público administrado por el Estado, requeriría siempre un acto positivo de la autoridad sectorial.

La discusión no es nueva. Ximena Rojas Prosser propuso en 2004 un modelo alternativo al régimen vigente, el cual consiste en un sistema de autorización única o general que habilita para el suministro de todo tipo de servicios y la explotación de todo tipo de redes (redes fijas, alámbricas o inalámbricas, redes móviles, de televisión por cable y por satélite) que se informen en una solicitud. En caso de que "la prestación del servicio requiere la utilización de frecuencias del espectro radioeléctrico deberá solicitarse una autorización de uso de frecuencias de espectro radioeléctrico que deberá tramitarse ante la autoridad sectorial respectiva"⁴⁶.

⁴² Art. 10 de la Ley N° 1341, de 2009.

⁴³ Art. 11 de la Ley N° 1341, de 2009.

⁴⁴ Art. 6.2 de la Ley 9/2014, de 2014.

⁴⁵ Art. 6.2.2 de la Ley 9/2014, de 2014.

⁴⁶ ROJAS PROSSER 2004, 10.

En la misma línea, Alfonso Silva y Eduardo Martin se mostraron partidarios en 2005 de un sistema de concesión única que suponga abandonar el "sistema tradicional de licencia asociada a un servicio específico, [el cual no permite], al menos desde el punto de vista formal, prestar otros servicios que no sean aquellos específicamente contemplados en la respectiva licencia de telecomunicaciones"⁴⁷. Ponen como ejemplo el caso argentino, donde el titular se encuentra autorizado para ofrecer al público cualquier servicio de telecomunicaciones, siendo irrelevante si dichos servicios son fijos, móviles, alámbricos, inalámbricos, nacionales, internacionales, con infraestructura propia o de terceros, etc. El único requisito es que el licenciatarario notifique al regulador que va a ampliar su parrilla de servicios con 30 días de anticipación al inicio del servicio. La asignación de la licencia es independiente si la operación requiere emplear espectro radioeléctrico, puesto que si lo requiere, entonces debe concursar por él en un proceso separado e independiente⁴⁸.

También es del caso mencionar a los economistas Rodrigo Harrison y Roberto Muñoz, quienes han analizado el mercado de asignación de espectro radioeléctrico en Chile. Entre las posibles mejoras al proceso de asignación de espectro bajo la institucionalidad normativa actual, los autores señalan que es factible reducir al mínimo las restricciones de uso de las frecuencias asignadas a un título concesional. En este sentido, advierten como una fortaleza que "bajo el actual esquema la autoridad dispone de algún grado de discrecionalidad respecto a las limitaciones al uso que un operador puede dar al espectro que recibió. Esto es, por ejemplo, si un operador puede o no adicionar servicios distintos al autorizado originalmente sin ser sancionado por la autoridad. Esta flexibilización puede lograrse, al menos parcialmente, sin necesidad de alterar la institucionalidad vigente"⁴⁹.

Todos estos autores coinciden en que el nuevo sistema propuesto ofrece mayores ventajas que el régimen actual en términos de una mayor simplificación administrativa, propiciar la entrada de nuevos actores al mercado, fomentar el desarrollo de ideas o negocios inéditos, optimizar la asignación del espectro radioeléctrico y levantar barreras a la inversión en telecomunicaciones. Sin embargo, el contrafactual de este modelo es que no podemos determinar si en un entorno regulatorio con mayores grados de liberalización, como el propuesto por los autores, Chile habría podido llegar a ser un caso de éxito en materia de conectividad digital dentro de la región. De hecho, aun cuando el país mantiene un sistema autorizador que puede ser considerado rígido y restrictivo de la competencia, en los últimos años ha experimentado un acelerado despliegue de infraestructura digital (capilaridad de antenas y redes de fibra óptica), una baja sostenida en el valor de las tarifas cobradas a los usuarios por los servicios de telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet, así como la posibilidad cierta de que un actor

⁴⁷ SILVA y MARTIN 2005, 379.

⁴⁸ *Ibíd.*, 383.

⁴⁹ HARRISON y MUÑOZ 2008.

entrante –como WOM– haya podido desafiar con éxito el mercado de los incumbentes y fomentar la rivalidad entre ellos.

2. El debate por la duración de las concesiones y el mecanismo de asignación

La concesión de servicio público de telecomunicaciones tiene un plazo de duración de 30 años, conforme establece el artículo 8° inciso tercero de la LGT. Pero hasta el año 1994 las concesiones de servicios de telecomunicaciones tenían una duración indefinida –salvo las de radiodifusión sonora que expiraban en el plazo de 15 años–, de manera que la Ley N° 19.277 puso un límite temporal a la primigenia regulación consagrada en la LGT. Con todo, los economistas Juan Escobar, Rafael Epstein, José Correa y otros, a partir de los aprendizajes obtenidos de la licitación de espectro radioeléctrico para los servicios 5G, ocurrida en febrero de 2021, han planteado que la Ley General de Telecomunicaciones “debería evolucionar para incorporar los cambios tecnológicos propios de esta industria, por ejemplo, asimilar la duración de las concesiones a la de los países desarrollados”⁵⁰. Adicionalmente, en la discusión programática presidencial la candidatura de Gabriel Boric, posteriormente electo como Presidente de la República, propone reducir la duración de las concesiones desde 30 a 15 años, como la mayoría de los países de la OCDE, a fin de que el Estado pueda hacer un uso estratégico del espectro radioeléctrico⁵¹.

Los mismos autores Escobar, Epstein y otros han sostenido que la legislación sectorial debiese permitir mecanismos de licitación más flexibles, a fin de que el ente regulador pueda reflejar adecuadamente los objetivos de política pública y así poder desarrollar de mejor forma una industria estratégica para los tiempos actuales, con empresas que presentan altos niveles de inversión e innovación⁵². Ellos están pensando en el actual modelo híbrido de asignación de concesiones que consagra la LGT, en donde la subasta solo procede en los casos de que se haya superado una fase de evaluación comparativa o “*beauty contest*”, como una forma de dirimir el empate entre diferentes ofertas técnicas, pero no con un propósito decididamente recaudatorio para el Estado. En efecto, la asignación de concesiones que utilicen espectro radioeléctrico se realiza en Chile a través de un mecanismo *sui generis*, en donde se mezcla la evaluación comparativa (denominado coloquialmente también como “*beauty contest*”) y la subasta (que la LGT denomina “*licitación*”).

El problema de este modelo es la rigidez con que está diseñado por el legislador. En los hechos puede ocurrir que participe un único competidor en el proceso de asignación, o bien que no haya empate, de manera que el

⁵⁰ ESCOBAR, EPSTEIN J., CORREA, EPSTEIN N. y MONTENEGRO 2021.

⁵¹ Véase las propuestas programáticas de Gabriel Boric (2021) en materia de transformación digital: https://boricpresidente.cl/propuestas/transformacion_digital.

⁵² ESCOBAR, EPSTEIN J., CORREA, EPSTEIN N. y MONTENEGRO 2021.

ganador se llevará la concesión y el espectro sin ningún pago de por medio. Como esto parece poco deseable, Escobar, Epstein, Correa y otros plantean la importancia de transitar hacia un modelo de subasta puro, con algunos requisitos técnicos mínimos que aseguren la idoneidad del proyecto, como ha sido la tendencia en los últimos 20 años por parte de los países desarrollados, quienes de esta forma han incentivado no solo la innovación y la competencia, sino que también mayor transparencia y generación de recursos fiscales.

Los autores ponen de relieve el último proceso de licitación llevado a cabo por la Subtel, cuyo éxito se logró gracias a un buen diseño técnico, jurídico y económico de la licitación. En este proceso se llevaron a cabo tres licitaciones independientes: un bloque en la banda 700 MHz, un bloque en la banda AWS y 15 bloques en la banda 3.5 GHz. Cada licitación fue del tipo "primer precio sobre cerrado" y en la tercera licitación (banda 3.5 GHz) se permitieron ofertas por "paquetes" de bloques, lo que se conoce como "licitación combinatorial". A juzgar por sus resultados, la licitación cumplió con los objetivos que el regulador se propuso: el Estado recaudó más de 450 millones de dólares (seis veces la suma de todo lo recaudado por asignar espectro en la historia de Chile) y se logró en un proceso competitivo y participativo con la postulación de cinco empresas. Ahora bien, en caso de que no se hubiera producido el empate en la evaluación comparativa de los aspectos técnicos de las ofertas, lo cierto es que la autoridad no habría más opción que adjudicar las concesiones a la única empresa que hubiera logrado el puntaje requerido, sin subasta de por medio y sin recaudación fiscal.

3. La propuesta de reconocer explícitamente el acceso a Internet como un servicio público de telecomunicaciones

La LGT nació en 1982 dentro de un contexto histórico en que la telefonía fija era la prestación por antonomasia de los servicios públicos de telecomunicaciones, quedando las restantes modalidades prestacionales de esta actividad, como la telegrafía pública, la transmisión de datos y el servicio de videotex, como expresiones de menor transcendencia colectiva. Por tal motivo, la legislación sectorial consagró un estatuto jurídico bastante nítido para el operador del servicio público telefónico, fijando con claridad no solo los derechos de que goza, sino que sobre todo las obligaciones a que se encuentra sometido. Una de estas obligaciones, quizá la más relevante en nuestro entendimiento, es la obligatoriedad de cobertura dentro de la zona de servicio concesionada. En efecto, el artículo 24 B de la LGT establece que:

Las empresas concesionarias de servicio público telefónico estarán obligadas a dar servicio a los interesados que lo soliciten dentro de su zona de servicio y a los que estando fuera de ella y de la de otro concesionario, costeen las extensiones o refuerzos necesarios para llegar hasta ella⁵³.

⁵³ Ley N° 18.168, de 1982.

Con el devenir del tiempo y el auge de la digitalización, ocurrió que la telefonía como tal comenzó a ser reemplazada por el servicio de transmisión de datos, el cual permite no solo navegar por diferentes plataformas sino también comunicarse mediante el servicio de voz que es transmitido como datos conmutados. De manera que, al haber nacido la LGT tan “telefonizada”, imponiendo una carga regulatoria intensa al operador telefónico, ha quedado en un evidente desfase respecto a los avances tecnológicos en el campo de las comunicaciones electrónicas, donde la transmisión de datos y el acceso a Internet lideran la demanda de uso por parte de los usuarios.

El problema es que el operador de transmisión de datos, o el proveedor de acceso a Internet, carece de la exigencia de obligatoriedad de cobertura que el operador telefónico tiene dentro de la zona de servicio concesionada. Por ello, se encuentra en trámite en el Congreso Nacional el proyecto de ley que reconoce formal y explícitamente al acceso a Internet como un servicio público de telecomunicaciones (Boletín N° 11.632-15). El mensaje ingresado por la ex Presidenta Michelle Bachelet se fundamenta en la gran cantidad de hogares conectados a ese servicio, llegando para la anualidad de 2018 al 79,3% a nivel nacional, lo que implicó un avance de 9,4% respecto de 2015. Pese a este incremento en las conexiones por hogar, la iniciativa acusa la persistencia de una profunda desigualdad e inequidad en el acceso para lugares que no son comercialmente atractivos.

De prosperar esta propuesta legislativa, la categoría del servicio público de telecomunicaciones quedará formal y explícitamente integrada por las prestaciones de telefonía y de acceso a Internet (forma específica de la transmisión de datos), equiparándose, en ambas facilidades por igual, la obligación de atención obligatoria en la zona de servicio. Adicionalmente, el proyecto de ley en cuestión asume una política de fomento del Internet, para lo cual se permite a la Subtel declarar a un servicio como imprescindible; se fija el plazo en que las compañías, imperativamente, deberán efectuar las prestaciones de acceso a Internet a los usuarios que se encuentren dentro de su zona de servicio; crea la figura de las “comunidades de telecomunicaciones” (como sucesoras de las antiguas comunidades telefónicas del artículo 24° B LGT) y las faculta para operar como permisionarios de servicios limitados de telecomunicaciones (especialmente de Internet); y se autoriza que el Presidente anualmente disponga la destinación al Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones de un subsidio para el pago de las cuentas de servicios de Internet a un determinado porcentaje de los usuarios más vulnerables del país⁵⁴, esto es, se adopta un modelo de subsidio a la demanda.

Ahora bien, cabe puntualizar que el Internet ya ha sido objeto de tratamiento por el legislador a propósito de algunas materias conexas. El servicio de acceso a Internet fue considerado en sus orígenes como un servicio adicional, esto es, una prestación que el operador telefónico podía suministrar como un negocio anexo y desvinculado de la carga regulatoria prevista para

⁵⁴ Senado 2021.

el giro principal –la telefonía–. Por ello, la Ley N° 20.453, que consagra el principio de la neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de Internet, incorporó a la LGT una definición de “proveedor de acceso a Internet” (ISP) y sujetó el desarrollo de su actividad a un título habilitante –la concesión de servicio público de telecomunicaciones o bien una concesión de servicio intermedio de telecomunicaciones– (art. 24 H LGT). Esta regulación fue un avance porque permitió exigir al proveedor de acceso a Internet una serie de obligaciones –asegurar la no interrupción del suministro, descontar e indemnizar al usuario frente a cortes prolongados, etc.–, pero también asignarle derechos –utilizar bienes nacionales de uso público para el despliegue de su red, acceder al espectro radioeléctrico, etc.–.

Con todo, el proyecto de ley ha sido objeto de diferentes críticas. Una de ellas es el costo financiero del mismo, ya que el mecanismo de subsidio a la demanda que administrará el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones incrementa ostensible y sostenidamente el esfuerzo patrimonial del Estado en relación con aquellas personas que no gozan de la solvencia económica para pagar por el servicio de Internet. También ha estado en debate el alcance dado a las “comunidades de telecomunicaciones”, que posteriormente ha evolucionado hacia la denominación de “comunidades de usuarios”, y cuál será el rol de los gobiernos regionales y municipalidades con estos nuevos proveedores de acceso a Internet. Por último, la mejora de la cobertura del servicio de Internet involucra a otras reparticiones públicas, como el Ministerio de Vivienda y Urbanismo o las municipalidades, donde muchos de los problemas para el despliegue de las redes de conectividad se originan en los criterios dispares para otorgar permisos y en los cobros indebidos (fundados en el costo por la revisión de expedientes) que emplean algunas administraciones comunales.

4. La reforma estructural a la Subsecretaría de Telecomunicaciones

La institucionalidad regulatoria del sector de las telecomunicaciones ha sido objeto de debate a causa de la multiplicidad de roles que debe cumplir la Subtel. Actualmente este organismo no solo formula la política regulatoria de telecomunicaciones, sino que también fiscaliza el cumplimiento de la normativa sectorial y formula los cargos ante una infracción para que el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones aplique las sanciones administrativas correspondientes. En este esquema se acusa un conflicto de gestión entre lo que supone impulsar el desarrollo de la industria, por un lado, y efectuar la fiscalización debida para que los servicios se brinden en condiciones aceptables y justas a los usuarios. La Subtel se encuentra tensionada internamente por estos dos “giros de negocio”, a veces contradictorios entre sí, toda vez que concentra las funciones de fomento (subsídios) y regulación, así como las labores de autorización (concesiones, permisos y licencias) y fiscalización.

Debido a esta problemática, se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional el proyecto de ley que crea la Superintendencia de Telecomunicaciones (Boletín N° 8.034-15) como un servicio público funcionalmente descentrali-

zado, dotado de personalidad jurídica propia y patrimonio propio, y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Este nuevo organismo asumirá las funciones autorizatorias, fiscalizadoras y de formulación de cargos que actualmente posee Subtel, mientras que esta conservará las atribuciones de elaborar la política regulatoria y actuar como secretaría ejecutiva del Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones en materia de asignación de subsidios.

La separación funcional y orgánica de la Subtel en dos servicios obedece a que, entre los sectores económicos que fueron objeto del proceso privatizador de la década de 1980, las telecomunicaciones siguen siendo el único sector que carece de una Superintendencia, a diferencia de los entornos sanitario, de electricidad y combustibles, medio ambiente, pensiones, casinos de juego, entre otros. Adicionalmente, la masificación exponencial de las comunicaciones electrónicas y la utilización por parte de los chilenos de uno o más servicios de conectividad digital requieren una Superintendencia dedicada exclusivamente a resguardar el adecuado funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones y proteger los derechos de tales usuarios. Finalmente, el ritmo del avance tecnológico ha sobrepasado el avance normativo y regulatorio, por lo que se requiere que la Subtel en forma exclusiva estudie y diseñe la política pública al ritmo de los desafíos que impone la evolución de la ciencia y la técnica, y oriente la actividad de fomento (subsidios) hacia esas necesidades.

Sierra señala que esta idea ya se encontraba presente en la década del año 2000, época en que el Ministerio de Economía publicó un libro donde su:

preocupación principal respecto de las telecomunicaciones es el hecho de que en el actual regulador se mezclan promiscuamente dos tareas distintas: el diseño de políticas y la regulación propiamente tal. Asimismo, [ese libro] propone radicar en el Ministerio de Economía la regulación de las telecomunicaciones, creando una Superintendencia como "agencia de regulación" y dejando en ese Ministerio la definición de las políticas⁵⁵.

En síntesis, la creación de este nuevo órgano descentralizado supone distribuir las potestades sobre telecomunicaciones que tiene la Administración del Estado en dos organismos públicos diferentes:

a) Una Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel), a cargo de definir la política regulatoria, administrar el espectro radioeléctrico, gestionar los subsidios del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones (FDT) y elaborar estadísticas y estudios sobre los servicios de telecomunicaciones.

b) Una Superintendencia de Telecomunicaciones (Supertel), a cargo de la fiscalización y la formulación de cargos infraccionales, imponer sanciones administrativas, velar por los derechos de los usuarios, participar en la fijación tarifaria, así como otorgar concesiones, permisos y licencias.

⁵⁵ SIERRA IRIBARREN 2008, 63.

Sin embargo, en la tramitación del proyecto de ley en el Congreso Nacional se alcanzó un importante acuerdo en el mundo político respecto a la necesidad de modificar la estructura unipersonal propuesta para la Supertel, a cargo de un Superintendente, debido a que este genera mayor espacio para la arbitrariedad que un cuerpo colegiado. Por esta razón, se ha preferido repetir la exitosa experiencia de la Comisión para el Mercado Financiero que vino a reemplazar a las antiguas Superintendencias de Valores y Seguros y de Bancos e Instituciones Financieras. Con todo, cabe hacer presente que el proyecto de ley se encuentra detenido ya por varios años en su tramitación y no ha logrado salir despachado del Senado, donde cumple su segundo trámite constitucional, por los ingentes recursos presupuestarios que supone la creación de un nuevo servicio público y, también, por la diferente priorización de temas otorgada a la agenda legislativa.

5. La doble crítica al Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones

El Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones (FDT) es el instrumento de fomento que tiene por objeto promover el aumento de la cobertura de los servicios de telecomunicaciones en el país, aunque de modo preferente en las áreas rurales y urbanas de bajos ingresos (art. 28 A LGT). Creado en el año 1994 mediante la ley N° 19.302, el FDT vino a reemplazar el mecanismo de aportes de financiamiento reembolsables existente en la época por uno destinado a financiar subsidios a proyectos específicos de expansión del servicio público telefónico, en áreas rurales y urbanas de bajos ingresos, con baja densidad telefónica.

El FDT se compone de los recursos que se le asignen anualmente a través de la Ley de Presupuestos del Sector Público y es administrado por un consejo de ministros –el Consejo de Desarrollo de las Telecomunicaciones (CDT)–, cuyo secretario ejecutivo es el Subsecretario de Telecomunicaciones (art. 28 B). A la Subtel le corresponde preparar un programa anual de proyectos subsidiables para la aprobación del CDT, en donde se debe incluir iniciativas vinculadas a teléfonos públicos o centros de llamadas, telecentros comunitarios de información, sistemas de transmisión e infraestructura para promover el aumento de cobertura de radiodifusión televisiva digital de libre recepción y servicios de acceso a Internet, así como cualquier otro servicio de telecomunicaciones que beneficie directamente a la comunidad en la cual habrá de operar (art. 28 D LGT). En este modelo no aparece el Estado subsidiando a la demanda –los usuarios–, ya sea a través de un mecanismo de *voucher* o abonando parte de cuenta telefónica del usuario directamente ante la empresa proveedora. Por el contrario, se aprecia un mecanismo de subsidio a la oferta, en donde se apalanca la inversión en redes o servicios de un operador que es elegido mediante un concurso público⁵⁶ que coordina la Subtel.

⁵⁶ Al concurso público pueden presentarse las personas jurídicas que cumplan con los requisitos legales y reglamentarios para ser titulares de la concesión o permiso del servicio de telecomunicaciones de que se trate. La elección del postulante ganador se determina a partir de quien solicite el menor subsidio por una sola vez. En caso de empate, se asigna el proyecto al postulante que

La institucionalidad del FDT ha sido cuestionada desde dos vertientes diferentes: un argumento de libre competencia y uno de política social. La primera crítica relacionada con materias de libre competencia obedece a que:

el actual sistema de concursos y asignación de subsidios, esto es, la entrega de subsidios de monto fijo a un oferente o a un grupo de oferentes determinados, altera la estructura del mercado en el que se otorga, distorsionando los precios y llevando a una menor competencia, ya sea antes o después de adjudicado el subsidio⁵⁷.

A juicio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), el diseño de ciertos concursos permite al ganador de un subsidio ofrecer servicios distintos al objeto de la licitación, sin tarifas máximas, y utilizando la infraestructura que es financiada por el subsidio. Con esto la empresa adjudicataria desplaza artificialmente a los incumbentes e impone barreras a la entrada de potenciales competidores, lo cual entraña el riesgo de permitir el mantenimiento de empresas ineficientes o de impedir la entrada de otras eficientes al mercado, lo que en el mediano y largo plazo termina perjudicando el bienestar general.

Por otra parte, el TDLC estima que este tipo de aportes pueden constituir discriminaciones arbitrarias contrarias a la libre competencia en el trato que el Estado brinda a los particulares en materia económica, otorgando beneficios directos para determinados agentes económicos que actúan en mercados específicos. Por lo tanto, se critica que tales aportes no se encuentran establecidos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica como prescribe el artículo 19 N° 22 de la Constitución.

En consecuencia, el TDLC plantea que se modifiquen tales normas en orden a consagrar un sistema de subsidios a la demanda, cuando ello sea viable y eficiente, permitiendo a las empresas competir por las tarifas que cobrarán a los consumidores que serán beneficiados por tal subsidio, lo cual permite incentivar la eficiencia del operador y facilita la entrada futura de nuevos actores a ese mercado. En paralelo, el TDLC propone que los concursos del FDT contemplen la posibilidad de otorgar subsidios a la construcción de infraestructura de redes en aquellas áreas donde resulte improbable que los operadores desarrollen infraestructura incluso bajo subsidios a la demanda, a fin de que dicha infraestructura pueda ser utilizada en forma compartida por cualquier prestador de servicios de telecomunicaciones, bajo condiciones abiertas, transparentes y no discriminatorias.

Estas críticas han sido subsanadas por Subtel a través del tiempo, si bien no por medio de una reforma legal que permita el subsidio a la demanda, pero sí a través de exigir en las bases de licitación unas tarifas máximas y que

ofrezca mayor cantidad de prestaciones adicionales. De subsistir el empate, se adjudica el concurso a quien comprometa un menor plazo para el inicio de los servicios y, de no resolverse la asignación conforme a estas reglas, se define al adjudicatario mediante un sorteo (art. 28 F LGT).

⁵⁷ Proposición de modificación normativa N° 13/2011.

la infraestructura construida se comercialice de manera abierta y no discriminatoria con cualquier interesado en acceder a ella.

La segunda crítica al FDT guarda relación con la ausencia de una política social de servicio universal, como se aprecia en otros entornos regulatorios. Por ejemplo, el derecho europeo de los servicios públicos contiene una obligación de servicio universal, la cual parte de la premisa que existen unos bienes y servicios de carácter esencial que resulta deseable y necesario que puedan llegar a la mayor cantidad de personas en el espacio geográfico de un país y en condiciones económicas adecuadas⁵⁸. Concretamente, la legislación española establece que el servicio universal corresponde al “conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible” (art. 25.1 LGTel). A propósito de esta definición, Matilde Carlón ha concluido que el servicio universal es “un estándar básico, fijado prioritariamente a nivel europeo, de servicios y facilidades de comunicaciones electrónicas, cuya prestación debe ser garantizada a todos los ciudadanos, a un precio asequible y con una calidad determinada, con independencia de sus concretas circunstancias geográficas, económicas y sociales y –aunque no lo haga expreso la definición legal– físicas”⁵⁹.

De modo que el servicio universal tiene como características fundamentales la accesibilidad por parte de los ciudadanos urbanos, rurales o que habitan en orografía complicada; la asequibilidad en el precio, de manera que este no constituya una barrera para los más vulnerables; y la calidad mínima del servicio. En concreto, esta obligación comprende el acceso a la red pública telefónica desde una ubicación fija; guías telefónicas, ya sean impresas o electrónicas; oferta suficiente de teléfonos públicos de pago; atención a discapacitados y usuarios con necesidades sociales especiales; opciones de tarifas *low cost* para que las personas físicas con necesidades sociales especiales (jubilados, rentas bajas, etc.) puedan tener acceso a la red, entre otras.

El operador obligado activamente a prestar el servicio universal corresponde a aquellos específicamente designados al efecto por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo mediante un mecanismo de licitación pública (art. 26.2 LGTel). En cambio, los obligados pasivamente a soportar el costo del servicio universal son los demás operadores del mercado, donde el coste neto de la obligación es financiado por un mecanismo de reparto, en condiciones de transparencia y no discriminación, por aquellos operadores que obtengan por la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas unos ingresos brutos de explotación anuales superiores a 100 millones de euros (art. 27.2 LGTel). Una vez fijado este coste, la CNMC determinará las aportaciones que correspondan a cada uno de los operadores con obligaciones de contribución a la financiación del servicio universal.

⁵⁸ ZEGARRA VALDIVIA, 2012.

⁵⁹ CARLÓN RUIZ 2015, 601.

Las aportaciones recibidas se depositarán en el Fondo nacional del Servicio Universal⁶⁰.

Si bien en Chile no existe una obligación de servicio universal consagrada en la LGT, el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones apunta en una dirección similar. Con todo, las diferencias son bastante profundas. De hecho, los operadores chilenos no tienen una obligación de estas características exigida por el ordenamiento jurídico, como ocurre en España, siendo más bien el Estado quien asume la obligación de financiar este instrumento a través de la Ley de Presupuestos del Sector Público. Por otra parte, no hay un catálogo de prestaciones específicas que los operadores deben proveer como servicio universal –puntos telefónicos, guías de numeración, atención a personas discapacitadas o de bajos ingresos, entre otros–, sino que se trata de proyectos subsidiables orientados a la inversión en infraestructura y servicios vinculados a teléfonos públicos o centros de llamadas, telecentros comunitarios de información, sistemas de transmisión digital y otros servicios de conectividad que beneficien directamente a la población.

Conclusiones

El régimen concesional del servicio de público de telecomunicaciones constituye un estatuto jurídico que da cuenta no solamente de los derechos y obligaciones que afectan al titular, sino también los requisitos y procedimientos que permiten obtener de la Administración la autorización para suministrar servicios de telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet.

Este régimen concesional se encuentra sometido a tensiones y debates que provienen de los entornos académico, político-legislativo y judicial, los que proponen revisar importantes variables de la ecuación. Las reformas más relevantes que se han planteado guardan relación con la pertinencia de contar con un título habilitante para la provisión de servicios de telefonía, transmisión de datos y acceso a Internet; la reducción del plazo de duración de las concesiones; la consagración de un modelo de subasta; la declaración del acceso a Internet como un servicio público de telecomunicaciones; la reforma a la institucionalidad de la Subtel; y las críticas al esquema de subsidios que contempla el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

Con todo, ninguna de las reformas planteadas supone un cambio radical para el modelo de desarrollo del sector de las telecomunicaciones, en el sentido de proponer directamente su reemplazo por otro distinto. Por el contrario, se trata de propuestas que apuntan a modular, actualizar o perfec-

⁶⁰ El Fondo Nacional del Servicio Universal, gestionado por la CNMC, se compone de los activos en metálico (en efectivo) procedentes de los operadores con obligaciones de contribuir a la financiación del servicio universal; así como de las aportaciones que sean realizadas por cualquier persona física o jurídica que desee contribuir, desinteresadamente, a la financiación de cualquier prestación propia del servicio universal (art. 27.4 LGTel). Los operadores sujetos a obligaciones de prestación del servicio universal recibirán de este fondo la cantidad correspondiente al coste neto que les supone dicha obligación, calculado según el procedimiento establecido.

cionar el sistema vigente hacia mayores grados de eficiencia y de equidad en beneficio de los ciudadanos.

Bibliografía citada

- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2020). Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (32) (julio-diciembre 2020), 5-36.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General* (2ª ed). Thomson Reuters.
- CARLÓN RUIZ, Matilde (2015). Las obligaciones de servicio público: en especial, el servicio universal de telecomunicaciones. En DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (Ed.), *Derecho de las Telecomunicaciones* (pp. 593-640). Thomson Reuters.
- CORREA PÉREZ, Marco (2018). Zero-rating y la neutralidad de la red en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 7(1) (2018), 107-135.
- ESCOBAR, Juan; EPSTEIN NUMHAUSER, Rafael; CORREA, José; EPSTEIN, Natalie y MONTENEGRO, Yerko (4 de mayo de 2021). *Aprendizajes de la licitación del espectro radioeléctrico*. La Tercera. <https://www.latercera.com/opinion/noticia/aprendizajes-de-la-licitacion-del-espectro-radioelectrico/2W7OFXRKXBGGHDTFBTBDXQ5T4/>
- FISCHER, Ronald y SERRA, Pablo (2002). Evaluación de la regulación de las telecomunicaciones en Chile. *Revista Perspectivas (Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile)* 6(1), 45-77.
- HARRISON, Rodrigo y MUÑOZ, Roberto (2008). Políticas de asignación de espectro en Chile: diagnóstico actual y posibilidades futuras. En *Regulación y Convergencia en Telecomunicaciones*. Editado por Universidad de Chile y Subsecretaría de Telecomunicaciones, pp. 105-124.
- INTVEN, Hank; OLIVER, Jeremy y SEPÚLVEDA, Edgardo (2000). *Manual de reglamentación de las telecomunicaciones*. Grupo del Banco Mundial.
- JORDANA CASAJUANA, Jacint y SANCHO, David (2016). La apertura a la competencia de las telecomunicaciones en España. En Ángel Calvo Calvo (Coord.), *Historia de Telefónica: 1976-2000. Las telecomunicaciones en la España democrática* (pp. 55-82). Editorial Ariel y Fundación Telefónica.
- MENGUAL HENRÍQUEZ, Luis Felipe (2018). *Regulación de servicios eléctricos y de telecomunicaciones. La obligación de acceso a terceros, la interconexión y la figura del gestor único independiente*. Editorial Hammurabi.
- OVALLE YRARRÁZAVAL, José Ignacio (2001). *Las telecomunicaciones en Chile*. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda.
- 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* N° 31, pp. 149-176.
- PRADO BERGER, Jaime (2020). Titularidad de los servicios de telecomunicaciones y regulación tarifaria. Límites a las facultades normativas de la Administración. *Revista de Derecho (Coquimbo)* 27.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS (2021). *The global economic impact of 5G. Powering your tomorrow*. PWC.
- ROJAS RÍOS, César (2008). *Teoría general del Derecho Público en el ámbito de las concesiones, autorizaciones y permisos. En especial en la Ley General de Pesca y Acuicultura*. Editorial Metropolitana.
- ROJAS PROSSER, Ximena (2004). *Análisis del régimen concesional y del mecanismo de obtención de concesiones de servicios de telecomunicaciones. Análisis para el fortalecimiento del marco regulatorio del sector de las telecomunicaciones. Informe final*. Consultora Aylwin Abogados.
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (15 de abril de 2021). *Internet como servicio público. El desafío del acceso equitativo y la cobertura*. Senado. <https://www.senado.cl/noticias/internet/internet-como-servicio-publico-el-desafio-del-acceso-equitativo-y-la>

- SIERRA IRIBARREN, Lucas (2008). Regulación de las telecomunicaciones en Chile. Potestades normativas, tradición divergente y desafíos de la convergencia. En Subtel y Facea (Eds.), *Telecomunicaciones: convergencia y nuevos desafíos*, pp. 15-74.
- SILVA CUBILLOS, Alfonso y MARTÍN CUADRADO, Eduardo (2005). Sistema de licencia única de telecomunicaciones. *Boletín de Telecomunicaciones* (8), 377-386.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego (2018). *Introducción al Derecho de las Telecomunicaciones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Ley N° 18.168 de 1982. Ley General de Telecomunicaciones. 15 de septiembre de 1982. D.O. N° 31.368.
- Ley 9/2014 de 2014. General de Telecomunicaciones. 9 de mayo de 2014.
- Ley N° 1341 de 2009. Define principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. 30 de julio de 2009.
- Decreto Ley N° 1.762 de 1977 [Ministerio de Transportes]. Crea la Subsecretaría de Telecomunicaciones. 15 de abril de 1977.
- 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

- Telefónica Móviles con Bellsouth*: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 4 de enero de 2005 (Rol NC N° 01-04).
- Requerimiento de inconstitucionalidad de 36 señores diputados del Decreto Supremo N° 264, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones* (2010): Corte Suprema, 12 de mayo de 2011 (Rol N° 1849-10). Pleno [Requerimiento de inconstitucionalidad].
- WOM S.A. con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (2020): Corte Suprema, 13 de julio de 2020 (Rol N° 181-2020). Tercera Sala [reclamación].
- Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores con Telefónica Móviles Chile S.A., Claro Chile S.A. y Entel PCS Telecomunicaciones S.A.* (2018): Corte Suprema, 25 de junio de 2018 (Rol N° 73923-2016). Tercera Sala [casación].
- Proposición de modificación normativa N° 13/2011 [Tribunal de Defensa de la Libre Competencia]. Propone que se modifique tanto la forma como los mecanismos de asignación de subsidios con cargo al Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones. 19 de enero de 2011.

Impugnación de los actos administrativos y el contencioso-administrativo de reclamación

Challenge of the administrative acts and the contentious-administrative claim

Juan Carlos Flores Rivas* - Maite Aguirrezabal Grünstein**

El presente trabajo tiene por objetivo analizar algunos aspectos procesales relevantes de los recursos administrativos y jurisdiccionales con el objeto de determinar si estos medios de impugnación, en la forma en que están regulados, son armónicos con la garantía constitucional de un racional y justo procedimiento administrativo.

Palabras clave: recursos, impugnación, acto administrativo.

The purpose of this paper is to analyze the critical aspects of the ordinary administrative resources regulated in Law N° 19,880, excluding the extraordinary review resource, and to determine if these means of challenge, in the way they are regulated, are harmonic, with the constitutional guarantee of a rational and fair administrative procedure.

Keywords: resources, impugnation, administrative act.

RESUMEN / ABSTRACT

* Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes. Dirección postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Santiago, Las Condes, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: jcflores@uandes.cl. El presente trabajo se hace en el marco del proyecto Fondecyt número 1200188, titulado "Revisión crítica de los recursos de reclamación previstos en las leyes orgánicas de las superintendencias vinculadas a mercados regulados. Una propuesta de sistematización a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva", del que el autor es Coinvestigador.

** Profesora de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago, Chile. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Dirección postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Santiago, Las Condes, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: maguirrezabal@uandes.cl. El presente trabajo se hace en el marco del proyecto Fondecyt número 1200188, titulado "Revisión crítica de los recursos de reclamación previstos en las leyes orgánicas de las superintendencias vinculadas a mercados regulados. Una propuesta de sistematización a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva", del que la autora es Investigadora Responsable.

Artículo recibido el 4 de febrero de 2022 y aceptado el 24 de junio de 2022.

Introducción

Es un tema pacífico que la Administración del Estado –como conjunto de órganos y personas jurídicas– tiene como función principal la satisfacción de necesidades públicas de manera regular y continua. Para que la cobertura de las demandas de las personas sea eficiente y eficaz, el legislador le reconoce a la Administración una serie de privilegios y prerrogativas posicionales, que implican que sus actuaciones jurídicas se encuentran revestidas de presunción de legalidad o veracidad, y que como señala la doctrina “pueden ser impuestas inmediatamente, en forma unilateral e imperativa sin necesidad de requerir un control previo de los Tribunales de Justicia, reconociendo en favor de la Administración del Estado una autotutela declarativa y ejecutiva”¹.

Tal como señala Arancibia Mattar, “la relación jurídica entre la autoridad administrativa y la persona es esencialmente unitaria, vertical, potestativa, unilateral y distributiva y, el carácter excepcional o exorbitantes de los poderes ejercidos requiere de una legítima normativa previa y del cumplimiento de rituales que permita la identificación del acto válido”².

En este sentido, el Derecho Administrativo “reconoce que tanto la Administración del Estado como los particulares puedan impetrar la revisión de los actos administrativos”³, por distintas vías. En el caso de la Administración del Estado, ésta puede volver sobre sus actos mediante la potestad invalidatoria, cuando éstos adolezcan de vicios contrarios a derecho⁴, o través de la potestad revocatoria ante actos válidos cuyos efectos son contrarios al interés general por razones de mérito, oportunidad o conveniencia⁵, o finalmente, mediante la potestad de caducar aquellos actos administrativos en que su destinatario ha incumplido condiciones relevantes, en forma grave y reiterada, que habilitan a la Administración para extinguir el acto y sus efectos⁶.

Por el contrario, los particulares también pueden solicitar la revisión de un acto administrativo mediante los denominados recursos administrativos ordinarios, en aquellos casos que existe una relación plena de jerarquía entre el emisor del acto y su superior jerárquico, pero también a través de la impugnación del acto administrativo en sede jurisdiccional, lo que garantiza al administrado más de una opción de revisión de la actuación de la administración.

El presente trabajo tiene por objeto determinar si los medios de impugnación previstos para el control de los actos de la administración, tal como se

¹ OELCKERS 1978, 121-122.

² ARANCIBIA 2017, 6-9.

³ BERMÚDEZ 2011, 21.

⁴ El artículo 53 de la Ley N° 19.880, señala que “La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto”.

⁵ Cfr. FLORES 2016, 194.

⁶ Cfr. FLORES 2017, 228. La Ley N° 19.880 no regula expresamente esta institución, no obstante, su reconocimiento en ámbitos sectoriales, tales como urbanismo, medio ambiente, entre otras.

encuentran concebidos en nuestra legislación, se ajustan a la garantía constitucional de un racional y justo procedimiento, y si el sistema permite una adecuada compatibilización con los medios de impugnación en sede jurisdiccional, garantizando de esta manera un control pleno de juridicidad del acto administrativo.

En consecuencia, en este trabajo estudiaremos los mecanismos de impugnación establecidos en la Ley N° 19.880 y su relación con el contencioso administrativo posterior, a fin de determinar los criterios que emanan de elegir una u otra vía de impugnación de los actos administrativos.

I. El acceso al recurso como parte del derecho a un procedimiento racional y justo

El derecho del recurso se inserta como una faz del derecho de acceso a la jurisdicción. Siguiendo a Devis Echandía, puede definirse como “aquel derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso a cualquier título y condición, para que se corrijan los errores del juez que le causan gravamen o perjuicio”⁷.

Desde una perspectiva dogmática, existe una amplia coincidencia en nuestro medio sobre el derecho al recurso y su incardinación normativa en la Constitución como parte del debido proceso o del justo y racional procedimiento administrativo⁸.

Desde una óptica procesal, se ha discutido si el derecho al recurso debe considerarse como una garantía integrante de debido proceso, basado principalmente en los tratados internacionales ratificados por Chile, especialmente en lo establecido por el pacto de San José de Costa Rica en los Artículos 8 y 14, que establecen garantías judiciales y el derecho a respuesta.

Parte de la doctrina chilena y comparada se ha pronunciado en favor de esta opción, ya que consideran que el derecho a recurrir, de naturaleza estrictamente procesal, se encuentra contemplado en los tratados internacionales como un elemento del debido proceso, y que “más allá de las consideraciones técnicas legislativas que permiten imponer procesos de única instancia, lo cierto es que la posibilidad de acceder a un tribunal superior que revise lo decidido por el inferior para estar dentro de las garantías mínimas y que, sin duda, forman parte de un debido proceso”⁹, agregando Ortells que el derecho al recurso responde también “a un imperativo constitucional, incluso contenido en un derecho fundamental”¹⁰.

En este sentido se pronuncia también Valenzuela, quien considera que “el debido proceso es uno y sus garantías se debe aplicar a todo proceso

⁷ DEVIS ECHANDÍA 2002, 506.

⁸ Vid. SILVA BASCUÑÁN 2002, 76-78.

⁹ VALENZUELA 2013, 47.

¹⁰ ORTELLS 2010, 395-440.

independiente del objeto del mismo, ya que las exigencias mínimas que reclama son de interés del justiciable y no del juez o tribunal, por ello en una interpretación armónica del texto constitucional y por imposición del postulado favor persona, su contenido es exigible en jurisdicciones extrapenales¹¹.

Otra parte de la doctrina agrega que “una revisión de los tratados internacionales en materia de derechos humanos permite afirmar que el derecho a recurrir en juicios civiles no es un derecho reconocido por dichos tratados y, por ende, los Estados tienen la libertad para establecer o no formas de impugnación considerando distintos criterios y necesidades¹², encontrándose reconocido exclusivamente a propósito del procedimiento penal, y que los Estados serían libres de consagrar o no un recurso o recursos en todo otro proceso que no sea el proceso penal.

El Tribunal Constitucional ha sido claro en manifestar que el derecho al recurso es una garantía que se encuentra contenida dentro de la garantía de un racional y justo procedimiento, establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.

Así lo declarado por ejemplo, en la sentencia dictada con fecha 4 de julio de 2006, en donde señaló que “se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de prueba pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por el tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador”, idea que reitera en sentencia de fecha 5 de agosto del 2010, donde declara que “el derecho al recurso forma parte integrante del derecho al debido proceso¹³.

El mismo criterio se establece a propósito de los procesos civiles, en donde se ha señalado que, sin perjuicio de la naturaleza específica del proce-

¹¹ VALENZUELA 2013, 46.

¹² Entre otros, DUCE *et al.*, 2015, “El derecho a un recurso y el proceso civil”, *El Mercurio Legal*, 18 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2015/12/18/El-derecho-a-un-recurso-y-el-procesocivil.aspx>, FUENTES Y RIEGO 2017, 296-314, NÚÑEZ Y BRAVO 2017, 96.

¹³ Sentencias del Tribunal Constitucional, rol N° 481-2006, de fecha 4 de julio de 2006, pronunciada en requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por de Leonardo del Tránsito Mazuela Montenegro, respecto, por una parte, de los artículos 364 y 372 a 387 del Código Procesal Penal y, por la otra, del artículo 390 del Código Penal; y Rol N° 1432-2009, de fecha 5 de agosto de 2010, recaída en control preventivo Control de constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre el sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización.

dimiento, el derecho al recurso integra el debido proceso, aunque con matices y precisiones, dependiendo del tipo de proceso civil o penal¹⁴.

En lo que respecta a la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores, la Corte Suprema, en la sentencia dictada con fecha 27 de marzo de 2008 señaló que “en cuanto a los aspectos que comprende el derecho al debido proceso, no hay discrepancias en que al menos lo conforman el derecho a ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de las partes de que la decisión sea razonada y la posibilidad de recurrir en su contra, siempre que la estime agravante, de acuerdo a su contenido”¹⁵.

Volvió también sobre este punto, en un fallo en que señala que “es posible desprender la existencia de diversos principios que reflejan esas convicciones y pretenden asegurar la racionalidad y justicia del procedimiento. Entre ellos, no es posible dejar de mencionar el derecho al recurso, que se traduce en el de impugnar las resoluciones judiciales para proveer a su revisión, mismo que integra el amplio espectro del debido proceso”¹⁶.

Recientemente, la Corte Suprema ha reiterado que “el denominado derecho al recurso, es parte de la garantía fundamental de un debido proceso, entendido en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política como el racional y justo procedimiento. Si bien el derecho a recurrir, no se encuentra expresamente desarrollado en el Capítulo III de la Carta Fundamental, en razón del artículo 5° de la misma es aplicable, vinculable y exigible, porque se desprende de los tratados internacionales ratificados por Chile”¹⁷.

II. Los recursos administrativos en la Ley N° 19.880

Con la dictación de la Ley N° 19.880, de 2003, se regularon los medios de impugnación generales de los actos administrativos, en cuanto a su objeto, plazos, forma de interposición, y la relación de los recursos administrativos con las vías de impugnación judicial. En efecto, la Ley N° 19.880, (LBPA) le dio cuerpo a los recursos administrativos, previamente regulados en la Ley N° 18.575, de 1986 (LOCBGAE) en forma general, sin un mayor desarrollo dogmático, salvo algunas excepciones¹⁸.

¹⁴ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rentas Urbanas S. A. y Carmona Bravo, Dante, respecto del inciso segundo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil: Tribunal Constitucional 6 de agosto de 2013 rol 2137-2013.

¹⁵ Universidad Diego Portales con Dirección del Trabajo (2010).

¹⁶ El análisis de la Corte avanza con respecto a su manifestación anterior, determinando la manera en que hay que interpretar las garantías consagradas en dichos artículos. En este sentido, ha señalado que “En la perspectiva recién indicada, surge con nitidez, entonces, la necesidad de interpretar restrictivamente las normas que pudieran dar pábulo a limitar o restringir derechos o garantía. Vid. Sociedad Agrícola y Ganadera Las Garzas Limitada con CBR (2016).

¹⁷ VIDAL QUEZADA Jorge con Superintendencia de Salud (2021).

¹⁸ ARÓSTICA 1989, 455-465. FERRADA 2011, 251-277.

1. La reposición administrativa como garantía mínima

El recurso de reposición denominado por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República como recurso gracioso o de reconsideración¹⁹, consiste en “la solicitud formal efectuada por un interesado en el procedimiento administrativo que se interpone ante la misma autoridad de la que emanó el acto impugnado”²⁰. Por su parte, Bocksang agrega que, “mediante la interposición del recurso de reposición ante la misma autoridad que emitió el acto, se pretende que “(...) modifique su decisión administrativa original con la elaboración de un nuevo acto, basado en la agregación de nuevos antecedentes o la simple exhortación a una deliberación”²¹, o una simple “reconsideración de la decisión”, en palabras de Valdivia²². A su vez, señala Cordero que “la reconsideración puede fundarse en cualquier objeción del acto, tales como ilegalidad, arbitrariedad y oportunidad”²³.

De la lectura del artículo 10 de la LOCBGAE y del artículo 15 de la LBPA se desprende que el recurso de reposición se podrá siempre interponer ante la autoridad recurrida y en contra de todo administrativo²⁴. Ello, nos genera el primer problema crítico que debemos resolver, ¿el recurso de reposición cabe siempre como vía ordinaria e irrenunciable ante un acto administrativo?

Para contestar esta interrogante, es preciso distinguir aquellos casos en que el legislador ha pretendido dejar algunas resoluciones administrativas sin sujeción a un control administrativo, de aquellas en las cuales el legislador regula medio de impugnación administrativos con mejores ventajas respecto de los recursos administrativos regulados en la ley orgánica y en la ley de bases.

Respecto, de la primera hipótesis, esto es, cuando el Congreso Nacional ha dejado determinadas materias sin la posibilidad de ser impugnadas por los recursos administrativos ordinarios. Un claro ejemplo es el control preventivo efectuado por el Tribunal Constitucional respecto del proyecto “Sobre el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización”, cuyo artículo 19 señalaba que los recursos administrativos de la Ley N° 19.880, procederán “(...) sólo en virtud de algún error de información o procedimiento que sea determinante en la ordenación del establecimiento educacional”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, señaló que dicha “(...) reducción es inconstitucional, ya que no aparece justificado que la resolución específica de que se trata solo pueda ser objetada, por vía administrativa, únicamente en esos dos supuestos, excluyendo los otros a que naturalmente se puede

¹⁹ Dictamen N° 11.291 (1966).

²⁰ BERMÚDEZ 2011, 183.

²¹ BOCKSANG 2006, 67-68.

²² VALDIVIA 2018, 290.

²³ CORDERO 2015, 415.

²⁴ ARÓSTICA 1989, 460, opina que el recurso de reconsideración o graciosos “procede siempre, sin excepción”.

extender la invalidez de un acto administrativo. Como tampoco parece razonable menoscabar el régimen recursivo general con el designio de inmunizar las decisiones de un servicio público en particular, cuyo es el caso de la Agencia de Calidad”²⁵.

En el mismo sentido, a propósito de la negativa a impugnar las resoluciones de la Comisión Nacional de Acreditación, la Corte Suprema señaló que, “(...) el artículo 15 de la Ley N° 19.880 consagra el principio de impugnabilidad de los actos de la Administración, que reconoce la existencia de recursos para asegurar el debido proceso en la Administración del Estado y refuerza la exigencia de un racional y justo procedimiento, lo que implica la existencia de medios que permitan revisar los actos de la Administración, fundamental para asegurar la igualdad ante la ley”²⁶.

Cabe hacer presente que, a propósito de esta sentencia, el ministro Muñoz efectúa una prevención, que viene a confirmar la disponibilidad constante del recurso de reposición como medio de impugnación mínimo, en armonía con sustentado por la doctrina²⁷, incluso respecto de aquellas materias en las cuales exista duda sobre su procedencia. En efecto, el ministro Muñoz señala que frente a la disyuntiva “(...) de la procedencia o improcedencia de un recurso que permita un mejor acceso a la justicia por parte de los interesados, se ha inclinado permanentemente a favor del derecho al recurso”²⁸.

En cuanto a la segunda hipótesis, esto es, si el recurso de reposición, como garantía mínima de impugnabilidad, debe determinarse si procede en forma general a todas las áreas del procedimiento administrativo, o cede ante mecanismos de impugnación administrativa especiales. Para contestar esta interrogante, es necesario analizar la vocación de supletoriedad de la Ley N° 19.880, que en el artículo 1° hace aplicable la LBPA a procedimientos especiales.

Al respecto, la doctrina nacional se encuentra conteste en el valor supletorio de la Ley N° 19.880, en a los menos tres supuestos. En primer lugar, en aquellos casos en que la dictación de un acto, no contempla un procedimiento administrativo propio, la Ley N° 19.880, se aplica en forma íntegra, según señala Bermúdez²⁹. En segundo lugar, en aquellas leyes que, ostentando un procedimiento propio, más o menos regulado, en lo no contradictorio con la ley especial, la ley de bases se aplica en forma supletoria cuando al procedimiento especial carece una regulación básica respecto del procedimiento o del acto administrativo³⁰. Finalmente, en aquella hipótesis que el legislador reguló en

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, 4 de agosto de 2011, Rol N° 2009-11, recaída en control preventivo Control de constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre el sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización.

²⁶ Universidad internacional Sek con Consejo Nacional de Educación (2021).

²⁷ En este sentido se pronuncia por ejemplo ASTORGA 2016, p. 603.

²⁸ Universidad Internacional Sek con Consejo Nacional de Educación (2021).

²⁹ Cfr. en este punto, BERMÚDEZ 2011, 146.

³⁰ Cfr. CORDERO 2015, 356.

forma expresa y detallada un procedimiento administrativo, la Ley N° 19.880, es desplazada por la ley especial, no obstante, se mantendría la supletoriedad de los principios regulados en la ley de bases, como afirma Cordero³¹.

Por su parte, la Contraloría General de la República ha señalado que "(...) los procedimientos administrativos especiales que la ley establece deben regirse por las normas contenidas en el ordenamiento que les da origen, quedando sujetos supletoriamente a las prescripciones de la ley N° 19.880 en aquellos aspectos o materias respecto de las cuales la preceptiva especial no ha previsto regulaciones específicas"³².

Ahora bien, respecto del recurso de reposición, la jurisprudencia administrativa ha considerado que se trata de un resguardo mínimo de derecho de las personas³³, por cuanto, su fundamento se encuentra en el derecho constitucional asegurado a todas las personas de efectuar solicitudes, requerimientos o peticiones al Estado en términos respetuosos y convenientes, regulado en el artículo 19 N° 14 de la Carta Fundamental. De esta forma y como sostiene Mendoza³⁴, la aplicación del recurso de reposición ha sido admitida en forma supletoria en diversas materias, tales como telecomunicaciones y urbanismo³⁵.

2. El recurso jerárquico y la existencia de relaciones entre los órganos de la Administración

El recurso jerárquico o denominado recurso de alzada, "consiste una vía de impugnación ante el superior jerárquico, mediante el cual se le solicita enmendar, esto es, modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado"³⁶. Agrega Bielsa que "constituye un recurso ordinario gubernativo, que promueve el administrado ante el superior jerárquico del órgano que dictó la resolución que se impugna"³⁷, para los efectos que el superior jerárquico "modifique o revoque el acto, conforme a las pretensiones aducidas por el recurrente"³⁸.

Del propio nombre de este mecanismo de impugnación, se deriva que un aspecto esencial es la existencia de relaciones de jerarquía entre el emisor del acto y el superior jerárquico, es decir, que exista "una relación de dependencia, esto es, de supra ordenación y obediencia" como sostiene Soto Kloss³⁹.

³¹ Cfr. CORDERO 2015, 357.

³² Contraloría General de La República. Dictamen N° 39.348 (2007), en el mismo sentido Dictamen N° 20.119 (2006); y Dictamen N° 37.747 (2003). En contra, la Contraloría ha señalado que el carácter especial y la reglamentación detallada y pormenorizada impide que se aplique la Ley N° 19.880, de 2003. Dictamen N° 49.333, (2007); Dictamen N° 35.933 (2009).

³³ Contraloría General de la República. Dictamen N° 38.894 (1988) y Dictamen N° 61.519 (2006).

³⁴ Cfr. MENDOZA 2003, 284-285.

³⁵ Dictamen N° 39.979 (2010).

³⁶ CASSAGNE 2017, 96.

³⁷ BIELSA 1957, 98.

³⁸ CORDERO 2015, 416.

³⁹ SOTO KLOSS 2012, 187.

En cuanto a la extensión de la relación de jerarquía, es preciso mencionar que el artículo 7 de la Ley N° 18.575, dispone que los funcionarios de la Administración del Estado estarán sujetos a un régimen jerarquizado y disciplinario, debiendo obedecer las órdenes que le imparta el superior jerárquico. Por su parte, el artículo 11 del mismo cuerpo legal, diagrama el ámbito del principio del control jerárquico, extendiéndose a aspectos de eficiencia y eficacia de los fines y objetivos y a la legalidad y oportunidad de las actuaciones. En efecto, el recurso jerárquico es una forma que el superior jerárquico tiene para poder revisar los actos de sus subordinados en vista a una mejor gestión administrativa, lo que evidentemente alcanza a los actos de quienes han recibido atribuciones por la vía de la delegación.

Aclarado lo anterior, uno de los tópicos más conflictivos del recurso es determinar la existencia de relación jerárquica para que proceda, tomando en consideración que el artículo 59 de la Ley N° 19.880 enumera una serie de órganos públicos respecto de los cuales es improcedente el recurso jerárquico. En este sentido, existe esta imposibilidad en contra de actos del Presidente de la República, los Ministros de Estado, los alcaldes y los jefes superiores de servicios públicos descentralizados, por cuanto no existe una jerarquía plena en los casos mencionados, sea por la exclusiva confianza presidencial, sea por la existencia de una descentralización territorial o funcional que rompe la relación de jerarquía administrativa.

Al respecto, la jurisprudencia contralora ha sido categórica al señalar que no procede el recurso jerárquico cada vez que el legislador acude a la técnica de la desconcentración, radicando todo un sector de materias dentro de la órbita exclusiva de un órgano administrativo distinto del superior del servicio de que se trate⁴⁰, agotando el recurso de reposición la vía administrativa.

3. Objeto y ámbito de competencia del control administrativo

Tal como lo hemos señalado, en ambos recursos la Administración tiene un deber de pronunciarse en forma favorable o desfavorable a los intereses del particular impugnante⁴¹. Sin embargo, una pregunta legítima es, ¿cuál es el ámbito de control que puede hacer tanto el órgano recurrido o, en su caso, el superior jerárquico, cuando conocen de un recurso de reposición, conjunta o separadamente con un recurso jerárquico?

A nuestro juicio, la clave del alcance del control que tiene la autoridad recurrida se encuentra, por una parte, en el inciso final del artículo 59 de la Ley N° 19.880, que dispone que se podrá modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado, ejerciendo un control de legalidad, sobre los vicios sustantivos o procedimentales del acto administrativo⁴². Por otra parte,

⁴⁰ Contraloría General de la República. Dictamen N° 44.314 (2007) y Dictamen N° 47.491 (2005).

⁴¹ Dictamen N° 59.871 (2014).

⁴² Al respecto, el artículo 123 bis Código Tributario dispone que el control tiene por objetivo "corregir de oficio o a petición de parte los vicios o errores manifiestos en que haya incurrido el acto impugnado".

el artículo 11 de la Ley N° 18.575, también extiende el control a los aspectos de eficiencia y eficacia de los fines y objetivos y a la legalidad y oportunidad de las actuaciones recurrida.

Así, la autoridad puede revisar el régimen de vicios sustantivos del acto administrativo, esto es, “aquéllos producen un quiebre del derecho sustantivo, o de algunos de los elementos esenciales del acto administrativo, como los motivos, el objeto o la finalidad de acto administrativo”⁴³. Y también alcanza a los vicios formales, que la ley les denomina vicios de forma (artículo 13), o vicios del procedimiento (artículo 56), o defectos de tramitación (artículo 10), o faltas (artículo 31). Incluso, según la doctrina puede abrir un término probatorio para acreditar la existencia de los vicios reclamados⁴⁴. Al respecto, Pierry señalaba que, en el procedimiento de revisión, “se debe contemplar un trámite de audiencia, tanto para que el recurrente pueda hacer valer nuevos argumentos o documentos no previstos en la dictación del acto recurrido, como para las terceras personas interesadas, atendida la gravedad e importancia que puede derivar para los administrados de la revocación o modificación del acto recurrido”⁴⁵.

También podrán revisarse “los aspectos de méritos, oportunidad o conveniencia que la autoridad emisora del acto no haya observado”⁴⁶, agregando Soto Kloss que es útil precisar que la oportunidad difiere conceptualmente de la conveniencia de la decisión, a pesar que suele usarse en el lenguaje corriente merito, oportunidad y conveniencia como términos sinónimos; “la conveniencia dice referencia no al cuándo sino al qué, es decir, con la adecuación de medio a fin que ha de tener la decisión adoptada por la autoridad en relación con la plena, eficiente y concreta satisfacción de la necesidad pública específica puesta bajo su competencia por la ley para resolverla”⁴⁷.

4. Prohibición de la *reformatio in peius*

La prohibición de la reforma en perjuicio es una figura que en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, el tribunal de alzada solo puede pronunciarse dentro de los límites del agravio delimitado por la parte, no pudiendo favorecerlo o perjudicarlo más allá de lo pedido, salvo que medie impugnación contraria, ya autónomamente o por vía de la adhesión a la apelación.

Así, sostiene De La Rúa que “el no agravamiento de la situación obtenida por el recurrente, que garantiza la prohibición, es consecuencia del objeto defensivo del recurso, ya que de lo contrario se privaría al recurso de su finalidad específica, esto es, de obtener una ventaja o un resultado más favora-

⁴³ VERGARA 2013, 276.

⁴⁴ Cfr. en este punto, AGUIRREZABAL Y FLORES 2021, 13.

⁴⁵ PIERRY 1980, 246.

⁴⁶ FERRADA BÓRQUEZ 2011, 254.

⁴⁷ SOTO KLOSS 1988, 126. Véase, GUY 1968, 62.

ble del proceso"⁴⁸. A su vez, es una consecuencia del principio de congruencia procesal, según el cual "la sentencia debe limitarse a las pretensiones que forman el objeto del proceso, que tiene en segunda instancia manifestaciones más específicas, más limitantes y rigurosas, ya que esta instancia tiene un objeto propio, que son las pretensiones impugnativas de los recurrentes, y la voluntad de éstos limita o condiciona más al juez del recurso"⁴⁹.

En similar sentido, Clariá Olmedo, señala que la prohibición de la *reformatio in peius*, "es corolario de la limitación del objeto del recurso a los agravios expresados, y tiene como fundamento la evitación de restringir con riesgos la facultad de poner en acto una impugnación"⁵⁰. Para Palacio, la prohibición posee "un inequívoco fundamento constitucional, ya que impide el empeoramiento de una situación jurídica frente a un recurso que la ley concede, precisamente, para asegurar su eventual mejora y asegura la estabilidad de las resoluciones judiciales que en los aspectos no impugnados configuran un derecho adquirido para la parte a quien benefician"⁵¹.

La ley N° 19880 ha recogido esta prohibición en el inciso 3° del artículo 41, cuando establece que "en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución deberá ajustarse a las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si fuere procedente".

De esta manera, y según lo dispone el citado artículo, el superior jerárquico no puede empeorar la situación del administrado que recurre en contra de la resolución administrativa sancionadora, por considerar que se trata de un procedimiento único con diversas instancias.

El principal problema se ha planteado en los procedimientos administrativos que son iniciados de oficio por la Administración, ya que, en este supuesto, la jurisprudencia administrativa y judicial ha sido cambiante en cuanto al criterio de admisibilidad de la prohibición de la reforma en perjuicio.

Así, la Contraloría ha señalado que "en lo concerniente a la alegación de *reformatio in peius*, esto es, que la resolución exenta N° 69-2015/341-2018, de 17 de agosto de 2018, de la Subdirección Operativa, ha causado un mayor gravamen a la reclamante, se debe señalar que el principio en comento no resulta aplicable al presente caso, ya que su reconocimiento positivo en sede administrativa responde a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 41 de la ley N° 19.880, el cual preceptúa que "en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución deberá ajustarse a las peticiones formuladas por este, sin que en ningún caso pueda agravar su situación

⁴⁸ DE LA RÚA 1991, 214.

⁴⁹ DE LA RÚA 1991, 214.

⁵⁰ CLARIÁ OLMEDO 1983, 304.

⁵¹ PALACIO 1998, 34.

inicial”, hipótesis que no resulta aplicable al procedimiento disciplinario de la especie, el cual no se originó a solicitud del interesado⁵².

En sede judicial se ha suscitado la misma controversia, aunque nuestra Corte Suprema en los últimos años ha mantenido el criterio de la plena aplicación de esta prohibición, independientemente de cómo se haya iniciado el procedimiento, ya que lo que fija la competencia del superior jerárquico es la reclamación del administrado⁵⁸.

De esta manera, ha señalado que “es indudable que la determinación de la competencia otorgada a la Superintendencia de Educación para el conocimiento del asunto, se encuentra restringida en su pronunciamiento a lo planteado por la reclamante en su respectivo reclamo, lo que significa que puede conocer de todo aquello que es solicitado en el recurso, sin que pueda, en consecuencia, reformar la sentencia en perjuicio de una parte si ello no ha sido pedido en el arbitrio de alguna de las partes, principio conocido como prohibición de la *“reformatio in peius”*, agregando que la competencia de la Superintendencia surge “a solicitud del infractor con motivo de las sanciones aplicadas en su contra por la autoridad regional, razón por la cual la resolución de la Superintendencia debe ajustarse a las peticiones formuladas por el afectado con la sanción administrativa”⁵³.

La Corte de Apelaciones de Concepción se ha pronunciado en este mismo sentido, cuando en sentencia de fecha 12 de octubre de 2018, dictada en la causa rol N° 31-2018, ha señalado que “el aumentar la sanción aplicada, sin que exista un nuevo proceso de fiscalización que le sirva de fundamento, transforma tal decisión en contraria a los principios formativos de todo proceso, siendo ajena a la normativa legal y esencialmente arbitraria. Máxime cuando conforme al artículo 41 inciso 3° de la Ley N° 19.880, siendo el reclamo administrativo que sirvió de fundamento al aumento de la multa impuesta, un procedimiento tramitado precisamente a solicitud del interesado, incoado conforme al artículo 84 de la ley 20.529, no cabía proceder al aumento de la multa, sobre todo si –como se señaló– ello no obedece al mérito de una nueva fiscalización llevada a cabo conforme a la normativa legal y re-

⁵² Este dictamen de Contraloría General de la República hace aplicable a su vez los dictámenes N° 86615 (2016); N° 61543 (2014); N° 26496 (2015); N° 92126 (2015); N° 89628 (2016); N° 75773 (2016); N° 77465 (2011); N° 52478 (2013); N° 83814 (2014); que se pronuncian en el mismo sentido de limitar la prohibición de la *reformatio in peius* a procedimientos administrativos iniciados por el administrado.

⁵³ Sociedad Educacional Araos Limitada con Superintendencia De Educación Región Metropolitana De Santiago (2019). En este mismo sentido, sentencias dictadas en las causas rol N° 13.325 y 23.097, ambas de 2019, en que se señala que “la fase de reclamación en contra de un acto administrativo no forma parte del procedimiento administrativo inicial, de ahí que no resulta exacto sostener que en los procedimientos sancionatorios (que se inician de oficio o por denuncia), no tiene aplicación el principio de la *reformatio in peius*. Es indudable que la competencia otorgada por la Ley N° 20.529 a la Superintendencia de Educación para el conocimiento de un asunto se encuentra restringida a lo planteado por la reclamante en su respectivo reclamo, sin que esté habilitada para reformar la sentencia en perjuicio de una parte si ello no ha sido pedido en el arbitrio de alguna de ellas”.

glamentaria, en que los involucrados hayan podido plantear sus alegaciones y probar sus pretensiones o derechos, sino solo en base a la misma reclamación administrativa de la afectada, tratándose así de un caso de *Reformatio in Peius*, no previsto por el legislador”⁵⁴.

La reciente jurisprudencia de nuestros tribunales superiores no hace más que confirmar que la prohibición de la *reformatio in peius* es una garantía del debido proceso en todos los ámbitos, que de otra manera se tornaría inoperante, constituyendo un límite al ejercicio de la potestad administrativa⁵⁵.

III. Armonización de la instancia administrativa y jurisdiccional

Tal como plantea Ferrada, el artículo 54 de la Ley N° 19.880 establece, aparentemente, la regla general en esta materia otorga a los particulares un derecho de opción para utilizar a su arbitrio los procedimientos o los procesos administrativos de impugnación. Afirma, que el ordenamiento jurídico nacional “no exige un orden de prelación entre los procedimientos y procesos administrativos de impugnación, ni aún el paso previo por los primeros para llegar a los segundos, sino que otorga a los administrados el derecho de elegir la vía de impugnación específica en cada caso”⁵⁶.

En el mismo sentido se pronuncia Camacho para quien no es exigible, como regla general, “el agotamiento de la vía administrativa previo a accionar ante los tribunales, puesto que los recursos administrativos proceden, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar. Por lo que, en el sistema chileno, es posible no ejercer ese derecho y recurrir directamente ante los tribunales, situación que en absoluto es extraña en la práctica ordinaria”⁵⁷, salvo la existencia de norma especial en contrario. También, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la posibilidad de elegir entre las distintas vías de impugnación del acto administrativo, esto es, la vía administrativa o la vía jurisdiccional, constituye una de las ventajas que el legislador le ofrece al administrado⁵⁸.

⁵⁴ Ilustre Municipalidad de Talcahuano con Superintendencia de Educación (2018). En sentido contrario, sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de fecha 28 de octubre de 2016, dictada en los autos rol número 21-2016, en que señala que “la prohibición a que se hizo referencia, solo rige y es procedente en los procedimientos administrativos que se originan a requerimiento del afectado, que no es el caso de autos, puesto que el proceso administrativo correspondiente fue incoado de oficio por la autoridad fiscalizadora y en el marco de un programa específico de fiscalización...”.

⁵⁵ Criterio que además confirma nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia Rol N° 2625-2014, pronunciada en requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rolf Foitzick Martel, respecto del inciso tercero del artículo 22 de la Ley N° 18.96; cuando señala que “la prohibición de la reforma peyorativa o en perjuicio es un principio general del proceso, y un elemento integrante del derecho a la defensa y al debido proceso”.

⁵⁶ FERRADA 2011, 255.

⁵⁷ Cfr. CAMACHO 2021, 59.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en control preventivo Control de constitucionalidad del Proyecto de Ley que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras, Rol 2036-11, 2011.

Claramente, esta regla general y supletoria cede en aquellos casos en los cuales el legislador ha establecido la obligatoriedad de agotar la vía administrativa, como requisito indispensable para poder acudir a la vía judicial. En efecto, entre los casos de agotamiento forzoso de la vía administrativa, se encuentra el reclamo de ilegalidad municipal regulado en el artículo 151 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que exige como presupuesto procesal de la fase judicial, haber agotado la instancia de impugnación ante el Alcalde, sea por falta de pronunciamiento formal, sea porque ha operado el silencio negativo, o sea, porque la resolución que resuelve el recurso no se ha ajustado a los derechos o intereses del recurrente.

La misma idea, la encontramos en el artículo 24 de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, que le confiere el derecho al requirente para reclamar de la falta de entrega de información pública ante el Consejo para la Transparencia, sin que sea posible deducir reclamación de ilegalidad directamente ante la Corte de Apelaciones respectiva.

También, el agotamiento forzoso de la vía administrativa, se encuentran en los contenciosos administrativos especiales en contra de los actos o resoluciones emitidas por las Superintendencias, que exigen la interposición de un recurso de reposición en contra de la resolución, y solo una vez, resuelto el recurso de reposición u operado el silencio negativo, procede la reclamación de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones respectiva. Lo anterior, se puede apreciar en el artículo 113 del DFL N° 1, de 2006 del Ministerio de Salud, respecto de la Superintendencia de Salud, en el artículo 69 del DL N° 3.538 que contiene la ley orgánica de la Comisión para el Mercado Financiero, artículo 18 y 19 de la Ley N° 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, entre otras normas.

1. Elección de la vía recursiva administrativa

a) *Agotamiento de la vía administrativa*

Una vez, elegida la vía administrativa como instancia de control del acto, no puede el mismo reclamante interesado deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada. De esta forma, el primer efecto que genera la elección de la vía administrativa recursiva es la obligación de agotar y esperar el pronunciamiento formal o que opere el silencio negativo, originándose, según la Corte Suprema para el interesado "un impedimento para el ejercicio de las acciones judiciales que correspondan"⁵⁹.

También, se considera como parte de la instancia administrativa la posibilidad que ostenta el particular, de conformidad, con los artículos 6, 9 y 19 de la Ley N° 10.336, de solicitar la emisión de un dictamen. Así lo ha resuelto la Contraloría al señalar que el artículo 54 de la Ley N° 19.880, otorga un

⁵⁹ Corporación Nacional del Cobre de Chile, Codelco Chile con Dirección Regional de Aguas, Región de Antofagasta (2014).

derecho de opción a utilizar los medios de impugnación que se consideren adecuados frente a los actos administrativos, unos de índole administrativa y otros de carácter jurisdiccional, los que coexisten y se encuentran a disposición de los interesados, correspondiéndoles a ellos la elección del que estimen más idóneo para su defensa, por lo cual, el interesado que requirió el pronunciamiento impugnado optó por la vía administrativa al recurrir ante esta Institución de Control⁶⁰.

Por otro lado, sobre la obligatoriedad de agotar la vía administrativa, cuando en paralelo se ejerce la acción constitucional de protección, la Corte Suprema ha señalado que no se aplica el artículo 54 de la Ley N° 19.880 al Recurso de Protección, de modo que los jueces no pueden rechazar la acción exigiendo agotar la vía administrativa⁶¹.

b) Interrupción de los plazos para accionar judicialmente

Un segundo efecto derivado de la elección de la vía administrativa como camino primario para controlar el acto, consiste en la interrupción del plazo para ejercer la acción jurisdiccional que corresponda. Respecto de este precepto, podemos hacer dos precisiones relevantes, en primer lugar, consiste en aclarar la forma de cómputo del plazo judicial pendiente mientras se tramita el recurso administrativo, y en segundo, lugar si la interrupción de los plazos se aplica a cualquier tipo de acción jurisdiccional.

Respecto del primer tópico, surge la interrogante de determinar si el plazo para accionar judicialmente se computa en forma íntegra desde la notificación del acto administrativo impugnado administrativamente, o en forma parcial -remanente- desde la resolución del recurso administrativo o desde que opera el silencio negativo. Si bien, la norma nada señala al respecto, por razones de garantizar el derecho al recurso, como un elemento de un racional y justo procedimiento, consideramos que el plazo se debe computar en forma íntegra una vez resuelto el recurso administrativo⁶². Así, la jurisprudencia ha señalado que, terminada la suspensión del plazo, este volverá nuevamente a transcurrir desde la fecha en que se notifique la resolución que decide el recurso administrativo⁶³.

En cuanto a la segunda materia, esto es, si el artículo 54 de la Ley N° 19.880 se aplica a todas las acciones contenciosos administrativas, sobre todo, a la acción constitucional de protección. La discusión se ha centrado en

⁶⁰ Contraloría General de la República. Dictamen N° 82.297 (2014) y N° 18.276(2019).

⁶¹ Marambio con Isapre Banmédica S. A. (2020).

⁶² Al respecto, el artículo 42 Ley N° 20.551, dispone que *“La reclamación administrativa interrumpirá el plazo para ejercer la acción judicial a que se refiere el artículo siguiente. Una vez que se notifique el acto que resuelva dicha reclamación administrativa el plazo volverá a contarse íntegramente, de acuerdo al artículo 54 de la ley N° 19.880”*.

⁶³ Myriam Dote Cofré con Ilustre Municipalidad De La Pintana (2020). M.A.H., abogado, Director de Asesoría Jurídica, en representación de Ilustre Municipalidad de Ñuñoa con Contraloría General de la República (2012).

determinar, si el artículo 54 y la interrupción del plazo para impugnar se aplica al recurso de protección, por cuanto el artículo 20 de la Carta Fundamental y el auto acordado sobre tramitación del recurso de protección, disponen que el plazo es de días corridos, que se contabilizan desde el día que se ha tomado conocimiento de la acción u omisión arbitraria o ilegal y, no desde que se resuelve el recurso administrativo deducido por el interesado.

Esta discusión ha transitado por dos momentos jurisprudenciales muy marcados. En un primer momento, se sostuvo que el plazo para interponer el recurso de protección se cuenta desde el día que el afectado tomó conocimiento del acto que le agravia, por lo tanto, es extemporáneo deducirlo después de resueltos los recursos administrativos⁶⁴. Bajo esta interpretación, el artículo 54 de la Ley N° 19.880, no era aplicable al recurso de protección, tanto por un tema de plazo, así como por la diferencia jerárquica entre las distintas normas, es decir, el artículo 54 siendo una norma de legal ordinaria no puede condicionar ni restringir el recurso de protección de carácter constitucional.

En un segundo momento, con una visión más garantista se ha considerado que el artículo 54 de la Ley N° 19.880 es plenamente compatible con el recurso de protección, por cuanto solo a partir de la notificación de la resolución que deniega la reposición o el recurso jerárquico se debe contabilizarse el plazo para interponer el recurso de protección, pues desde ese momento nace el hecho cierto que la autoridad respectiva ha denegado definitivamente su solicitud⁶⁵.

c) Imposibilidad de acudir a la instancia judicial con la misma pretensión

Una materia relevante en la relación entre la interposición de recursos administrativos y acciones judiciales, estriba en determinar la pretensión que corresponde ser ventilada en una u otra instancia. Al respecto, el artículo 54 de la Ley N° 19.880, es claro al establecer que, interpuesto un recurso administrativo, como forma primaria de revisión del acto administrativo, no podrá el mismo interesado deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada.

Una interrogante que emerge de esta norma es precisar que se entiende por "pretensión" para la sede administrativa y para la instancia judicial, a fin determinar en qué casos existe duplicidad e identidad de reclamaciones y, en qué casos pueden convivir ambas instancias al mismo tiempo, sin que existan decisiones contradictorias.

Al respecto, Guasp considera que la pretensión procesal "es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdic-

⁶⁴ Acción cautelar dirigida en contra del Director de Obras Municipales de la I. Municipalidad de Providencia (2006).

⁶⁵ A.A.L. con COMPIN Concepción (2013): Caltec Spa Con Secretaría Regional Ministerial de Salud de Región de Antofagasta (2018)

cional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración”⁶⁶. Añade que la pretensión es una “declaración petitoria” que contiene el derecho reclamado y a través de ella “se expone lo que el sujeto quiere”⁶⁷.

Para Lino Palacio, la pretensión es el acto en cuya virtud se reclama ante un órgano jurisdiccional y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación. Dicho acto suministra, precisamente, la materia alrededor de la cual el proceso se inicia, desarrolla y se extingue”⁶⁸.

Sin embargo, la pretensión procesal administrativa tiene ciertas características que la distinguen de las demás pretensiones procesales. En ese sentido, la pretensión procesal administrativa es aquella que deduce un administrado frente a la administración pública⁶⁹.

Mediante la pretensión procesal administrativa se reacciona ante una actividad de la administración pública sujeta al Derecho Administrativo o ante una actuación material a la que le faltaría la cobertura de un acto sujeto al derecho administrativo. Atendiendo a ello, cabe anotar que también la actuación que se le pide al órgano jurisdiccional a través de la pretensión está fundada en Derecho Administrativo, en palabras de González Pérez⁷⁰.

En ese sentido, la pretensión procesal administrativa es una declaración de voluntad que se plantea ante un órgano jurisdiccional efectuando una petición concreta contra una actuación presuntamente irregular, regulada por el derecho administrativo. Se formula con el propósito que se ampare la postura del administrado en relación con la controversia con la administración pública. En torno a esta declaración petitoria gira el desarrollo de todo el proceso, razón por la cual la pretensión es el objeto del proceso contencioso administrativo⁷¹.

De conformidad con el artículo 59 de la Ley N° 19.880, las pretensiones que se pueden ventilar en instancia administrativa son tanto de legalidad como de mérito, oportunidad o conveniencia, por lo tanto, la autoridad administrativa que conoce del recurso podrá modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado. Como se puede apreciar, la competencia y, por ende, la pretensión del recurrente puede abordar tanto la legalidad interna (motivos) o externa del acto (competencia) o buscar el control sobre la oportunidad (temporalidad), el mérito (idoneidad) o conveniencia del acto impugnado.

⁶⁶ GUASP 1998, 206.

⁶⁷ GUASP 1998, 206.

⁶⁸ DEVIS ECHANDÍA 1966, 216.

⁶⁹ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ 2001, 211 y 212.

⁷⁰ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ 2001, 213.

⁷¹ Estas solicitudes en el caso del proceso contencioso administrativo pueden recaer por ejemplo sobre la declaración de nulidad o ineficacia de un acto administrativo, el reconocimiento o restablecimiento de un derecho, la declaración de contraria a derecho y el cese de actuaciones materiales ilegítimas, la realización de una actuación debida o el otorgamiento de una indemnización.

Al respecto, en el caso que el recurrente interesado deduzca la acción constitucional de protección para los efectos de controlar el acto administrativo, "la pretensión es restablecer el imperio del derecho y dar la debida protección al afectado respecto de derechos indubitados en forma cautelar y transitoria, más no indemnizatoria"⁷².

A su vez, si el interesado recurrente en contra del acto administrativo deduce acciones judiciales ordinarias, para los efectos de determinar la pretensión que debe ser objeto del juicio, es necesario tener presente la distinción que tanto la doctrina⁷³ como la jurisprudencia de la Corte Suprema ha configurado respecto del tipo de acciones que existirían en nuestro ordenamiento jurídico, a saber, de nulidad y de plena jurisdicción, en que "las primeras pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés en ello, presentan la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efecto "erga omnes" y requieren de una ley expresa que las consagre. En cambio, las segundas presentan la característica de ser declarativas de derechos, perteneciendo a esta clase aquélla en que la nulidad del acto administrativo se persigue con el propósito de obtener la declaración de un derecho a favor del demandante y la indemnización de perjuicios, en lo específico. Estas acciones declarativas de derechos y de contenido patrimonial, producen efectos relativos, limitados, al juicio en que se pronuncia la nulidad"⁷⁴.

d) Congruencia y condicionamiento de la pretensión en sede judicial. El problema de la desviación procesal

Se ha conceptualizado como una prohibición "en virtud de la cual el impugnante no puede introducir en sede judicial pretensiones o vicios de legalidad diferentes a las que haya hecho valer en sede administrativa"⁷⁵.

Siguiendo a Hunter⁷⁶, quien hace referencia al debate sobre la admisibilidad de la desviación procesal en la legislación contencioso administrativa española, se han postulado dos criterios en torno a esta figura. Una, entendía que el acto administrativo previo era un requisito o presupuesto procesal que debía existir necesariamente para poder desarrollar un proceso, y que, sin el acto administrativo previo, no había posibilidades de revisión jurisdiccional⁷⁷, pero que ello no limita de modo alguna las facultades del órgano judicial. Agrega el autor que "la clave de esta tesis es muy simple: el objeto del contencioso es la pretensión, y el acto es solo un presupuesto procesal que no marca los límites ni el contenido del contencioso de revisión"⁷⁸.

⁷² FERRADA et al. 2003, 80.

⁷³ PIERRY 1979, 161-174.

⁷⁴ Eyzaguirre Cid con Fisco (2006).

⁷⁵ HUNTER 2021, 272.

⁷⁶ Cfr. HUNTER 2014, 204.

⁷⁷ GARCÍA PÉREZ 1998, 49; CORDERO 2013, 155.

⁷⁸ HUNTER 2014, 204.

La segunda postura considera que el acto administrativo no es solamente un presupuesto procesal, sino que actúa como limitación a las pretensiones que se admiten en sede judicial, ya que la Administración debe tener la oportunidad de pronunciarse sobre todos los aspectos de la reclamación judicial, para que exista propiamente una actuación de revisión.

Se trata por lo tanto de un fenómeno que se produce cuando se altera el objeto del recurso o cuando no existe correlación entre lo pedido en vía administrativa y lo reclamado en sede judicial, es decir, cuando la parte recurrente dirige su pretensión contra un acto administrativo que no constituye el objeto del recurso de que se trate o cuando se introduce en el procedimiento contencioso-administrativo una pretensión nueva que no fue planteada en vía administrativa, privando a la Administración demandada de su conocimiento y de la posibilidad de acogerla o denegarla.

En este sentido, las pretensiones formuladas por el recurrente en vía administrativa delimitan el contenido de la vía jurisdiccional, de modo que, se incurre en desviación procesal, cuando se ejercitan en vía jurisdiccional pretensiones que no fueron objeto de la resolución administrativa impugnada y sobre las que la Administración demandada no ha tenido la posibilidad de pronunciarse⁷⁹. Lo anterior no impediría plantear nuevos argumentos jurídicos que fundamenten lo pretendido.

El deber de congruencia es compatible con la utilización por el órgano judicial del principio tradicional del cambio de punto de vista jurídico expresado en el aforismo *iura novit curia*, pero no legitima en ningún caso para variar sustancialmente la causa *petendi*⁸⁰.

⁷⁹ En legislaciones como la española, se ha discutido incluso si la desviación procesal es causal de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo. Si bien el artículo 69 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no contempla expresamente la desviación procesal como causa de inadmisión del recurso, la jurisprudencia viene amparando esta figura, considerando que encajaría en la causa prevista en la letra c) del referido precepto, según el cual se declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones cuando “tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación”.

⁸⁰ El criterio de la jurisprudencia en este sentido fue puesto de manifiesto en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de octubre de 2001, rol N° 5621-1999, en que se señala: “el principio dispositivo [...] somete al tribunal a las materias que forman parte del debate, de manera que se vea impedido de tomar la iniciativa respecto de otros temas [diferentes] de aquellos que conforman la *causa petendi* y el *petitum*. Lo anterior no excluye la plena vigencia de aquel otro principio, conocido como *iura novit curia*, según el cual el basamento jurídico de la decisión queda radicado en el tribunal, el que es libre para fundamentar en derecho (Considerando noveno)”. Siguiendo a HUNTER 2010, 202, la jurisprudencia ha establecido que los jueces, en uso de sus facultades discrecionales, pueden corregir el error en la cita de normas legales, suplir la falta de una cita legal, complementar y separarse de la argumentación de las partes o bien para determinar la procedencia de las acciones y excepciones, siempre que lo pedido se mantenga inalterable. En este sentido, agrega que “si el actor califica jurídicamente su pretensión como de error esencial estimando que existe un vicio del consentimiento y solicita la nulidad de un contrato, no puede el juez estimar que esos mismos hechos determinan la existencia de un incumplimiento de contrato y resolverlo”. De esta manera, “la intangibilidad de la petición (respeto por el *petitum* utilizando los términos de la sentencia) como manifestación del principio

Si los hechos son afirmaciones de las partes sobre sucesos ocurridos, entonces el objeto del proceso se constituye con las afirmaciones que sobre esos sucesos manifiestan el actor y el demandado para sustentar sus respectivas alegaciones, sin perjuicio de la calificación jurídica que el juez puede efectuar de la situación de hecho planteada por las partes, encontrando un límite en la afectación de la garantía de defensa en juicio y en el principio de la congruencia procesal, que a juicio de Colombo, se traspasa cuando la aplicación del principio *iura novit curia* altere sustancialmente el contenido del contradictorio, y la calificación jurídica deje a las partes en la indefensión⁸¹.

El juez es el único dotado de la facultad específica de administrar justicia interpretando y aplicando la norma para resolver los conflictos de los particulares, sin transgredir, ignorar o modificar lo pedido, en virtud de su vinculación directa con el requisito de congruencia que deben cumplir las sentencias judiciales, consistente en la identidad entre lo que el juez resuelve y la pretensión y defensa del actor y del demandado⁸².

Hunter⁸³ considera que, en cuanto a los hechos, no hay duda que la jurisdicción puede controlar si éstos se han establecido de manera correcta. Sin embargo, el impugnante no puede introducir en sede judicial hechos diferentes a los promovidos en sede administrativa y que modifiquen o alteren la causa de pedir. Por el contrario, nada impide que pueda introducir hechos nuevos de carácter secundarios, esto es, aquellos que no identifican la pretensión y que sirven como argumento para determinar un hecho principal. De igual forma, tratándose de los hechos nuevos o de nueva noticia, no incorporados en la etapa administrativa, estos pueden esgrimirse en sede judicial siempre y cuando reúnan las condiciones de la Ley N° 1.552 (1902, art. 321 y 322)⁸⁴.

Nuestra jurisprudencia reiteradamente ha reconocido la necesidad de la existencia de vinculación entre las pretensiones que se deducen en sede administrativa y en sede judicial.

En sentencia de fecha 9 de octubre de 2018, dictada en los autos Rol N° 42.004-2017 caratulados "Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga con Superintendencia del Medio Ambiente", la Corte Suprema señalaba que existe un efecto condicionante entre estas pretensiones, y que

dispositivo, si provoca un efecto delimitador de los materiales jurídicos que se pueden utilizar para conceder la tutela pedida".

⁸¹ Vid. COLOMBO 1997, 446, quien agrega que, más allá de la atribución que el juez pudiere tener al respecto, la designación del derecho es un requisito de la demanda y así lo reconoce nuestra legislación en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

⁸² Ello sin perjuicio de lo ya señalado a propósito del principio *iura novit curia* y la amplitud que posee el órgano jurisdiccional al momento de aplicar la norma jurídica.

⁸³ Cfr. HUNTER 2014, 205.

⁸⁴ Cfr. HUNTER 2014, 205. De igual forma, el tribunal (Corte de Apelaciones) debe ejercer un control de oficio de ciertos aspectos de la reclamación, por más que aquellos no hayan sido materia de la controversia en sede administrativa; tales son el control de los presupuestos procesales, la naturaleza del acto impugnado (verificar si es susceptible de ser impugnado) y la determinación de si existen vicios de orden público.

“en virtud de dicho efecto, si ha sido escogida la vía administrativa por el administrado, o bien, se ha visto forzado a la misma por así disponerlo el ordenamiento jurídico, no se podrán esgrimir ante el órgano jurisdiccional otras pretensiones diversas a las deducidas en el recurso administrativo previamente intentado”.

Agrega nuestro máximo Tribunal que siguiendo el criterio establecido en el artículo 54 de la Ley N° 19.880, el legislador razona sobre la base de la identidad de pretensiones, lo que supone el efecto condicionante de las mismas, cuestión que justifica el régimen de los recursos administrativos, agregando que “si se quiere ver lo que subyace a la existencia de estos medios de impugnación, se concluirá que ellos encuentran sentido y lógica en la medida que lo debatido ante la Administración guarde identidad con lo que se debatirá ante el órgano jurisdiccional”⁸⁵.

De esta manera “es solo mediante la debida congruencia entre las pretensiones intentadas en sede administrativa y jurisdiccional, que la actividad de todos los intervinientes se encuentra justificada y es útil a la finalidad de los procedimientos de revisión”⁸⁶.

En este mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema en sentencia de fecha 23 de agosto de 2019, dictada en la causa rol N° 13774-2019, caratulados “Gallegos Jara Carlos con Municipalidad de Providencia”, en donde señala que “es necesario dejar establecido que uno de los principios formativos del proceso es el de la congruencia, que, en la especie, se traduce en la obligación en la coherencia que debe existir en la línea argumentativa que se exponga entre el reclamo que se efectúa ante el Alcalde, el que se presenta ante el órgano jurisdiccional y el informe del municipio, desde que el eje sobre el cual se erige cada uno de ellos, tiene como única base, la decisión de la municipalidad que es impugnada, la que, por tanto, debe contener cada una de las razones y motivos que se tuvieron en consideración para adoptarla, de forma tal, de permitirle a las partes y, luego al órgano jurisdiccional elaborar, respectivamente, sus teorías del caso y sobre éstas decidir, si aquella se ajustó a derecho”⁸⁷.

2. La elección de la vía judicial y el principio de plenitud jurisdiccional

También, el artículo 54 de la Ley N° 19.880, le ofrece la posibilidad al interesado de deducir acciones jurisdiccionales en contra del acto administrativo, generando el efecto de inhibir a la Administración del Estado de conocer cualquier reclamación que se interponga sobre la misma pretensión. Lo an-

⁸⁵ La misma clasificación efectúa HUNTER 2021, 299, en que identifica tres supuestos en que se entiende que existen diferencias entre la reclamación administrativa y judicial.

⁸⁶ Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga con Superintendencia del Medio Ambiente (2018). C. 5.

⁸⁷ Gallegos Jara Carlos con Municipalidad de Providencia (2019), C.10. En este mismo sentido, se pronunció la Corte Suprema en sentencia de 15 de enero de 2018, en los autos caratulados Pacheco y otros con Ministerio de Medio Ambiente, rol 258-2017.

terior, “es una manifestación del principio de plenitud jurisdiccional y de la separación de poderes, así como una garantía de sujeción a la tutela judicial por parte de la Administración del Estado”, como manifiesta Osorio⁸⁸.

Una norma similar, se encuentra en el artículo 6º inciso tercero de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República regula una inhabilidad señalando 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 (...)”. De la lectura de este precepto se desprende que la Contraloría no puede intervenir ni informar los asuntos en dos supuestos, en primer lugar, en asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, y, en segundo lugar, en asuntos que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

Del tenor de la norma citada, es posible advertir que el principio de no intervención que consagra, tiene por objeto evitar que la Contraloría General de la República pueda avocarse a conocer materias entregadas al conocimiento del Poder Judicial, a fin de garantizar la competencia exclusiva y excluyente que la Carta Fundamental le ha conferido a ese Poder del Estado⁸⁹.

Así, la Contraloría ha señalado que para los efectos de establecer la posibilidad de pronunciarse acerca de una determinada materia, no resulta relevante la naturaleza del procedimiento jurisdiccional de que se trate y la sentencia, en la medida, que lo sometido al conocimiento de los Tribunales de Justicia o lo que, en su caso, se resuelva, incida sustancialmente en la materia respecto de la cual se requiere un pronunciamiento de la Contraloría General⁹⁰.

La jurisprudencia administrativa ha entendido que no existe una definición concreta de asuntos que por su naturaleza sean de carácter litigioso, y es preciso efectuar una revisión casuística para extraer criterios prácticos sobre el límite de la potestad de la Contraloría. Se considera un asunto de naturaleza litigiosa la problemática suscitada entre dos empresas que incide en las relaciones contractuales que existen entre ambas, producto de la aplicación de un acto administrativo⁹¹. A su vez, constituye un asunto de naturaleza litigiosa “(...) la responsabilidad por daños, que necesariamente conduce a fijar una eventual indemnización de perjuicios (...)”⁹². También, se considera un asunto de naturaleza litigiosa “(...) si el asunto que se plantea incide en la interpretación de un contrato y sus obligaciones, y en una controversia acerca de los hechos que configurarían el incumplimiento del mismo”⁹³.

⁸⁸ OSORIO Y VILCHES 2020, 372.

⁸⁹ Dictamen N° 52.784 (2009).

⁹⁰ Dictamen N° 63.541 (2009).

⁹¹ Dictamen N° 56.414 (2014).

⁹² Dictamen N° 82.692 (2013) y Dictamen N° 101.586 (2014).

⁹³ La Contraloría General de la República desde el Dictamen N° 30.390 (1989), ha venido sosteniendo sistemáticamente que la interpretación de disposiciones contractuales o el cumplimiento

En otro orden de ideas, la Contraloría General de la República ha señalado que para que surja la obligación de la autoridad de inhibirse de resolver, es indispensable que el interesado, junto a la interposición de su recurso administrativo, haya ejercido una acción jurisdiccional⁹⁴ con la misma pretensión⁹⁵.

Aclarado lo anterior, es común que existan controversias sobre qué instancia ostenta una mayor primacía, si la de revisión administrativa o la vía judicial de control de las actuaciones administrativas. Al respecto, la jurisprudencia judicial se ha inclinado por establecer que es la instancia jurisdiccional aquellas que radica e inhibe a la Administración del Estado, impidiendo que los órganos públicos, puedan ejercer potestades de contrario imperio (invalidez, revocación o caducidad) mientras exista una acción judicial vigente.

La Corte Suprema ha señalado que, existiendo reclamo de ilegalidad pendiente, no puede la autoridad invalidar el acto administrativo objeto de la controversia. El deber de abstención del artículo 54 de la Ley 19880, también se aplica a la actuación de oficio de la administración⁹⁶. A su vez, ha señalado que si un acto está siendo revisado judicialmente, no procede que la autoridad administrativa pueda de oficio dejarlo sin efecto, sobre todo porque la finalidad del artículo 54 de la Ley N° 19.880 consiste en impedir la revisión de un mismo acto administrativo, de manera paralela, en sede judicial y administrativa, evitando, así, decisiones contradictorias o, según sea el caso, la afectación del principio de eficiencia que repugna a la adopción de idénticos remedios por órganos estatales diversos⁹⁷. Finalmente, en materia contractual, también ha declarado ilegal el cobro de una boleta de garantía estando pendiente la impugnación del acto que terminó el contrato⁹⁸.

Conclusiones

1. El procedimiento administrativo y contencioso administrativo chileno reconocen diversas instancias de revisión del acto administrativo. Nuestros tribunales han ido también abriendo paso a un reconocimiento amplio del derecho de impugnación.

2. Nuestra legislación reconoce dos sistemas recursivos diferenciados. Uno propiamente administrativo y otro jurisdiccional, al que el particular puede acceder libremente, luego de haber agotado, por regla general, la vía administrativa.

3. Es común que existan controversias sobre qué instancia ostenta una mayor primacía, si la de revisión administrativa o la vía judicial de control de

de obligaciones emanadas de un contrato quedan comprendido dentro de los denominados asuntos de naturaleza litigiosa. Dictamen N° 44.885 (2014) y Dictamen N° 96.251 (2015).

⁹⁴ Contraloría General de la República. Dictamen N° 89.403, de 13 de diciembre de 2016.

⁹⁵ Contraloría General de la República. Dictamen N° 22.511, de 15 de abril de 2013.

⁹⁶ Buzeta Novoa Paula Con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (Lte) (2021).

⁹⁷ Luz Parral S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2021).

⁹⁸ Concesiones Recoleta S.A. con Ilustre Municipalidad de Recoleta (2020).

las actuaciones administrativas. Al respecto, la jurisprudencia judicial se ha inclinado por establecer que es la instancia jurisdiccional aquellas que radica e inhibe a la Administración del Estado, impidiendo que los órganos públicos, puedan ejercer potestades de contrario imperio (invalidación, revocación o caducidad) mientras exista una acción judicial vigente.

4. Para conocer de los recursos administrativos, la autoridad posee la competencia para pronunciarse sobre cuestiones de carácter formal o sustantivo. Constituye también una garantía para el administrado, la prohibición de la *reformatio in peius*, a nivel administrativo y jurisdiccional.

5. Sin perjuicio de lo señalado en la conclusión anterior, al momento de conocer de un recurso jurisdiccional en contra de un acto administrativo, nuestros tribunales encuentran limitaciones importantes en la prohibición de la desviación procesal y en el principio de congruencia, que impiden en sede judicial la introducción de nuevas pretensiones que no hayan sido ya conocidas en sede administrativa.

Bibliografía citada

- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite; FLORES RIVAS, Juan (2021). La prueba como elemento esencial del debido procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (33), 5-32.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2017). La relación jurídica público-privada: iter conceptual, atributos y criterios. En E. SOTO KLOSS, (Ed.), *El Derecho Administrativo y la protección de las personas*. Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC, Ediciones UC, 1-16.
- ARÓSTICA MALDONADO, I. (1989). Impugnabilidad de los actos administrativos. *Revista Chilena de Derecho*, (16), 455-465.
- ASTORGA VALENZUELA, Camila (2016). *Los recursos administrativos*, Círculo Legal Editores.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General*, Thomson Reuters.
- BIELSA, Rafael (1957). *El Recurso Jerárquico*. Depalma.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel (2006). *El procedimiento administrativo chileno. Estudio analítico y sistemático de coherencia*. LexisNexis.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys (2021). Un examen con enfoque garantista de los recursos administrativos. *Revista de Derecho Público*, (94), 51-68.
- CASSAGNE, Juan (2017). *Derecho Administrativo*, Palestra Editores.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge (1983). *Derecho Procesal*. Depalma.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan (1997). *Los actos procesales*, Editorial Jurídica de Chile.
- CORDERO VEGA, L. (2013). Los dilemas tras los vicios de la Resolución de Calificación Ambiental. En J. FERRADA BÓRQUEZ (coord.), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno*. Thomson Reuters, 513-536.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters.
- DE LA RÚA, F. (1991). *Teoría General del Proceso*, Ediciones Depalma.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966). *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Aguilar.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan; 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 (Valdivia, XIV)*, 67-81.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan (2011). Los procesos administrativos en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho (Valdivia, XXXVI)*, 251-277.
- FLORES RIVAS, Juan (2016). La potestad revocatoria de los actos administrativos. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (1), 191-222.

- FLORES RIVAS, Juan (2017). La caducidad de los actos administrativos, *Revista de Derecho* (Valdivia, 2), 225-249.
- GARCÍA PÉREZ, Marta (1998). La regla de la inalterabilidad de la pretensión en el proceso contencioso-administrativo. Anuario da Facultade de Dereito da Universida da Coruña (2), 299-318
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001). Manual de Derecho Procesal Administrativo. Civitas.
- GUASP, Jaime (1998). *Derecho Procesal Civil*. Civitas.
- GUY, I. (1968). *La Procedure Admitlislstatif non Contelltieuse*. L.G.D.J.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2021). Desviación procesal en el contencioso-administrativo ambiental chileno. *Revista De Derecho Ambiental*, (16), 271-304.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2014). Reclamo de ilegalidad municipal en la jurisprudencia: caos interpretativo y criterios dudosos. *Revista de derecho* (Valdivia, 27), 191-215.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2010). Iura novit curia en la jurisprudencia civil chilena. *Revista de Derecho* (Valdivia, 23), 197-221.
- MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro; ODDO BEAS, Blanca (2003). Del recurso de reposición administrativo y su aplicación ante la ley especial (el caso de la legislación de telecomunicaciones), *Revista de Actualidad Jurídica*, (8), 273-291.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008). El derecho constitucional de petición y su insuficiente regulación legislativa, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 15, N° 2, 12-30.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1978). El principio de la autotutela administrativa como privilegio de la Administración Pública. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2), 121-136.
- OSORIO VARGAS, Cristián; VILCHES YAÑEZ, Leonardo (2020). *Derecho Administrativo*. Der Ediciones.
- ORTELLS RAMOS, Manuel (2010). Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil. *Ius et Praxis*, 16(1), 395-440.
- PALACIO, Lino (1998). *Los recursos en el proceso penal*, Abeledo-Perrot.
- PALOMO VÉLEZ, Diego; LORCA POBLETE, Nelson (2016). Sistema recursivo en los modelos reformados de la justicia chilena: ¿Un avance o Un retroceso? En D. Palomo VÉLEZ (Dir.), *Recursos procesales: Problemas Actuales*. DER Ediciones, 74-87.
- 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, (1979). Notas en torno a la competencia de los tribunales ordinarios para conocer la actividad administrativa. *Revista de Derecho de Valparaíso* (3), 161-174.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2002). *Tratado de derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012). *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, LegalPublishing.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1988). Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos. Notas para un mejor entendimiento del problema. *Revista de Derecho Público*, (43/44), 117-130.
- 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 (1927-1977)*, Santiago.
- VALDIVIA OLIVARES, José (2018). *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blach.
- VALENZUELA, Williams (2013). Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia "Mohamed vs. Argentina, Estudios Constitucionales (2), 713-736.
- VALENZUELA, Williams (2016). Garantías del derecho al recurso y su aplicación a materias civiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter. *El Mercurio Legal*, 15 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2016/01/15/Garantias-del-derecho-al-recurso-y-suaplicacion-a-materias-civiles-laborales-fiscales-o-de-cualquier-otro-caracter.aspx?disp=1>.

- VERGARA BLANCO, Alejandro (2013). Vicios de procedimiento o de forma que no afecta la validez del acto administrativo. J. FERRADA BÓRQUEZ (coord), La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno. Abeledo-Perrot, 267-283.
- YBAR, Mario; y GARETTO, Mauricio (2020). El derecho de petición y de acceso a la jurisdicción frente a la normativa de libre competencia en Chile y Estados Unidos: una lectura convergente. *Actualidad Jurídica* (42), 499-525.

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile, de 2005. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 17 de septiembre de 2005.
- Código Tributario [CT]. Decreto Ley N° 830 de 1974. 31 de diciembre de 1974 (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° 21.000, de 2016. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. 10 de febrero de 2016. D.O. N° 41.692.
- Ley N° 20.551, de 2011. Regula el cierre de faenas e instalaciones mineras. 28 de octubre de 2011. D.O. N° 40.107.
- Ley N° 20.285, de 2008. Sobre Acceso a la Información Pública. 11 de agosto de 2008. D.O. N° 123
- Ley N° 29, de 1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 89.403, de 13 de diciembre de 2016.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 22.511, de 15 de abril de 2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 52.784, de 23 de septiembre de 2009.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 63.541, de 16 de noviembre de 2009.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 56.414, de 24 de julio de 2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 82.692, de 17 de diciembre de 2013.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 101.586, de 30 de diciembre de 2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 30.390, de 14 de noviembre de 1989.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 44.885, 19 de junio de 2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 96.251, de 3 de diciembre de 2015.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 82.297, de 23 de octubre de 2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 18.276, de 5 de julio de 2019.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 59.871, de 6 de agosto de 2014.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 44.314, de 4 de octubre de 2007.
- Dictamen N° 47.491, de 2005. Contraloría General de la República. Dictamen N° 47.491, de 11 de octubre de 2005.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 39.979, de 19 de julio de 2010.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 39.348, de 30 de agosto de 2007.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 20.119, de 2 de mayo de 2006.
- Dictamen N° 37.747 de 2003. Contraloría General de la República. Dictamen N° 37.747, de 1 de septiembre de 2003
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 49.333, de 31 de octubre de 2007.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 35.933, de 7 de julio de 2009.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 38.894, de 2 de noviembre de 1988.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 61.519, de 22 de diciembre de 2006.
- Contraloría General de la República. Dictamen N° 11.291, de 31 de diciembre de 1966.

Jurisprudencia citada

- Vidal Quezada Jorge con Superintendencia De Salud (2021): Corte Suprema, 9 de diciembre de 2021 (Rol N° 88.999-2021). Tercera Sala. [Recurso de casación].

- Sociedad Inmobiliaria Los Nogales Limitada con Director de Obras Municipales de la I. Municipalidad de Providencia. Corte Suprema, 5 de diciembre de 2006, Rol N° 5157-2006.
- A.A.L. con COMPIN Concepción (2013): Corte Suprema, 21 de octubre 2013 (Rol N° 7749-2013).
- Buzeta Novoa Paula Con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (Lte) (2021): Corte Suprema, 13 de diciembre de 2021 (Rol N° 69503-2021).
- Caltec Spa Con Secretaría Regional Ministerial De Salud De Región De Antofagasta (2018): Corte Suprema, 9 de marzo de 2020, (Rol N° 25.021-2018). Tercera Sala. [Reclamación].
- Concesiones Recoleta S. A. con Ilustre Municipalidad de Recoleta (2020): Corte Suprema, 28 de diciembre de 2020, (Rol N° 59788-2020). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Corporación Nacional del Cobre de Chile, Codelco Chile con Dirección Regional de Aguas, Región de Antofagasta (2014): Corte Suprema, 9 de septiembre de 2014 (Rol N° 7071-2014). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Eyzaguirre Cid con Fisco (2006): Corte Suprema, 28 de junio de 2007 (Rol N° 1203-2006). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Gallegos Jara Carlos con Municipalidad de Providencia (2019): Corte Suprema, 23 de agosto de 2019 (Rol N° 13774-2019). Tercera Sala. [Reclamo de ilegalidad].
- Luz Parral S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2021): Corte Suprema, 24 de septiembre de 2021 (Rol N° 17.471-2021). Tercera Sala. [Reclamo de ilegalidad].
- M.A.H., abogado, Director de Asesoría Jurídica, en representación de Ilustre Municipalidad de Ñuñoa con Contraloría General de la República (2012): Corte Suprema, 24 agosto 2012, (Rol N° 4605-2012). Tercera Sala. [Recurso de Protección].
- Marambio con Isapre Banmédica S.A (2020): Corte Suprema, 26 de octubre de 2020 (Rol N° 24862-2020). Tercera Sala. [Recurso de Protección].
- Myriam Dote Cofré con Ilustre Municipalidad de La Pintana (2020): Corte Suprema, 12 de mayo de 2020, (Rol N° 66-2020). Tercera Sala. [Recurso de Protección].
- Sociedad Educacional Araos Limitada con Superintendencia De Educación Región Metropolitana De Santiago (2019): Corte Suprema, 26 de marzo de 2020 (Rol 23.098-2019). Tercera Sala. [Recurso de Reclamación].
- Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga con Superintendencia del Medio Ambiente (2018): Corte Suprema, 9 de octubre de 2018 (Rol N° 42004-2017). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Ilustre Municipalidad de Talcahuano con Superintendencia de Educación (2018): Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de octubre de 2018 (Rol N° 31-2018). Segunda Sala. [Recurso de reclamación].
- Sociedad Agrícola y Ganadera Las Garzas Limitada con CBR (2016): Corte Suprema, 8 de mayo de 2016 (Rol N° 83.347-2016). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Universidad Diego Portales con Dirección del Trabajo (2010): Corte Suprema, 18 de marzo de 2010 (Rol N° 392-2010). Cuarta Sala. [Recurso de casación].
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en control preventivo de constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre el sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización (Boletín N° 5083-04). Rol N° 2009-2011.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en control preventivo del Proyecto de Ley que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras (Boletín N° 6415-08). Rol N° 2036-2011.
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Errazuriz Inversiones Ltda., respecto de los artículos 250 del Código de Procedimiento Civil y 215, 217, 218 inciso 2°, 219 y 221 inciso 1° del Código de Tribunales, en el proceso Rol N° 2349-2005 en conocimiento de la Excelentísima Corte Suprema: Tribunal Constitucional, 4 de julio de 2006 (Rol N° 481-2006). [Requerimiento de inaplicabilidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Leonardo del Tránsito Mazuela Montenegro, respecto, por una parte, de los artículos 364 y 372 a 387 del Código Procesal Penal y, por la otra, del artículo 390 del Código Penal, en relación con la causa RIT 22-2009, RUC 0800077921-1, seguida ante el Tribunal Oral en lo Penal

de Los Andes: Tribunal Constitucional, 5 de agosto de 2010 (Rol N° 1432-2009). Tercera Sala. [Requerimiento de inaplicabilidad].

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rentas Urbanas S. A. y Carmona Bravo, Dante, respecto del inciso segundo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación a procedimiento sustanciado ante el Cuarto Juzgado Civil de Santiago, Rol C-9749-2011, del cual conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 8245-2011: Tribunal Constitucional, 6 de agosto de 2013 (Rol 2137-2013).

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rolf Foitzick Martel, respecto del inciso tercero del artículo 22 de la Ley N° 18.961, en relación al procedimiento sobre recurso de protección sustanciado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 3409-2014: Tribunal Constitucional, 12 de agosto de 2014, (Rol N° 2625-2014).

Universidad Internacional Sek con Consejo Nacional De Educación (2021): Corte Suprema, 15 de febrero de 2021 (Rol N° 76.510-2020). Tercera Sala. [Recurso de Protección].

Transparencia y buena administración en la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías

Transparency and good administration in the information society and new technologies

Pablo Schiavi¹

La incidencia de las *nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el ser y quehacer de la Administración Pública* han impactado de lleno en las relaciones entre las personas –ciudadanos– y la Administración Pública con una rapidez, un vértigo y una velocidad nunca antes vista, que nos enfrentan como “*ciudadanos del mundo*” a una “*nueva normalidad*”, que sin lugar a dudas, significa un antes y un después, potenciadas, a nivel global, con la pandemia de la COVID-19. Ni el Derecho en general, ni el Derecho Administrativo en particular, ni la gobernanza de las instituciones públicas ni en consecuencia sus institutos clásicos, sus pilares fundamen-

The incidence of new information and communications technologies in the being and activities of the Public Administration have had a full impact on the relationships between people –citizens– and the Public Administration with a speed, a vertigo and a speed never seen before. seen before, that confront us as “*citizens of the world*” with a “*new normality*”, which undoubtedly means a before and after, enhanced, at a global level, with the COVID-19 pandemic. Neither Law in general, nor Administrative Law in particular, nor the governance of public institutions nor, consequently, its classical institutes, its fundamental pillars, such as the administrative

RESUMEN / ABSTRACT

¹ PhD. Doctor por la Universidad de A Coruña (Mención *Cum Laude*). Máster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Profesor Adjunto Grado 3 (I) de Derecho Público II y III en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor Adjunto Grado 2 (I) de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de “Información Pública y Datos Personales” en la Universidad de Montevideo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Director del Centro Iberoamericano de Estudios de Derecho Público y Tecnología. Correo electrónico: pablo.schiavi@schiavi.com.uy. Dirección postal: Estanislao López 4897, Montevideo, Uruguay.

Artículo recibido el 20 de mayo de 2022 y aceptado el 27 de junio de 2022.

tales, como el procedimiento administrativo tanto general como especial, los actos administrativos, la función pública, la contratación pública, así como los principios generales de nuestra disciplina ni los demás institutos clásicos de nuestra materia, son inmunes ni pueden escapar a esta *"nueva normalidad"* que, en forma vertiginosa y sin pedir permiso, golpea las puertas de las distintas Administraciones Públicas en su dimensión global al influjo de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones. El mundo ha cambiado. La sociedad ha cambiado. La ciudadanía ha cambiado. El Derecho Administrativo no puede estar ajeno a estos nuevos fenómenos, ya que, de lo contrario, perderá con el paso de los años, su razón de ser más intrínseca, *en tanto instrumento y construcción humana al servicio de la sociedad*.

Palabras clave: Gobernanza. Buena Administración. Tecnología. Transparencia. Redes Sociales.

procedure, both general and special, administrative acts, public function, contracting public, as well as the general principles of our discipline or the other classic institutes of our subject, are immune or cannot escape this *"new normality"* that, vertiginously and without asking for permission, knocks on the doors of the different Public Administrations in their global dimension to the influence of new information and communication technologies. The world has changed. Society has changed. Citizenship has changed. Administrative Law cannot be oblivious to these new phenomena, since, otherwise, it will lose over the years, its most intrinsic reason for being, as an instrument and human construction at the service of society.

Keywords: Governance. Good administration. Technology. Transparency. Social networks.

I. El nuevo paradigma administrativo en la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías

La incidencia de las *nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el ser y quehacer de la Administración Pública* han impactado de lleno en las relaciones entre las personas –ciudadanos– y la Administración Pública con una rapidez, un vértigo y una velocidad nunca antes vista, que nos enfrentan como *"ciudadanos del mundo"* a una *"nueva normalidad"*, que sin lugar a dudas, significa un antes y un después, potenciadas, a nivel global, con la pandemia de la COVID-19.

Hace más de diez años, Jaime Rodríguez-Arana afirmaba que, en este contexto de la sociedad del conocimiento, de la información y de las nuevas tecnologías, de la crisis de las ideologías cerradas, también nos encontramos con la llamada crisis de la gobernabilidad, gobernanza o gobernación de las instituciones públicas y privadas como consecuencia del exceso de organización².

Es sorprendente que en los tiempos actuales, sea tan decisivo subrayar que los gobiernos e instituciones representativas están para promover las libertades, para promover los derechos fundamentales de las personas y, sin embargo, como consecuencia de que todavía tenemos una tecnoestructura

² RODRÍGUEZ 2011, 85-91.

muy fuerte, resulta que se produce un atrincheramiento de las estructuras a base de las nuevas teorías de la organización, que lejos de preconizar con claridad la vuelta a los valores humanos, constituyen un expediente, o justificación para un crecimiento incontrolado de lo oficial³.

Ni el Derecho en general, ni el Derecho Administrativo en particular, ni la gobernanza de las instituciones públicas ni en consecuencia sus institutos clásicos, sus pilares fundamentales, como el procedimiento administrativo tanto general como especial, los actos administrativos, la función pública, la contratación pública, así como los principios generales de nuestra disciplina ni los demás institutos clásicos de nuestra materia, son inmunes ni pueden escapar a esta "nueva normalidad" que, en forma vertiginosa y sin pedir permiso, golpea las puertas de las distintas Administraciones Públicas en su dimensión global al influjo de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones.

El mundo ha cambiado. La sociedad ha cambiado. La ciudadanía ha cambiado.

El Derecho Administrativo no puede estar ajeno a estos nuevos fenómenos, ya que, de lo contrario, perderá con el paso de los años, su razón de ser más intrínseca, *en tanto instrumento y construcción humana al servicio de la sociedad*.

Cortés Abad afirma, con total acierto, que *"doscientos años después del nacimiento de la Administración pública han sido muchos los hitos históricos que han impactado en los diferentes subsistemas de lo público. Guerras mundiales, crisis económicas, globalización, revolución digital son algunos de los fenómenos tras los diversos paradigmas de transformación del sector público. De las reformas que se han sucedido, tres han sido las que han protagonizado las primeras dos décadas de este siglo: las políticas de digitalización, las de ajuste administrativo y las de gobierno abierto"*⁴.

En la misma línea, es muy claro al afirmar que *"la crisis de la COVID-19 está suponiendo, a todos los niveles, un shock considerable y representa un factor de entorno de características altamente disruptivas por su alto impacto y duración sostenida que agita una elevada incertidumbre y complejidad"*⁵.

Por su parte Carlos Delpiazzo subraya que *"Aun cuando es un lugar común afirmar que el Derecho Administrativo se encuentra en permanente transformación, lo cierto es que la rapidez y profundidad actuales de los cambios, consecuentes a su adaptabilidad histórica, imponen no perder de vista la esencial servicialidad que caracteriza a la Administración"*⁶.

³ Ídem.

⁴ CORTÉS ABAD 2020.

⁵ Ídem.

⁶ DELPIAZZO 2010, 79-108.

Y esta sociedad hiperconectada e hiperinformada y mucho más participativa, con *ciudadanos "digitales"*, exige a la Administración Pública nuevas soluciones en tiempos y en condiciones inesperadas e insospechadas, hasta hace muy poco tiempo.

Es importante detenernos en las apreciaciones de Cortes Abad sobre los impactos de la crisis del COVID-19, que, a su juicio, *"ha acelerado los atributos de volatilidad, incertidumbre, complejidad o ambigüedad del entorno y cuando el valor generado por lo público es más relevante que nunca al tener que responder de manera eficaz ante riesgos complejos, sea necesario dar un salto adelante en políticas de reforma en una doble dirección: la transformación y el fortalecimiento. Las políticas de transformación tienen que ver con acelerar las políticas de digitalización que se venían desarrollando hasta el momento. Se trataría de aprovechar dos palancas fundamentales –tecnología e innovación– para que la Administración pueda avanzar en el uso de la tecnología y replantearse muchos de sus procedimientos"*⁷.

La introducción de la inteligencia artificial, la gestión por datos, el impulso de sistemas de gestión común que facilite la interoperabilidad o la universalización de la inteligencia artificial son algunas propuestas⁸.

La reflexión moderna sobre la Administración debe hacerse desde un enfoque abierto y dinámico porque la Administración Pública es una realidad plural a la que hay que aproximarse desde muchos puntos de vista, y junto al jurídico, se encuentra la dimensión económica, el aspecto sociológico o el histórico, que ayudan a comprender una realidad tan compleja, tan multidisciplinar, como es la Administración Pública⁹.

Es, en este contexto actual y en esta dimensión actual de la llamada sociedad del conocimiento, de la información y de las nuevas tecnologías, con un nuevo paradigma administrativo, que resulta imprescindible repasar de caracteres sustantivos tales como lo son *la transparencia* y su nueva dimensión electrónica y *la buena administración*, con su nueva caracterización: *la buena administración electrónica*.

II. Hacia la cultura de gobernanza

La sociedad del conocimiento nos facilita saber más para pensar mejor.

Y por eso, también me parece de gran importancia la reflexión de Alejandro Llano cuando se refiere a que las organizaciones son comunidades de aprendizaje, de investigación. *¿Por qué? Por qué realmente, si en una organización hay un deseo de mejora, si continuamente se analizan los resultados: ¿por qué, las cosas salen bien?, ¿por qué salen mal?, y ¿qué cambios se de-*

⁷ CORTÉS ABAD 2020.

⁸ Ídem.

⁹ RODRÍGUEZ 2011.

*ben procurar desde el trabajo en equipo, desde la escucha a los colaboradores?, entonces es más fácil saber lo que se debe hacer en cada momento*¹⁰.

De acuerdo a la definición recogida en la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Gobierno Abierto de 14/12/2017, el Gobierno Abierto es una cultura de gobernanza que promueve los principios de transparencia, integridad, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo¹¹.

Un gobierno abierto es fundamental para generar confianza en los ciudadanos y es un elemento clave para alcanzar diferentes resultados de política pública en diversos ámbitos, incluidos: la integridad del sector público y anticorrupción, la modernización del sector público, la libertad cívica, el gobierno digital, la contratación pública, la innovación del sector público, la gestión de las finanzas públicas y la gestión de recursos humanos, así como los principales objetivos socioeconómicos dentro del marco de la Agenda Global 2030 para el Desarrollo Sostenible¹².

La participación de las partes interesadas mejora la rendición de cuentas gubernamental, favorece el empoderamiento e influencia de los ciudadanos en las decisiones, construye capacidad cívica, mejora la base empírica para la elaboración de políticas públicas, reduce los costos de implementación y explota redes más amplias para innovar en la elaboración de políticas públicas y en la prestación de servicios públicos¹³.

En la Cumbre de la ONU para el Desarrollo Sostenible, celebrada en septiembre de 2015, los Estados Miembros aprobaron la Agenda 2030 y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible para poner fin a la pobreza, luchar contra la desigualdad y la injusticia, y hacer frente al cambio climático.

Una de las consignas más repetidas y cacareadas acerca de la reforma del gobierno y de la administración pública se refiere, como es bien conocido, al gobierno en red, al gobierno abierto, al gobierno y a la administración transparente. Es verdad que todavía, a pesar de los pesares, el pesado aparato público ahoga a no pocos ciudadanos y asfixia las legítimas aspiraciones de tantas personas que chocan, una y otra vez, contra la muralla de la indiferencia en que en ocasiones se nos presentan las distintas administraciones públicas. Por eso, entre otras razones, desde hace algún tiempo, se nos habla y se nos pontifica, a menudo desde el dogma y la prepotencia, acerca de las

¹⁰ RODRÍGUEZ 2011.

¹¹ Disponible en el Portal de la Transparencia, Administración General del Estado, Gobierno de España: https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto/que-es_organizacion.html, Fecha de consulta: 15/1/2022.

¹² Disponible en el Portal de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): <https://www.oecd.org/gov/recomendacion-del-consejo-sobre-gobierno-abierto-141217.pdf>, Fecha de consulta: 15/1/2022.

¹³ Disponible en el Portal de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): <https://www.oecd.org/gov/recomendacion-del-consejo-sobre-gobierno-abierto-141217.pdf>, Fecha de consulta: 9/3/2021.

bondades de la proyección de las nuevas tecnologías en el gobierno y la administración pública¹⁴.

En casi todos los países desarrollados se han acometido, con distinta suerte, procesos de implantación de las nuevas tecnologías al amparo de la reforma o modernización de turno. Se han gastado millones y millones de euros en esta tarea y la verdad es que los resultados están a la vista. Hay oficinas que funcionan mejor, que son más transparentes, y hay oficinas que se han convertido a la oscuridad y a la penumbra¹⁵.

Lo señalado por Jaime Rodríguez-Arana reviste mayor importancia hoy en día en tiempos de COVID-19.

¿Y por qué sostenemos esto? Es claro que, los distintos Estados a nivel global, han respondido de distintas formas y las consecuencias e impactos de la pandemia de la COVID-19 han sido muy distintos en atención a cómo estaban preparados y/o posicionados a principios de 2020, en la era pre-covid, *en todo lo relacionado a los llamados procesos de implantación de las nuevas tecnologías y en qué fase estaban en cuanto a avances en materia de Administración Electrónica.*

Por ejemplo, y un dato no menor, cuánto más digitalizada y electrónica la Administración Pública y más fuerte en sus distintos canales electrónicos de interacción y agenda digital en relación con la ciudadanía, *mucho más rápido, efectivo, eficaz y transparente ha sido el proceso de vacunación y de suministro de vacunas contra la COVID-19.*

Podemos tomar como ejemplo positivo el proceso de Gobierno Abierto en España.

Cada Administración pública tiene competencia exclusiva en materia de Gobierno Abierto, excepto en lo relativo a la transparencia, para la que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno establece obligaciones comunes para todas las Administraciones públicas. Así, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales desarrollan sus propias políticas y cuentan con sus propios órganos competentes en materia de Gobierno Abierto. Este espacio se centra en la Administración General del Estado y en los órganos de colaboración de esta con otras Administraciones públicas y con la sociedad civil¹⁶.

Uruguay es referente en Iberoamérica en materia de Administración Electrónica.

¹⁴ Disponible en el Portal de "La Región": <https://www.laregion.es/opinion/jaime-rodriguez-arana/gobierno-abierto/20130729074010259616.html?webview=1>, Fecha de consulta: 9/3/2021.

¹⁵ Disponible en el Portal de "La Región": <https://www.laregion.es/opinion/jaime-rodriguez-arana/gobierno-abierto/20130729074010259616.html?webview=1>, Fecha de consulta: 9/3/2021.

¹⁶ Disponible en el Portal de la Transparencia, Administración General del Estado, Gobierno de España: https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto/que-es_organizacion.html, Fecha de consulta: 9/3/2021.

Cada vez más los pueblos del mundo exigen una mayor apertura en el gobierno piden mayor participación ciudadana en los asuntos públicos y buscan la forma de que sus gobiernos sean más transparentes, sensibles, responsables y eficaces¹⁷.

A pesar del importante impulso que ha tomado este concepto durante los últimos años, la idea de un Gobierno Abierto, inclusivo y participativo en una relación recíproca con la ciudadanía es casi tan antigua como la democracia¹⁸.

Sin embargo, han sido los avances en las tecnologías de la información a fines del siglo pasado los que permiten a los estados imaginar relaciones más ricas y bidireccionales con los ciudadanos, ejerciendo sus derechos de forma más directa y sencilla, al tiempo que se mejoran la transparencia y rendición de cuentas¹⁹.

Pueden existir variantes en la definición de Gobierno Abierto y los temas centrales que éste debe abarcar según la situación particular, prioridades o aspiraciones de desarrollo de cada país²⁰.

Por ese motivo, la Sociedad de Gobierno Abierto elabora una declaración que enuncia cuatro principios generales que procuran englobar los objetivos y compromisos a los que adhieren sus países miembros²¹.

1. Aumentar la disponibilidad de información sobre las actividades gubernamentales. Los gobiernos recopilan y generan información, y los ciudadanos tienen el derecho a solicitar acceso a la misma. A continuación se describen los pilares que sustentan este principio: a) Promover un mayor acceso a la información y divulgación sobre las actividades gubernamentales en todos los niveles de gobierno; b) Publicar de forma sistemática datos sobre el gasto público y el rendimiento de las actividades y los servicios públicos esenciales.; c) Proporcionar activamente información de alto valor, incluidos

¹⁷ Disponible en el Portal de la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), Uruguay: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/que-es-gobierno-abierto>; Fecha de consulta: 9/3/2021.

¹⁸ Disponible en el Portal de la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), Uruguay: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/que-es-gobierno-abierto>; Fecha de consulta: 9/3/2021.

¹⁹ Disponible en el Portal de la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), Uruguay: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/que-es-gobierno-abierto>; Fecha de consulta: 9/3/2021.

²⁰ Disponible en el Portal de la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), Uruguay: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/que-es-gobierno-abierto>; Fecha de consulta: 9/3/2021.

²¹ Disponible en el Portal de la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), Uruguay: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/que-es-gobierno-abierto>; Fecha de consulta: 9/3/2021.

los datos primarios, de manera oportuna, en formatos que el público pueda encontrar, comprender y utilizar fácilmente, y en formatos que faciliten su reutilización; d) Resaltar la importancia de los estándares abiertos para promover el acceso de la sociedad civil a los datos públicos, así como para facilitar la interoperabilidad de los sistemas de información del gobierno; y solicitar comentarios del público para saber qué información le resulta más valiosa, y nos comprometemos a tomar en cuenta esos comentarios en la mayor medida posible.

2. Apoyar la participación ciudadana. Se valora la participación de todas las personas, por igual y sin discriminación, en la toma de decisiones y la formulación de políticas, a través de: a) Hacer más transparentes la formulación de políticas y la toma de decisiones, mediante el establecimiento y el uso de vías para solicitar la opinión del público, y el aumento de la participación del público en la realización, el seguimiento y la evaluación de las actividades gubernamentales; b) Proteger la capacidad de las organizaciones sin fines de lucro y de la sociedad civil para que su funcionamiento sea coherente con nuestro compromiso con la libertad de expresión, de asociación y de opinión; y c) Crear mecanismos que permitan una mayor colaboración entre los gobiernos y las organizaciones de la sociedad civil y las empresas.

3. Aplicar los más altos estándares de integridad profesional en todos nuestros gobiernos. Un gobierno responsable requiere altos estándares éticos y códigos de conducta para sus funcionarios públicos. En ese marco, los países se comprometen a: a) Definir políticas, prácticas y mecanismos sólidos contra la corrupción, que garanticen la transparencia en la gestión de las finanzas públicas y las compras gubernamentales; b) Mantener o establecer un marco jurídico para hacer pública la información sobre los ingresos y bienes de los altos funcionarios públicos nacionales; c) Poner a disposición del público información sobre las actividades y la eficacia de nuestros organismos encargados de aplicar las leyes contra la corrupción y de evitarla, así como los procedimientos de recurso a esos organismos, respetando la confidencialidad de información específica relativa a la aplicación de las leyes.

4. Aumentar el acceso a las nuevas tecnologías para la apertura y la rendición de cuentas. Las nuevas tecnologías ofrecen oportunidades para el intercambio de información, la participación del público y la colaboración. Los países deben aprovechar estas tecnologías para hacer pública más información de manera que permitan a la gente entender lo que sus gobiernos hacen e influir en las decisiones, a través de: a) Creación de espacios en línea, accesibles y seguros como plataformas para la prestación de servicios, la participación del público y el intercambio de información e ideas; b) Aumento de la conectividad en línea y móvil, y promoción del uso de mecanismos para la participación ciudadana; c) Fomento de la participación de la sociedad civil y la comunidad empresarial para identificar prácticas eficaces y enfoques innovadores a los efectos de aprovechar las nuevas tecnologías a fin de empoderar a las personas y promover la transparencia en el gobierno;

d) Apoyar y desarrollar el uso de innovaciones tecnológicas por parte de los empleados públicos y los ciudadanos.

III. La buena administración electrónica: caracterización y ejes fundamentales

Augusto Durán Martínez recuerda que en la Constitución Uruguaya desde 1952 el artículo 311 alude a la buena administración y aun mucho antes la buena administración llamó la atención de HAURIUO, ya que ello es la esencia de su concepción de la Administración como institución²².

Sin perjuicio de esos remotos pero valiosísimos antecedentes, Augusto Durán Martínez señala que cabe reconocer que fue *“a partir de la Carta de Niza que se despertó un particular interés sobre la buena administración. Y la noción de buena administración evolucionó desde una perspectiva de deber a, además, una de derecho, de manera que hoy podemos afirmar sin vacilación que la buena administración es, un deber, un derecho y un principio”*.

La buena administración significa *elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo pero también actuar con transparencia, con probidad; significa asimismo que los servicios públicos funcionen correctamente acorde a las necesidades reales del hombre de hoy, que los requerimientos de los administrados sean atendidos como corresponde y que todas las actuaciones administrativas sean seguidas cumpliendo con todas las garantías”*²³.

El citado artículo 41 de la Carta de Niza, al fijar el contenido de la noción de buena administración incluye, entre otras, *“la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.”* Me parece acertadísima la inclusión de este punto en este artículo 41”.

Esta obligación de motivar es una de las obligaciones correlativas del derecho a la buena administración, ha sido considerada por Rodríguez-Arana Muñoz, el más importante de los derechos incluidos en el derecho a la buena administración²⁴.

La conceptualización clásica de la buena administración, como no podía de ser de otra manera, adquiere también, al influjo de las nuevas tecnologías de la Información y de las comunicaciones, una nueva dimensión, ajustada y funcional a las nuevas necesidades de la Administración Pública, *de una nueva Administración Pública, más transparente, más abierta, más participativa y más cercana a una nueva ciudadanía digital, con nuevas preocupaciones y exigencias.*

²² DURÁN MARTÍNEZ 2013,18-32.

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

En este cambio de paradigma que vivimos hoy en día en todas las esferas de nuestra vida, donde la Administración Pública y el Derecho Administrativo no son ajenos, el concepto de buena administración electrónica es, y tiene que ser, y estamos convencidos que así será, el nexo entre las institutos clásicos y tradicionales del Derecho Administrativo –soporte y base imprescindible– y las nuevas dimensiones y características de cada uno de ellos, en pleno siglo XXI, año 2021 y venideros.

Apuntamos a una nueva dimensión y configuración de la Administración Pública, reflejo de una nueva sociedad en la cual vivimos, de un nuevo Derecho Administrativo, y de una nueva ciudadanía digital, que exige una Administración abierta, con las notas típicas de transparencia, ética pública, colaboración y participación marcada por la impronta de las nuevas tecnologías y comunicaciones, re-dimensionando las estructuras e institutos clásicos de un Estado de Derecho del siglo XXI.

El Derecho Administrativo debe hacer frente a estas nuevas demandas de una sociedad digital que reclama nuevas prestaciones y nuevos servicios brindados a través de nuevas plataformas digitales y mayor participación ciudadana, que poco a poco, irán sustituyendo, hasta reemplazar por completo los trámites, los procedimientos y las gestiones habituales o tradicionales que brindaba la Administración Pública, *en pleno cambio de paradigma de una presencialidad casi absoluta como denominador común de las relaciones entre Administración y ciudadanía, a una virtualidad y digitalización impregnada por las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones.*

Jaime Rodríguez-Arana subraya que *“la buena administración de instituciones públicas parte del derecho ciudadano a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados de forma y manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en su conjunto. Las instituciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar conducidas y manejadas por una serie de criterios mínimos, llamados de buen gobierno o buena administración, a los que sumarán las diferentes perspectivas de las opciones políticas vencedoras en los diferentes comicios electorales”*²⁵.

La buena administración de las instituciones pública es y será siempre un derecho ciudadano. Y así lo ha sido hasta ahora.

Los impactos vertiginosos que han tenido las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones en la sociedad ha impactado con la fuerza de un verdadero tsunami en las formas de vida de sus habitantes, en las formas de relacionamiento entre la Administración y sus ciudadanos, en los principios generales que deben guiar el proceder administrativo y en el Estado de Derecho, de ahí que *una nueva ciudadanía digital demandará una sociedad más abierta, transparente y participativa, y exigirá otros tiempos*

²⁵ RODRÍGUEZ 2010, 117-149.

para que la Administración aporte soluciones a sus necesidades, los cuales tendrá como común denominador las soluciones tecnológicas y telemáticas.

En esta correlación o nueva relación Administración Electrónica y ciudadanía digital cobra vida el concepto de buena administración electrónica, o buena e-administración en tanto nueva dimensión de la clásica buena administración, que adquiere en los tiempos que corren nuevos ribetes y dimensiones para ser funcional a la nueva realidad.

La buena administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano, de naturaleza fundamental.

Jaime Rodríguez Arana se pregunta: *¿Por qué se proclama como derecho fundamental por la Unión Europea?*²⁶:

Por una gran razón que reposa sobre las más altas argumentaciones del pensamiento democrático: en la democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o altos funcionarios, sino que son del dominio popular, son de los ciudadanos, de las personas de carne y hueso que día a día, con su esfuerzo por encarnar los valores cívicos y las cualidades democráticas, dan buena cuenta del temple democrático en la cotidianeidad. Por ello, si las instituciones públicas son de la soberanía popular, de dónde proceden todos los poderes del Estado, es claro que han de estar ordenadas al servicio general, y objetivo, de las necesidades colectivas. Por eso, la función constitucional de la Administración pública, por ejemplo, se centra en el servicio objetivo al interés general. Así las cosas, si consideramos que el ciudadano ha dejado ser un sujeto inerte, sin vida, que tenía poco menos que ser enchufado a la vida social por parte de los poderes públicos, entonces comprendemos mejor el alcance de este derecho²⁷.

En efecto, el ciudadano es ahora, no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión, y, por ello, aspira a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque éstos se definen, en el Estado social y democrático de Derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada. Los ciudadanos, en otras palabras, tenemos derecho a que la gestión de los intereses públicos se realice de manera acorde al libre desarrollo solidario de las personas. Por eso es un derecho fundamental de la persona, porque la persona en cuanto tal requiere que lo público, que el espacio de lo general, esté atendido de forma y manera que le permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana desde diferentes dimensiones²⁸.

²⁶ ARANA-MUÑOZ 2012,117-149.

²⁷ Ídem.

²⁸ Ídem.

La nueva ciudadanía digital aspira a ser protagonista y a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque éstos se definen, en el Estado social y democrático de Derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada y virtual que caracteriza nuestros días.

Sánchez Acevedo subraya que existe “un derecho a la “buena administración”, consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –Título V, sobre “Ciudadanía”; artículo 41, sobre el “Derecho a una buena Administración”– y es indudable que la “buena administración” constituye un verdadero “derecho” de los ciudadanos y una obligación de las administraciones públicas que ha calado en la legislación y en la jurisprudencia como expresión aglutinante de su buen funcionamiento y que se ha positivado en una serie de principios específicos, mandatos y directrices para las administraciones públicas, con garantías concretas para su salvaguardia:

i) el derecho estricto a la buena administración como trato imparcial, equitativo y guiado por el principio de celeridad, ii) el derecho de audiencia antes de la imposición de una medida individual desfavorable, iii) el derecho de acceso a expedientes cuando se ostente interés legítimo, iv) el derecho a una resolución administrativa motivada, v) el derecho a indemnización derivado de responsabilidad administrativa, vi) el derecho al pluralismo lingüístico en el trato con las instituciones europeas, vii) el derecho de acceso a los documentos, viii) los derechos de los ciudadanos en el procedimiento administrativo y el derecho al procedimiento administrativo debido y a la mejor decisión posible, ix) la transparencia administrativa y el derecho de acceso a los archivos y los registros administrativos, x) el derecho a la participación en las decisiones y asuntos públicos, xi) la protección de los datos personales contenidos en ficheros dependientes de la administración autonómica –garantizándose el acceso a dichos datos, a su examen y a obtener, en su caso, la corrección y cancelación de los mismos–, xii) el derecho a la reparación de daños causados por entidades públicas y xiii) el derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos²⁹.

El uso de las TIC se ha convertido en un mandato para las administraciones que ha llegado de la mano de la sociedad de la información y su rechazo podría generar un rezago a las mismas y, por qué no decirlo, una mala administración³⁰.

Entonces, Sánchez Acevedo se plantea la pregunta materia de la investigación: “¿existe un derecho a la buena administración electrónica? En caso afirmativo, ¿cómo se configura este derecho?”³¹.

²⁹ SÁNCHEZ 2022.

³⁰ Ídem.

³¹ Ídem.

Como punto de partida el autor toma el contenido del artículo 41 la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que contempla dentro de su Título V, sobre “ciudadanía”, el “derecho a una buena Administración”, así como la denominada Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada por la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Ciudad de Panamá, Panamá, el 27 y el 28 de junio de 2013, adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, Ciudad de Panamá, Panamá, el 18 y el 19 de octubre de 2013³².

La administración pública, en sus diferentes dimensiones territoriales y funcionales, está al servicio de la persona, atendiendo las necesidades de forma continua y permanente, con calidad y calidez. A lo anterior se suma el hecho de hoy por hoy ha llegado la sociedad de la información a la vida cotidiana de los ciudadanos y, de su mano, las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC), permeando todos los sectores de la sociedad³³.

De esa conjunción surge la idea de la necesaria materialización de un nuevo derecho, pues, por una parte, la buena administración se configura como prerrogativa de los ciudadanos y, por la otra, la sociedad de la información ha impuesto existe un mandato para las administraciones: la utilización de medios electrónicos por parte de estas como instrumento de transformación³⁴.

Así, dicha confluencia origina la necesaria configuración de un derecho que en esta investigación se ha denominado “derecho a la buena e Administración”. La configuración de este derecho desde la órbita constitucional está reforzada por el mandato desde los convenios sobre derechos humanos ratificados por los estados y los compromisos derivados de estos a partir de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, como puede ser la obligación de ser transparentes y participativos y de respetar el ordenamiento jurídico³⁵.

Desde este presupuesto, la buena e-Administración es una administración abierta, y ello significa que es transparente, colaborativa, participativa y respetuosa de la ley.

IV. Transparencia en tiempos de administración electrónica: redes sociales oficiales como canales de una gestión transparente

La transparencia, en tanto nota típica e irrenunciable de un Estado de Derecho, juega un papel clave en la democratización y el acceso de los ciuda-

³² Ídem.

³³ Ídem.

³⁴ Ídem.

³⁵ Ídem.

danos a información relevante en poder de la Administración Pública, en el marco de la llamada rendición de cuentas ciudadana.

Un Estado es o no es transparente, y esto forma parte de la forma en como se posiciona tanto frente a sus ciudadanos como frente a la comunidad internacional.

El acceso a la información pública, y la transparencia tanto activa como pasiva, han adquirido con el correr de los años, nuevas dimensiones al influjo de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones, y con el impacto de las redes sociales.

En este escenario el análisis del derecho a la buena e-administración arroja la transparencia electrónica, el debido proceso electrónico y la participación electrónica –entre otros– como elementos esenciales de la configuración de este nuevo derecho.

La transparencia electrónica se convierte en uno de los elementos del núcleo del derecho a la buena e Administración³⁶.

Es importante el abordaje de la dimensión electrónica de la transparencia que hace Sánchez Acevedo: *“la transparencia electrónica –entendida como la obligación de las administraciones públicas en la sociedad de la información de acercar a los ciudadanos a través del acceso a la información pública y, en consecuencia, en el siglo XXI, a través de medios electrónicos– se configura como un elemento de la buena e-Administración”*³⁷.

La transparencia constituye uno de los principales retos de las administraciones públicas en la sociedad de la información, si se tiene en cuenta que uno de los elementos esenciales es el acceso a la información pública; en consecuencia, podría decirse que en la era de la información la difusión de información pública será, necesariamente, a través de medios electrónicos.

La relación entre e-Administración y e-transparencia se fundamenta en lo que se ha denominado web 2.0, que hoy ha trascendido a la web 3.0.

Es, precisamente, dicho instrumento el que da vida a la e-transparencia. Las nuevas tecnologías ofrecen oportunidades para el intercambio de información, la participación del público y la colaboración entre ciudadanos³⁸.

Hoy en día, cualquier organismo público relevante a nivel global, para dar cumplimiento a sus obligaciones de transparencia, cuenta no solo con un portal web oficial –primera nota de la transparencia activa– sino además con distintos canales en más de una red social: Twitter, Facebook, Instagram, LinkedIn, entre otras.

³⁶ Ídem.

³⁷ Ídem

³⁸ Ídem

La publicación de información pública en portales web oficiales no alcanza hoy para satisfacer las necesidades actuales de una ciudadanía digital, que seguramente accederá a tal información, a través de redes sociales, lo cual es sumamente positivo, porque cuantos más canales oficiales de comunicación, mayor transparencia.

Este crecimiento de canales de comunicación para una gestión transparente pasó de portales web oficiales sin interacción e intercambio con los ciudadanos a una multiplicidad de redes sociales con interacciones permanentes con los ciudadanos que, a su vez, se transforman en activos digitales al compartir la información oficial en sus distintas redes sociales.

En plena pandemia de la COVID-19, las redes sociales oficiales de las autoridades sanitarias han tenido un rol protagónico para difundir todo tipo de información sanitaria relevante al instante, en tiempo real y de manera confiable, y asimismo, como pilares del combate de la desinformación en salud.

Carlos Delpiazzo al estudiar el panorama de la reforma administrativa en América Latina hace referencia a reformas de primera, segunda y de tercera generación. Si se mira el panorama de la reforma administrativa especialmente en América latina es posible advertir que las llamadas reformas de *primera generación* refirieron a la Administración convencional o clásica y apuntaron básicamente a la reducción de su tamaño (enfoque cuantitativo) En cambio, las denominadas reformas de *segunda generación* se han centrado en los resultados del proceder administrativo (enfoque cualitativo), poniendo el acento en la eficacia y eficiencia de los servicios, en la reducción de la corrupción, y en la participación ciudadana.

Al influjo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, las llamadas reformas de *tercera generación* apuntan en una doble dirección: desde la Administración, por advertir el inmenso potencial de dichas tecnologías para mejorar la prestación de todo tipo de servicios y la propia gestión administrativa, y desde la ciudadanía, por la posibilidad de acceder a más y mejor información, controlar a las autoridades, obtener trato igualitario y aumentar la eficiencia en el uso del tiempo y demás recursos". Es a esta tercera generación contemporánea de reformas a la que corresponde atribuir mayor incidencia sobre el Derecho Administrativo por cuanto ella determina el tránsito de la Administración convencional (tradicional) a la electrónica (actual) en el marco del avance hacia el Gobierno electrónico³⁹.

Ya estamos, quizás en una cuarta generación de reformas, porque el crecimiento exponencial de las redes sociales, ha superado largamente las expectativas de una tercera generación de reformas, y hoy, con los riesgos que ello implica, vivimos en un cambio de paradigma comunicacional con impactos en el Derecho y en las exigencias de transparencia, ya que los ciudadanos solo van a satisfacer sus necesidades de información, si la misma es

³⁹ DELPIAZZO 2011, 87-107.

proporcionada por la Administración, al instante y en tiempo real, en su ecosistema digital.

Ni siquiera el nuevo ciudadano va a esperar que dicha información se publique en un medio de prensa tradicional o electrónico, ni en una página web, ni mucho menos en un Diario Oficial, es el propio Estado el que comunicará a sus ciudadanos en tiempo real, al instante, y sin intermediarios –medios de comunicación tradicionales– a través de sus redes sociales oficiales, o incluso, a través de las redes sociales de sus gobernantes.

En orden a su caracterización, Delpiazzo señala que “la Administración electrónica –también llamada “ciber Administración”, “Administración virtual”, “Administración digital”, “Administración on line” o “tele Administración”– comprende y designa todos aquellos mecanismos e infraestructuras informáticas y telemáticas que permiten la prestación de servicios, tanto a los ciudadanos como a las empresas, así como los que facilitan la interconexión y la gestión integrada de los asuntos internos entre los distintos órganos y organismos que componen la Administración. Quiere decir que la noción de Gobierno electrónico es más abarcativa que la de Administración electrónica, pero, sin duda, la incluye. Ello es así porque bajo el rótulo de Gobierno electrónico se comprende desde la provisión de servicios al ciudadano hasta la llamada democracia electrónica como ámbito de participación popular para la toma de decisiones”⁴⁰.

Muy importante por la práctica y razonable es esta aseveración de Delpiazzo (2011) en cuanto a que para que “la Administración electrónica sea posible, es necesario que, desde el Derecho, se adecue el marco normativo a fin de facilitar y dar seguridad a los intercambios”⁴¹.

Siendo así, es evidente que las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones posibilitan una gestión transparente⁴².

En efecto, cuando se habla de transparencia de la gestión administrativa, “se quiere dar un paso más respecto a la publicidad... como que la publicidad implica mostrar, pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver; simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal”⁴³.

Más allá de la publicidad, la transparencia refiere a la diaphanidad del obrar público, permitiendo ver con claridad el actuar de la Administración en la disposición y uso de los fondos públicos y en el obrar de sus funcionarios; constituye una consecuencia de la muy elemental presunción de que el go-

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ídem.

⁴² Ídem.

⁴³ Ídem.

bierno pertenece al pueblo, quien tiene derecho a saber qué hacen los servidores públicos, por qué y cómo lo hacen⁴⁴.

De otra parte, existiendo accesibilidad real, la Administración electrónica abre un ancho cauce de participación ciudadana a través de las redes existentes, siempre que los habitantes sean informados y consultados en los asuntos que les conciernen⁴⁵.

Las redes sociales, y su masivo uso por parte de las Administraciones Públicas, supone un cambio de paradigma comunicacional de los gobiernos con sus ciudadanos, y hoy, resulta inconcebible, que los aparatos de comunicación públicos carezcan de redes sociales, especialmente Twitter, para comunicarse en forma directa, en tiempo real y sin intermediarios con la ciudadanía.

V. Reflexiones Finales

En este contexto actual y en esta dimensión actual de la llamada sociedad del conocimiento, de la información y de las nuevas tecnologías, hemos analizado los principales caracteres de la llamada *cultura de gobernanza para el siglo XXI*, y su necesaria correspondencia con la transparencia y la buena administración, en su dimensión y su caracterización como “*electrónicas*”.

Los distintos Estados a nivel global, han respondido de distintas formas y las consecuencias e impactos de la covid-19 han sido muy diferentes en atención, especialmente, a cómo estaban preparados y/o posicionados a principios de 2020, en la era pre-covid, en todo lo relacionado a los llamados *procesos de implantación de las nuevas tecnologías*, así como en qué fase estaban en cuanto a los avances y perspectivas en materia de *Administración Electrónica*, y también, a nivel de culturas organizacionales de la Administración, y en todo lo relacionado a cómo habían capacitado e inducido a sus funcionarios públicos en materia de gobierno abierto y de administración electrónica.

Cuánto más digitalizada la Administración Pública y más fuerte sus distintos canales electrónicos de interacción y agenda digital en su relación con la ciudadanía, mucho más rápido, efectivo, eficaz y transparente ha sido el proceso de vacunación y de suministro de vacunas contra la COVID-19.

La conceptualización clásica de la transparencia y de la buena administración, como no podía de ser de otra manera, adquiere también, al influjo de las nuevas tecnologías de la Información y de las comunicaciones, una nueva dimensión, ajustada y funcional a las nuevas necesidades de la Administración Pública, *de una nueva Administración Pública, más transparente, más abierta, más participativa y más cercana a una nueva ciudadanía digital, con nuevas preocupaciones y exigencias.*

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Ídem.

Las redes sociales, y su masivo uso por parte de las Administraciones Públicas, supone un cambio de paradigma comunicacional de los gobiernos con sus ciudadanos, y hoy, resulta inconcebible, que los aparatos de comunicación públicos carezcan de redes sociales, especialmente Twitter, para comunicarse en forma directa, en tiempo real y sin intermediarios con la ciudadanía.

Toda iniciativa pública hacia la institucionalidad en gobierno abierto es bienvenida y positiva, y significa dar un paso hacia adelante, y esto supone superar los ya tradicionales y clásicos esquemas de organización administrativa interna de cada país, con órganos y organismos públicos obsoletos y de otra época para transformarla en *una nueva gobernanza pública que contemple las necesidades y requerimientos de una nueva sociedad y de una nueva ciudadanía digital*.

Bibliografía citada

- RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime (2012). La sociedad del conocimiento y la administración pública, *Revista de Derecho Universidad de Montevideo*, [Recurso en línea], 10(19), 85-91. Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Rodriguez-Arana-La-sociedad-del-conocimiento-y-la-Administracion-Publica.pdf>. Fecha de consulta: 8/3/2021
- CORTÉS ABAB, Óscar (2020). *La Administración tras el Coronabreak. Políticas para ¿un nuevo paradigma administrativo?*, GAPP. Nueva época. Número 24 (noviembre 2020).
- DELPIAZZO, Carlos (2010). Noción y regulación del procedimiento y del acto administrativo electrónico. *Estudios de Derecho Administrativo*, (1), 79-108.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (2013). Motivación del acto administrativo y buena administración. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, n. 13 (13) 18-32.
- RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime (2010). El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 10 (40)117-149.
- SÁNCHEZ ACEVEDO, Marco (2015). *Derecho a la buena administración electrónica*. Universitat de Valencia. Disponible en la web: <http://roderic.uv.es/handle/10550/50882>; fecha de consulta: 25/01/2022.

Normativa citada

- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2000), que en su artículo 41 contempla dentro de su Título V, sobre "ciudadanía", el "derecho a una buena Administración".
- Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano* (2013), en relación con la Administración Pública, aprobada por la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC).

Las aguas en las constituciones chilenas: Historia, actualidad y prospectiva¹

The waters in the chilean constitutions: history, current and prospective

Alejandro Vergara Blanco^{2,3}

En la primera parte de este ensayo expone el autor la regulación de las aguas en la Constitución histórica de 1925, reformada en 1967 y su desarrollo legislativo en que se declara que los títulos de aguas de los particulares tienen la naturaleza jurídica de un derecho real administrativo, lo que luego desaparecerá de la legislación; también revisa el autor la protección de esos títulos a través de la garantía de la propiedad en la vigente Constitución de 1980. En la segunda parte, de tono prospectivo, el autor sintetiza los valores propios de toda Constitución y los conecta con los valores relativos al agua, y enumera aquellos que eventualmente podrá contener la nueva Constitución que se redacta en la actualidad.

Palabras clave: Aguas (como valor constitucional), Constituciones chilenas, Agua y Constitución (historia y

In the first part of this essay the author exposes the regulation of water in the historical Constitution of 1925, reformed in 1967 and its legislative development in which it is declared that the water titles of individuals have the legal nature of a real administrative law, which will later disappear from the legislation; The author also reviews the protection of these titles through the guarantee of property in the current Constitution of 1980. In the second part, with a prospective tone, the author synthesizes the values of any Constitution and connects them with the values related to the water, and lists those that may eventually contain the new Constitution that is currently being drafted.

Keywords: Waters (as a constitutional value), Chilean Constitutions, Water and Constitution (history and pres-

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Este ensayo fue presentado a las *XVII Jornadas de Derecho Administrativo*, organizadas por la Universidad de la Serena, realizadas de manera remota en noviembre de 2021, y será también publicado en las *Actas* respectivas.

² Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: alejandro.vergara@uc.cl. Dirección postal: Avenida Bernardo O'Higgins 340, Facultad de Derecho, Santiago de Chile.

³ Artículo recibido el 27 de diciembre de 2021 y aceptado el 15 de marzo de 2022.

actualidad), Constitución chilena de 1925 (modificación de 1967), Constitución de 1980 (aguas).

ent), Chilean Constitution of 1925 (modification of 1967), Constitution of 1980 (waters).

Introducción: Aguas y Derecho administrativo

El derecho administrativo general es la disciplina matriz del derecho de aguas; de ahí que toda la regulación de las aguas está plagada de técnicas administrativas: desde la primigenia declaración de las aguas como *bienes públicos*, pasando por la utilización de la técnica de la *concesión* de aguas, hasta el reparto competencial en *órganos administrativos* o de base privada para la ordenación o distribución de las aguas. En esos tres ejemplos comparan tres instituciones y técnicas de derecho administrativo que se especifican en materia de aguas: las aguas como bienes públicos; la concesión de aguas y los órganos administrativos con competencia en materia de aguas. Estas tres técnicas e instituciones pueden estar reguladas no solo en las leyes sino también en las constituciones.

En este escrito intento vincular el tema de las aguas con la Constitución. Ambos temas, por sí mismos, son muy amplios; pero su vinculación reduce algo la mirada y permite ofrecer antecedentes más concretos, que acaso puedan ser de utilidad para pensar ambos elementos en conjunto. Por una parte, una nueva Constitución está en proceso de redacción en nuestro país; y, por otra, las aguas, elemento esencial que permite la vida y prácticamente todas las actividades productivas al interior de la sociedad. El resultado es entonces, lo que podemos llamar *la Constitución de las aguas*.

Aguas y Constitución: ayer, hoy y mañana

i) *El mañana*. Hoy, en que ya está claro que nos aprestamos a la redacción de una nueva Constitución, cabe preguntarse cuál será el lugar de las aguas en ese nuevo texto. Esa es una perspectiva legítima para cualquier ciudadano y en especial para alguien ilustrado o conocedor de la materia de aguas. Por lo tanto, cabe realizar ese análisis de cuáles son las regulaciones o enunciados de aguas que debiese albergar la nueva Constitución, sobre lo cual me pronuncio más adelante, al final de mi exposición, esa perspectiva es la del mañana. Antes cabe observar el pasado y el presente.

ii) *El pasado*. En efecto, para iluminar ese mañana, y comprender mejor el presente, cabe observar la conexión de las aguas con la Constitución desde una perspectiva histórica; esto es, antes del derecho hoy vigente, y eso significa observar lo que pudo haber ocurrido en nuestras fuentes históricas, anteriores a los años setenta y ochenta del siglo recién pasado. Lo que intentaré responder será lo siguiente: ¿Estuvieron presente las aguas en los textos constitucionales anteriores? Ya sea explícita o implícitamente.

iii) *El presente*. En fin, para iluminar también ese mañana, cabe mirar el presente, en un sentido amplio, revisando las fuentes hoy vigentes y cómo se

han infiltrado las aguas por los entresijos de los enunciados constitucionales, desde 1976 hasta la fecha. Esta presencia de las aguas en la Constitución vigente, dato que todos conocemos, es bien escueta y acotada, pero importante. Esa presencia formal en el texto de la Constitución desde 1980, está acompañada de la praxis de la jurisprudencia constitucional.

De ahí que, ahora en orden cronológico, ofreceré algunos elementos de reflexión sobre las aguas en la Constitución, desde una triple perspectiva: primero, histórica; luego, de la praxis del derecho vigente y de su adjudicación jurisprudencial; y tercero, de lo que podría ser el mañana, esto es, de los posibles enunciados normativos que sobre las aguas pueda llegar a albergar una nueva Constitución.

Primera parte: perspectivas histórica y actual

¿Cuál ha sido la historia constitucional chilena en torno a las aguas? Como reviso en seguida, nada dicen las constituciones históricas, hasta 1967, en que a propósito de la Reforma Agraria se incluyeron las aguas, pensando en aquellas que se usan para el riego. En una época en que el pulso de la sociedad tenía un signo cercano a la estatalización de las aguas. ¿Cuál es la regulación de las aguas en la Constitución actual? En la Constitución de 1980, precedida con un texto de 1976, reaparecen las aguas, pero ahora con un signo distinto: dirigido a proteger los derechos de los particulares respecto de las aguas. Analizo ambas regulaciones en ese mismo orden.

I. Las aguas en la Constitución: perspectiva histórica (de 1967 a 1976)

Pareciera que la vez primera que las aguas se infiltraron en algún texto constitucional chileno fue a propósito de la reforma agraria realizada en 1967. Esto produciría hondas huellas en la historia normativa de la materia y en el imaginario jurídico popular. En efecto, la Ley N° 16.615, de 20 de enero de 1967, modificó el artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925, relativo al derecho de propiedad, con ocasión de la reforma agraria y dispuso que la ley podría reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas y autorizó a expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que fueren de propiedad particular. Escuchemos hablar esa ley, en lo pertinente:

Artículo único. Modifícase, en la forma que a continuación se indica, la Constitución Política del Estado de 25 de mayo de 1833, cuyo texto definitivo fue fijado por resolución de 18 de septiembre de 1925, y modificado por las leyes N°s 7.727, de 23 de noviembre de 1943, 12.548, de 30 de septiembre de 1957, 13.296, de 2 de mayo de 1959 y 15.295, de 8 de octubre de 1963:

“Sustituyese el N° 10 por el siguiente:

10. El derecho de propiedad en sus diversas especies. (...)

La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y solo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción (...).

Con posterioridad a esta norma constitucional se dictó la Ley N° 16.640, de 28 de julio de 1967, que en sus arts. 94 a 130 estableció en un Título especial, el nuevo régimen de aguas, en consonancia con la modificación constitucional anterior. Entre los aspectos que cabe resaltar puedo señalar dos que tendrían mucha significación posterior, y que dicen relación: i) con la naturaleza jurídica de las aguas, por una parte, y ii) con la naturaleza jurídica de los derechos de los particulares para su uso, por otra. Veamos.

1) En cuanto a la naturaleza de las aguas (esto es, el vínculo "estatal" o "público" de las aguas), dispuso el art. 94 de la Ley N° 16.640:

Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público.

El uso de las aguas en beneficio particular solo puede hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad competente, salvo los casos expresamente contemplados en el Código de Aguas.

Nótese el leve cambio de nomenclatura o *nomen iuris*: lo que antes la Constitución decía que era "dominio" nacional ahora la ley señala que son "bienes nacionales" de uso público.

2) En cuanto a la naturaleza de los derechos de agua, esto es, el vínculo de cada particular o usuario de las aguas, dispuso el nuevo art.12 del Código de aguas que:

El derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo que recae sobre las aguas y que consiste en su uso con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código.

Quedan así establecidas dos características muy relevantes de la regulación de las aguas, pero que tendrán una historia distinta. En efecto:

1) En el caso de las aguas como bienes nacionales de uso público, ya veremos (lo sabemos) que es una característica que perdurará hasta ahora en la regulación vigente. Si bien este *nomen iuris* lo veremos desaparecer del texto explícito de la Constitución posterior de 1980, no dejará de ser una nota implícita de la misma.

2) En el caso de la naturaleza de los títulos privados como “derechos reales administrativos”, desaparecerá del todo de la legislación a partir de 1976 y hasta ahora, sin perjuicio de lo correctísimo que era y es esa terminología, desde el punto de vista dogmático y como *nomen iuris*, para calificar los derechos que permiten a los particulares aprovechar los bienes públicos.

No deseo abundar en este instante, pero esa terminología, ese *nomen iuris*, esto es, el *derecho real administrativo*, había sido inventado a fines del siglo XIX por Maurice Hauriou, un jurista francés conocido de todos en esta materia, nombre que ha tomado carta de naturaleza en el derecho contemporáneo de los bienes públicos en general y en especial en materia de aguas. Basta solo levantar la mirada al derecho comparado y nos apercibiremos de ello. Pero para Chile, en 1967, en medio de una época de mucha polarización entre lo público y lo privado, fue no solo una novedad que los derechos de aprovechamiento de aguas fueran calificados de derechos reales, sino que esa terminología terminó siendo demonizada y confundida con los efectos del proceso de reforma agraria que se percibieron como muy negativos por los titulares de esos derechos de aguas (que eran a la vez propietarios de terrenos agrícolas).

Entonces, dado lo traumático que resultó ser la aplicación de esa ley de reforma agraria, la expresión “derecho real administrativo” pasó luego a engrosar el listado de términos jurídicos que producían rechazo. Ello pues, como digo, se le vinculó con la expropiación, la inseguridad registral y la posibilidad de extinción de esos derechos por una decisión administrativa discrecional. Este rechazo de una expresión, lo que es, primero, un fenómeno psicológico de los incumbentes se transforma luego en una tendencia política, que empuja a la eliminación de esta de los enunciados normativos.

II. Las aguas en la Constitución vigente (análisis desde 1980 a 2020) haciendo escalas en 1979 y 1980

La próxima etapa en este recorrido es la revisión de los orígenes de la actual presencia de las aguas en la Constitución de 1980, aún vigente; la cual estará vigente, todos lo sabemos, hasta que, primero, un quorum de los 2/3 de los convencionales constituyentes aprueben un texto diferente en la materia y sea ratificada por el llamado plebiscito de salida del proceso constituyente. ¿Qué es lo que contiene la actual Constitución en materia de aguas?

1. *Una referencia explícita a las aguas en el art. 19 N° 24 inc. final, en relación con las titularidades de los particulares sobre las aguas.* En primer término, de manera explícita contiene una referencia a los derechos de los particulares sobre las aguas, con el objeto de protegerlos mediante la garantía de la propiedad. Es el art. 19 N° 24 inciso final. No es que la Constitución diga que las aguas son de propiedad de alguien, sino que siguiendo el mismo modelo de los derechos reales de concesión minera (regulados en incisos anteriores de la Constitución de 1980) se dice lo siguiente respecto de los derechos de aguas:

“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

Por lo tanto, esta referencia está dirigida a darle seguridad jurídica a los titulares de derechos de aguas, ya sean titulares de derechos reconocidos (esto es, usos consuetudinarios) y constituidos (esto es, otorgados a través de concesiones administrativas). Respecto de este texto, cabe señalar dos antecedentes anteriores:

a) En 1976 se había incorporado con rango constitucional a través del Acta Constitucional N° 3, que a su vez había derogado el artículo 10 de la Constitución de 1925 (que reviso más arriba), el siguiente texto:

“Un Estatuto especial regulará todo lo concerniente a la propiedad minera y al dominio de las aguas”.

Claramente había aquí, tanto en materia minera, como en materia de aguas, un designio muy distinto al que prevalecerá después, pues se refería ese texto de 1976 al “*dominio de las aguas*”, como si a los particulares se les fuere a asegurar o entregar una titularidad dominical. Pero esa pretensión individualista solo perduraría tres años, y las cosas volverían al cauce habitual, en que a los particulares se les protegerá su derecho, pero no se les otorgará dominio sobre las aguas.

b) En efecto, en 1979, se dicta el Decreto Ley (DL) N° 2.603, en ejercicio del poder constituyente y legislativo, y se modifica esas expresiones del Acta Constitucional N° 3 y se consagra, por vez primera, el inciso sobre las aguas que perdurará en la Constitución de 1980, y que transcribo más arriba. Por lo tanto, el actual inciso final del art. 19 N° 24 referido a las aguas fue incorporado por vez primera a la regulación constitucional en 1979 y no en 1980. Ese DL N° 2603 de 1979, fue muy importante para las titularidades de aguas, pero no puedo detenerme en él ahora.

Esa es la historia del establecimiento del único texto explícito sobre las aguas en la Constitución vigente.

2. Pero hay también dos referencias implícitas al vínculo “público” o “nacional” de las aguas en los arts. 19 N° 23 y 19 N° 24. En efecto:

a) por una parte, la Constitución vigente contempla en su art. 19 N° 23 una regla que consagra la *summa divisio* o división mayor de los bienes en nuestro derecho, clasificándolos en bienes privados o bienes públicos. Se refiere a los bienes públicos utilizando el *nomen iuris* de los bienes nacionales de uso público utilizado en el art. 589 inciso 1° del Código Civil en 1857; esto es:

“(…) bienes que deban pertenecer a la Nación toda”.

Esta vieja expresión es sinónima de la anterior, y ambas se refieren al vínculo público o nacional con bienes de alto significado o relevancia social,

y en el caso de las aguas, este artículo está desarrollado por el Código Civil y el de Aguas, los cuales, respectivamente, en sus arts. 595 y 5° señalan que “todas las aguas son bienes nacionales de uso público”. Por lo tanto, es implícito que la Constitución vigente en su art.19 N° 23 al referirse a los “bienes que deban pertenecer a la Nación toda” se está refiriendo a las aguas, las cuales desde 1857 y hasta ahora han tenido y tienen esa calidad. La única novedad es que en virtud de la disposición transitoria cuarta esos arts. del Código Civil y del Código de Aguas, se entiende que tienen el carácter de ley de quórum calificado.

b) por otra parte, es también una referencia implícita al vínculo público de las aguas el art.19 N° 24 inciso final de la Constitución vigente en cuanto clasifica a algunos derechos de aguas como “constituídos”, en oposición de los derechos reconocidos. La autoridad puede constituir derechos de aguas bajo el supuesto evidente de que ello es posible en la medida que las aguas sean públicas y no privadas.

Entonces, cabe entender que la constitución de los derechos de aguas siempre se ha producido en nuestra tradición jurídica a través de decisiones concesionales de los órganos administrativos que han tenido potestades para ello, de acuerdo con los textos normativos históricos hasta hoy. En la actualidad, todos sabemos, los derechos de aguas se constituyen por decisión de la Dirección General de Aguas. Y es implícito que las aguas son bienes públicos, pues de otro modo sería incoherente que un órgano administrativo pudiese constituir derechos sobre las aguas si eso no fuese así. Esa disposición constitucional descansa, entonces, sobre un sistema tradicional de constitución o creación de derechos de aguas a través de concesiones administrativas.

Así, el resultado del análisis de la Constitución de 1980 ya sea a través de sus disposiciones explícitas o implícitas, ofrece resultados similares al análisis del texto constitucional inmediatamente anterior, a partir de su reforma de 1967, y ambas titularidades están manifestadas de un modo estructural. Las técnicas jurídicas son las mismas; inevitablemente.

Pero cabe preguntarse, ¿cuáles son las diferencias de ambos textos constitucionales? Sin perjuicio de otros detalles técnicos que ya luego mencionaré, es el *contexto* de los textos constitucionales lo que marca la diferencia. Es que: i) no es lo mismo la protección que se le brindaba a las titularidades privadas en la Constitución anterior, que la que brinda explícitamente y a través de mecanismos concretos la actual Constitución de 1980; y, ii) no es lo mismo la limitación que se consagra a las potestades administrativas que puedan surgir respecto de los órganos administrativos que regulan las aguas como bienes nacionales de uso público.

3. *En fin, existen dos garantías conexas con las aguas: el derecho a la vida y el cuidado del medioambiente.* Ello ha dado lugar a la jurisprudencia a considerar el agua como un derecho humano y a considerarla entre los recursos naturales que cabe preservar.

a) *Derecho humano al agua (ex art. 19 N° 1 Constitución)*. El agua hace posible la vida y la Constitución protege la vida como un derecho. La Carta Fundamental no se refiere explícitamente al derecho humano al agua como una garantía autónoma, pero lo hace indirectamente a través de la consagración del citado derecho a la vida. Así lo han entendido los tribunales, que han recurrido a esta garantía constitucional para reconocer y proteger el derecho de las personas al agua para consumo y subsistencia.

b) *El agua y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8 Constitución)*. Se trata de una regla que complementa el esquema de bienes públicos y recursos naturales en la Constitución. Lo que agrega este numeral es que el uso y aprovechamiento de los recursos naturales debe hacerse bajo lineamientos de protección, conservación y resguardo de estos, de modo de asegurar la garantía constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

III. La jurisprudencia constitucional y el legislador común

Cabe referirse a estos dos importantes *desarrollos* de la normativa constitucional

1. *La jurisprudencia constitucional*. Los anteriores análisis, bien evidentes por lo demás, han sido realizados también, cumplidamente, por la escasa pero existente jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se ha referido a la materia. Por cierto, nunca ha sido la naturaleza pública de las aguas el conflicto resuelto por dicho tribunal, esto es, no existe *ratio decidendi* alguna al respecto; pero atendida la costumbre de esa jurisdicción de plagar sus sentencias de *obiter dictum* (esto es, de dichos al paso) hay varios desarrollos sobre la materia de los vínculos privados y públicos que sobre las aguas regula la Constitución. Si pudiera rescatar algo de esos pasajes de las sentencias, puedo decir que se ha captado lo esencial de la Constitución, en cuanto que: i) consagra un vínculo público de las aguas, que excluye la apropiación directa por los particulares; y ii) consagra una titularidad protegida sobre los derechos de aguas, que permiten el uso de la misma.

2. *Silencio parcial del Código de Aguas*. El Código de Aguas de 1981 desarrolla en su articulado ambos vínculos fundamentales. No podía menos que hacerlo. Pero incurre en un par de silencios bien significativos; los que cabe vincularlos con la experiencia regulatoria y política de la reforma agraria. En efecto: i) por una parte, reconoce explícitamente la condición de las aguas como bienes públicos; y, ii) por otra parte desarrolla la protección de las titularidades privadas sobre las aguas; pero omite ostensiblemente dos expresiones o *nomen iuris* relacionados con los derechos de aguas y su creación, como desarrollo en seguida.

a) *En cuanto al vínculo público de las aguas*. El Código de Aguas:

i) Repite en su artículo 5° la calificación de las aguas *in rerum natura* (esto es, en la fuente) como “bienes nacionales de uso público”, siguiendo la

vieja denominación de los artículos 589 y 595 del Código Civil; este último reza: “Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”.

ii) Dada la condición anterior establece una doble administración de las aguas: por una parte, a cargo de diferentes órganos administrativos, a la cabeza de los cuales pone a la Dirección General de Aguas; y, por otra, le encarga la distribución de las aguas a organizaciones privadas, conformadas por los titulares de derechos de aguas, las que cumplen esa función pública con autonomía de los órganos administrativos.

b) *En cuanto al vínculo privado de las aguas.* Al respecto, el Código de Aguas al regular las aguas incurre en las siguientes omisiones terminológicas:

i) omite señalar que los derechos de aprovechamiento de aguas tienen la naturaleza jurídica de “derechos reales administrativos”; y,

ii) omite señalar que el acto administrativo de la autoridad que crea los derechos de aguas constituye, de modo paradigmático, una “concesión”.

Es que ambas expresiones, “derecho real administrativo” y “concesión”, quedaron relegadas a una condición de *demonización* a fines de la década de 1960, como dije antes. Esa tensión es aún notoria y la observamos en la discusión a que dio lugar el Proyecto de reforma del Código de Aguas que se tramita desde 2011, primero ante la Cámara de Diputados y luego en el Senado (sobre cuyos detalles no puedo abundar ahora), en el cual:

i) por una parte, se elimina la expresión *propiedad* sobre los derechos en todos los sitios en que el código vigente lo menciona. Es un nuevo *trauma*, podríamos decir; el empeño del último tiempo ha estado dirigido a eliminar la expresión *propiedad* de los derechos (lo que causa en principio incerteza e inseguridad a los titulares de derechos de aguas); pero, al mismo tiempo,

ii) se está restableciendo la expresión *derecho real* para definir la naturaleza de los derechos de aprovechamiento de aguas (lo que causa en principio certeza y seguridad a los titulares de derechos de aguas).

¿Es algo revolucionario? Recordemos que las revoluciones políticas y jurídicas son, en el fondo, de significados, de conceptos y aquí comparecen estos dos conceptos: propiedad y derecho real. En principio, ambas titularidades merecen la protección constitucional. El constituyente de 1980 eligió una vía indirecta de proteger los derechos de aguas, otorgando *propiedad* sobre los derechos de aguas, fenómeno que he denominado “propietarización” de los derechos en varias publicaciones académicas, desde 1991. La alternativa era que la Constitución hubiese protegido no solo la propiedad sobre bienes sino también *directamente* a los derechos (sin necesidad de considerarlos cosas o bienes incorporales, sobre las cuales se tiene propiedad). Ese es el caso, por ejemplo, de la Constitución española, cuyo artículo 33.3 protege tanto los bienes como los derechos.

Segunda parte: las aguas en la futura constitución

En esta parte intento unir dos elementos: la Constitución y *las aguas*. 1º) el primer elemento es la Constitución. En nuestro país estamos en medio de un proceso de reforma de la Constitución *vigente*, esto es, del texto que está escrito desde el punto de vista jurídico. Pero pareciera que la idea de Constitución que tiene un pueblo va más allá del texto escrito y existen sub-textos que están antes que esa escritura, y no solo podemos interrogar a los especialistas en ese texto, como los profesores de derecho constitucional o administrativo, o de las demás especialidades jurídicas, todas representadas en la Constitución. Quizás podemos interrogar a la sociedad y a nosotros mismos sobre el significado de una Constitución, que es la que albergará las aguas como materia regulada. 2º) el segundo elemento son *las aguas*, las cuales son naturalmente aprovechadas por los habitantes de un territorio nacional, y a su respecto se originan relaciones jurídicas, costumbres y valores compartidos, los que cabe revisar, ante la perspectiva de que aquellos que se considere fundamentales sean incorporados al nuevo texto constitucional. Como se trata de valores o convicciones compartidas, centraré el análisis en una propuesta de tales.

Veamos, primero, qué es una Constitución; y, en seguida, podremos comprobar su conexión con *las aguas*. Contestaré a las preguntas: ¿Qué es una Constitución? ¿Qué es la Constitución de las aguas? ¿Las aguas necesitan de una Constitución? O lo que es lo mismo, ¿necesitan las constituciones referirse a las aguas?

I. La Constitución y sus valores

Reviso, ahora, lo que es una Constitución y los valores ínsitos en ella. La bibliografía del nacimiento de la idea de Constitución, su historia, su significado actual; del contenido de cada Constitución y de los conceptos ahí desarrollados; referida a su texto, a sus procedimientos de reforma, etc.; es inabarcable. Tendríamos que hacer comparecer aquí no solo a los constitucionalistas, que son los mayores expertos juristas de la Constitución, sino también a los otros juristas de las demás disciplinas, como el derecho administrativo, por ejemplo; también a los sociólogos, a los científicos políticos, a los filósofos; incluso también a los hombres de acción, a los políticos estrictos.

a) *Una idea general de Constitución. Constitución sociológica y jurídica. Valores detrás de la idea de Constitución.* Con la ayuda de las constituciones, desde hace dos siglos, de manera escrita, los pueblos intentan construir una vida social sana. De ahí que referirse a la Constitución es un ejercicio de una gran amplitud. A todos nos da la sensación de que es referirse al grado sumo del paisaje jurídico; por eso se habla de la Ley Suprema, y otros superlativos y metáforas. Todo lo cual también da la sensación de constituir un elemento esencial en medio de la unidad social; lo que se traduce en unidad del orden

jurídico: todo lo jurídico pareciera encontrar o debiera encontrar en la idea de Constitución su síntesis; o al menos albergarlo. Pero la Constitución no es pura forma; es también derecho viviente.

Existen dos ideas de Constitución en medio de las sociedades: i) una Constitución sociológica (donde están o debiesen estar los valores compartidos por todos); y ii) una constitución jurídica (donde están escritos formalmente en un texto, esos valores, pero en clave jurídica, con técnicas jurídicas; de esas técnicas que inventan los juristas). Ello pues las constituciones escritas son un amasijo de reglas que orientan la vida colectiva, derivadas de los valores compartidos. Es un *corpus* de valores, en nuestra técnica actual, compartido al menos por los 2/3 de nuestros ciudadanos. Se supone que una minoría no impone esos valores; sino una mayoría calificada. Quizás quien explicó mejor la necesidad de mayorías calificadas o contramayoritarias, como se las sindicó hoy, es Hans Kelsen, en un precioso texto escrito hace poco más de un siglo, en 1920, sobre la esencia y valor de la democracia.

Configura entonces la Constitución las bases de la convivencia o aquello que mayoritariamente un pueblo se propone como designio: por ejemplo, vivir en paz, respetarse mutuamente las diferencias (tolerarse); respetar las decisiones ajenas que no nos dañan; etc. Las convicciones de cada ciudadano de ese pueblo se convierten en reglas comunes; esas convicciones se convierten en instituciones jurídicas, detrás de las cuales existen esos valores compartidos.

La Constitución como técnica jurídica, nace junto con la democracia, la que es a su vez sinónimo de Estado de derecho. Estas técnicas son un legado técnico de los juristas a las sociedades. La democracia, esa realidad política, se sustenta en esas dos técnicas jurídicas: Constitución y Estado de derecho; a la que se unen otras ideas y técnicas: como la de Ley; de separación de poderes; de control judicial, de la cosa juzgada, y otros.

Es raro concebir una Constitución para regular la vida social en medio de una dictadura permanente; sería una *pantomima*. Aunque en nuestra historia constitucional, la última Constitución se gestó en medio de una dictadura, lo que luego devino en una democracia; pero esta última cabe ir perfeccionándola o ajustándola a los tiempos o al sentir de ese pueblo. De ahí que es posible reformar las Constituciones formales, escritas; sin perjuicio de que existen valores que trascienden usualmente, en uno y otro texto histórico de Constitución, y permanecen. Es difícil borrar del todo los textos constitucionales históricos.

b) *El contenido mínimo de una Constitución.* Pero hay al menos tres ideas básicas presentes en toda Constitución. En todos los casos, ya sea de constituciones escritas o consuetudinarias; sociológicas o jurídicas, de esos valores se desprenden tres valores esenciales de toda sociedad o conglomerado de valores: 1º) la organización del poder, para evitar la anarquía; 2º) la protección de las garantías o derechos fundamentales de cada ciudadano;

y 3º) el compromiso de continuar viviendo juntos como sociedad (cuidar la relación y mirar el futuro). En cada uno de estos tres aspectos centrales de una Constitución, podemos observar valores y convicciones, que se convierten en técnicas jurídicas, en instituciones, en procedimientos, que quedan usualmente redactados en los textos constitucionales. Y muchas veces se confunden esas técnicas con los valores que están detrás de la Constitución sociológica; con las convicciones de cada cual y las compartidas. Veámoslos rápidamente:

i) *Toda Constitución establece la estructura del poder y fija sus límites.* Los ciudadanos toleramos la existencia de esas estructuras y técnicas. Y amoldamos nuestras conductas a su existencia, lo que respetamos. Así, toda Constitución: i) se refiere al jefe de Estado; de un poder ejecutivo, que está a la cabeza de todos. A veces es un rey, en la medida que no sea un déspota; un Presidente; o un Primer Ministro. Detrás de eso está el valor del orden. Este jefe de Estado está a la cabeza de una amplia organización: la Administración; ii) se refiere a las reglas; a la ley; al poder legislativo. La ley es emanada de un parlamento, que es la voz delegada del pueblo. Comprendemos que la ley es otra técnica (similar a la Constitución) en que se concretizan los valores compartidos en materias más detalladas; y, iii) se refiere al poder judicial; a las sentencias con efecto de cosa juzgada; de los jueces; del proceso justo.

ii) *Toda constitución establece un equilibrio y limitaciones de estos tres poderes, los cuales están separados entre sí.* Regula el respeto a los procedimientos de cada uno de ellos.

iii) *Toda Constitución se refiere a los derechos fundamentales del hombre: sus garantías.* Ya sea en sus relaciones con el poder, como entre sí: la libertad; la propiedad; el respeto a la vida privada; y todo un catálogo de garantías y libertades que todos reconocemos fácilmente en una Constitución. Entre estas garantías están las de elegir a esas autoridades y aprobar esas reglas.

iv) *¿Qué más cabe agregar?* Cabe agregar el compromiso de continuar viviendo juntos; cuidar esa relación social. De aquí se derivan todas las obligaciones, a veces como contrapartida de los derechos y garantías, otras más difusas pero reconocibles; como: la lucha contra la criminalidad; contra los prejuicios étnicos; contra la esclavitud; la solidaridad con quienes carecen de bienestar; en dos palabras: *la defensa de la democracia* (en los traspasos del poder, por ejemplo).

v) *Podríamos agregar además el agua;* por cierto, eso se escucha en marchas callejeras, en planteamientos políticos y en escritos académicos y columnas, de profesores y activistas políticos. Y por cierto que ello es perfectamente legítimo, pues en torno al agua existen valores que podríamos consagrarlos en reglas constitucionales.

Todo estas técnicas y valores así enumerados (1° a 5°) usualmente están contenidos formal y explícitamente en una Constitución; y pareciera a primera vista que solamente es posible encontrarlas verbalizadas o escritas en el texto de una Constitución, o en su subtexto; o en las leyes que le siguen; o en las sentencias de los tribunales constitucionales o de los tribunales ordinarios.

II. Las aguas y sus valores

¿Cuáles son los valores constitucionales vinculados con las aguas? Pareciera que los valores constitucionales y las técnicas puestas a su servicio se pueden encontrar en medio del ruido social, en la llamada Constitución viviente; lo que sean las aguas y sus valores conexos puede ser recogido en medio del sentimiento popular. La Constitución es un amasijo tan serio y completo de valores como el sustrato de los sentimientos de todos respecto de muchos aspectos de la vida social, entre ellos sobre un recurso común como son las aguas. Enumero de aquí en adelante, simplemente, algunos aspectos fundamentales de las aguas, en donde se albergan valores compartidos y que pudieran estar en el centro de una futura regulación constitucional de las aguas.

1. *La relación jurídica esencial de las aguas: su protección, uso y apropiación.* Las aguas constituyen, en sentido jurídico, un bien con características bien singulares y están conectadas con aspectos básicos de la vida (sin ellas no podemos sobrevivir) y de la actividad de las personas (en diferentes actividades productivas: riego, industria, generación eléctrica, etc.). De ahí que se genera: i) por una parte, la necesidad de protegerlas o de establecer regulaciones para su ordenada apropiación, bajo la ordenación administrativa (potestades estatales); y, ii) por otra parte, la natural tendencia individual a usarlas o a apropiárselas por los particulares (títulos). Son dos, entonces, los conceptos esenciales de toda relación jurídica que se produce respecto de las aguas y que forman parte ineludible de su construcción jurídica en el derecho histórico, comparado y actual de nuestro país:

a) la necesidad de un vínculo público o llamado estatal o nacional para asegurar esa protección. De aquí la tendencia a declarar las aguas como bienes públicos o patrimonio de la nación, o algo similar; y,

b) por otra parte, la necesidad de un vínculo privado o de los particulares respecto de las aguas, para propiciar seguridad jurídica a sus titulares.

En ambos vínculos jurídicos se intenta proteger un valor, ya público, ya privado, en unas fronteras móviles que van cambiando según las vicisitudes históricas; pero lo que no desaparece de los textos principales en la materia es la necesaria construcción jurídica de ambos vínculos.

Ya hemos verificado *supra* en la primera parte de este escrito que la presencia de las aguas en los textos constitucionales de ayer y hoy ha sido a través de enunciados referidos a estos dos vínculos o técnicas jurídicas recién enunciados. De ahí que lo más probable es que si la nueva Constitución se

refiere a las aguas será para especificar este vínculo, ya confirmando los valores tradicionales o alterándolos.

2. *Las aguas y la evolución de las convicciones sociales.* La visión de las aguas en una sociedad es evolutiva y tiene que ver con lo que se entiende por el agua a cada momento, lo que deriva de la realidad de este vital elemento y de las propias evoluciones al interior de la sociedad; sin perjuicio de que hay aspectos que son permanentes a su respecto: la misma esencialidad de este vital elemento no sufre de evoluciones, sino de constantes constataciones. Los cambios pueden provenir:

a) de la realidad del agua o de su escasez. Pueden existir sequías estacionales o esporádicas; a eso estábamos acostumbrados, y ahora hay sequía permanente; lo que necesariamente cambia la visión del agua; es una visión más dramática de la escasez; y,

b) también este cambio puede provenir de evoluciones al interior de la sociedad. La sociedad se transforma en una sociedad más crítica de algunos elementos que antes no se notaban o no formaban convicción: por ejemplo, una visión más conservacionista, que implica al agua, y que ha ido impregnando en nuestra sociedad a pasos agigantados desde fines de la década de los 90 del siglo pasado, recién. O, una visión crítica de la existencia de derechos de aguas asegurados con la garantía de la propiedad, a los que curiosamente se los sindicó como parte de la supuesta “mercantilización” de las aguas. Y así.

Pero el diagnóstico de las aguas depende de las convicciones de cada cual y de las tendencias que marquen a la sociedad. Durante muchos años la tendencia ha sido una y hoy nos vemos empujados a que cambie esa tendencia. El futuro está abierto, y ya veremos qué pasará con las sequías crónicas y con los críticos crónicos; a lo cual habrá que integrar el diálogo democrático.

3. *Los repartos de poder en materia de aguas.* El actual modelo legislativo consagra tres dominaciones: sociedad, mercado y Administración del Estado. A veces se propicia la necesidad de entregar todo el poder a la Administración del Estado en la materia, como si solo la burocracia pudiera resolver los problemas de gestión y uso de las aguas. Éxitos y fracasos actuales quizás implican cambios en diversos frentes, pero no parece una buena idea debilitar los elementos no estatales de la regulación de las aguas.

Las tres dominaciones del agua funcionan con una dinámica que no cabe alterar tan radicalmente y sin previos análisis serios y rigurosos: los usuarios (agricultores, indígenas, industriales y empresas), la Administración del Estado, esto es, la Dirección General de Aguas (que en medio de sus dificultades burocráticas cumple un rol de ordenación) y el mercado (los ciudadanos individuales, titulares de derechos seguros, y que hasta ahora pueden ser transferidos libremente). Estas tres instancias ejercen distintas funciones, con autonomía una de otra. Ni el mercado obstaculiza a las organizaciones de usuarios ni a la Administración; ni se espera que suceda viceversa. Por

lo tanto, sería un grave desequilibrio instaurar una especie de despotismo administrativo, para que la Dirección General de Aguas tenga un predominio absoluto y, por ejemplo, alterar la autonomía de los usuarios y del mercado, transformando a todos los titulares de derechos de aguas en nuevos y dóciles súbditos del poder de turno. Quizás el mejor modelo de órgano administrativo para la ordenación de las aguas sea el de una agencia autónoma, que no esté anclada en la Administración central del Estado, como ocurre hoy con la Dirección General de Aguas.

4. *Las aguas como insumo de diversas actividades productivas.* Cabe cuidar el crecimiento del país, el que es posible en buena medida por un acceso cierto y seguro a las aguas; pues sin crecimiento no hay solidaridad social posible. El sistema jurídico actual de aguas ha drenado esas otras regulaciones sectoriales que explican el crecimiento y la producción, y sería incomprensible la actual confianza, seguridad y certeza de las actividades hidroeléctrica, sanitaria (de agua potable), minera, frutícola, industrial y otras, sin la confianza que ofrece el actual sistema para recibir el insumo de agua, sin intromisiones unilaterales o arbitrarias de algunas de estas instancias de dominación. No ha sido necesario, por ejemplo, declarar formalmente el derecho humano al agua, ni en la Constitución actual ni en el Código de Aguas, para que se haya producido en la práctica la cobertura casi total de agua potable en las ciudades, a través del sistema de concesiones sanitarias (paradójicamente, un derecho humano logrado por un modelo que respeta las decisiones individuales, esto es, de mercado). Sin perjuicio que al respecto existen desafíos que enfrentar en lugares específicos del país, en que hay grave carencia de aguas.

Conclusión

1° ¿Qué dirá la nueva Constitución sobre las aguas? No lo sabemos aún, pero hay muchas propuestas. A partir de toda la enumeración anterior, ¿qué se podría pronosticar o sugerir en materia de aguas para esa nueva Constitución? Pareciera que el petitorio ya está lleno, y hay una serie de enunciados o designios que ya han sido gritados en las calles o pintados en algún muro.

2° Pero, sean cuales sean esos petitorios, no cabrá olvidar que todos deberán descansar sobre la definición precisa de estos dos vínculos principales, ya público, ya privado. De otro modo, se haría irreconocible el desenvolvimiento de la vida social en torno a las aguas, pues:

i) es impensable que deje de existir una protección o tutela de las aguas en sentido público; y, al mismo tiempo; y,

ii) es impensable que dejen de existir titularidades privadas que gocen de seguridad para el aprovechamiento individual de las aguas.

Sobre la base de lo anterior, se podrán realizar modulaciones o especificaciones que marcarán los signos de la regulación especial.

3° Me atrevería a sugerir, una vez más, que la mirada también debe dirigirse a las instancias colectivas o comunitarias. Pues las aguas no solo convocan potestades estatales o derechos individuales, también acciones comunitarias, las cuales han sido desarrolladas de manera ancestral por comunidades de aguas, asociaciones de canalistas y juntas de vigilancia en nuestro país.

La publicidad de los permisos de edificación: una incorrecta aplicación supletoria de la Ley N° 19.880

The publicity of the construction licenses: a wrong subsidiary application of Law 19.880

Giannina Bocchi Jiménez¹

Si bien la Ley General de Urbanismo y Construcciones regula la publicidad de los permisos de edificación, la Corte Suprema viene sosteniendo que, en ciertos casos, deben además publicarse en el Diario Oficial. Ello constituye una aplicación supletoria incorrecta de la Ley N° 19.880, por no existir laguna normativa alguna que colmar.

Although the Law General of Urban Planning and Construction regulates the publicity of construction licenses, for a while the Supreme Court holds that, in certain cases, they must be also published in the Official Gazette. This may be considered a wrong subsidiary application of Law 19,880, since there is no legal vacuum to be filled.

Palabras clave: Ley N° 19.880, permiso de edificación, aplicación supletoria, publicidad, laguna.

Key words: Law 19.880, construction license, subsidiary application, publicity, legal vacuum.

Introducción

En este comentario de jurisprudencia revisaremos el criterio de la Tercera Sala de la Corte Suprema referido a la publicidad de los permisos de edificación regidos por la Ley General de Urbanismo y Construcciones (en adelante, LGUC), el que ha sufrido una mutación importante desde el caso del Hotel Punta Piqueros, en 2013, a la fecha. Observaremos que el máximo tribunal exige actualmente que los permisos que autori-

¹ Abogada. Licenciada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Magister en Derecho (c), Universidad de Chile. Profesora de Clínica Jurídica de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico gabocchi@uc.cl. Dirección postal: Av. Libertador Bernardo O'Higgins N° 340, Santiago de Chile.

Artículo recibido el 9 de mayo de 2022 y aceptado el 20 de junio de 2022.

zan proyectos de gran envergadura o que se encuentran en zonas protegidas sean publicados en el Diario Oficial, mediante una aplicación supletoria la Ley N° 19.880. La explicación que proponemos es que la Corte ha comprobado la ineficacia de las normas que establecen un procedimiento voluntario de publicidad para el titular de un permiso, por lo que ha corregido tal situación con la finalidad de posibilitar el derecho de terceros interesados de impugnar estos actos administrados. Nuestra tesis sostiene que el recurso a la Ley N° 19.880 en estos casos es incorrecta, ya que en la LGUC no hay un vacío normativo que deba ser llenado; sí existe una antonimia normativa, la que debe resolverse apelando a la legislación urbanística especial.

Una ley ineficaz

La Ley N° 19.878 modificó la LGUC innovando con una regulación especial acerca de la publicidad de los permisos de edificación que otorgan las Direcciones de Obras Municipales o bien, el Director (en adelante, indistintamente, DOM), a través de la incorporación de un nuevo inciso 8° al artículo 116 (actual inciso final), en el que se contemplan deberes para la autoridad municipal con la finalidad de dar a conocer a la comunidad los permisos que emite, sumando también un nuevo artículo 116 bis C), que consagra un procedimiento facultativo para el titular de un permiso con el mismo propósito². El objetivo de esta creación era evitar los daños y eventuales abusos que sufrían los desarrolladores inmobiliarios cuando terceros de buena o mala fe impugnaban los permisos, “ya sea mediante reclamaciones administrativa, jurisdiccionales y, especialmente, mediante la vía de recursos de protección, generando en esta forma grave incertidumbre y elevados perjuicios”³.

Sin embargo, a diez años de su entrada en vigencia, la modificación introducida por la Ley N° 19.878 había tenido escaso –por no decir nulo– impacto. Así, si revisamos el Diario Oficial en un período de diez años desde que se publicó la Ley N° 19.878 (31 de mayo de 2003), nos encontraremos con solo 5 actos administrativos sometidos al procedimiento voluntario de publicación en el Diario Oficial:

Tabla 1

Fecha publicación Diario Oficial	Permiso de Edificación	Destino	Comuna
15 de diciembre de 2004	N° 258 de 22 de septiembre de 2004	Habitacional	Peñalolén
1 de julio de 2005	N° 453 de 5 de agosto de 2004 Modificación N° 109 de 26 de febrero de 2005	Habitacional	Viña del Mar

² HELFMANN 2020, 142.

³ FIGUEROA VELASCO y FIGUEROA VALDÉS 2016, 244-245.

15 de noviembre de 2007	S/N° de 24 de noviembre de 1995 Modificación N° 36 de 12 de julio de 2007	Hospedaje	Isla de Pascua
15 de febrero de 2008	N° 35 de 23 de enero de 2008	Equipamiento	San Carlos
19 de diciembre de 2013	N° 80 de 11 de septiembre de 2013	Habitacional	San Bernardo

Fuente: *Elaboración propia.*

De esta breve lista, podemos deducir que la modificación dispuesta por el legislador en el artículo 116 bis C) de la LGUC, en el periodo observado, tuvo nula eficacia, considerando que, solo en un año se llegan a emitir más de 30.000 de permisos acogidos a la LGUC⁴ en todo el país.

Ahora bien, la ineficacia de la modificación legal fue, sin embargo, *corregida* en sede judicial. En efecto, la Tercera Sala de la Corte Suprema, mediante su sentencia de 2 de mayo de 2013 sobre el Hotel Punta Piqueros⁵, removió algunos supuestos que se daban por sentados.

En primer lugar, sostuvo que es facultad del titular del permiso de edificación la notificación de este acto administrativo en el Diario Oficial, no constituyendo esta última clase de publicación una obligación para el ente municipal (c. 10°). En segundo lugar, si bien confirma que la DOM de Concón cumplió con sus obligaciones de exhibir el permiso de edificación cuestionado en la propia sede municipal, además de difundirlo en el sitio web del municipio (c. 10°), el principio de transparencia y publicidad del procedimiento administrativo consagrado en la Ley N° 19.880, en particular su artículo 48, hacía perentoria la publicación del permiso de edificación en el Diario Oficial, al estar en presencia de un acto administrativo que contiene normas de general aplicación que mira al interés general: En concordancia con lo anterior, el artículo 48 de la citada Ley N° 19.300, norma *supletoria* en los procedimientos administrativos especiales, ha dispuesto en su párrafo segundo, sobre publicación de los actos administrativos, la obligación y el deber de publicar en el Diario Oficial, entre otros, los actos administrativos que “contengan normas de general aplicación o que miren al interés general”.

En la especie, se está frente a un permiso de edificación de un proyecto hotelero *de las características y magnitudes* ya reseñadas en los fundamentos anteriores, que se construirá en el borde costero de la comuna de Concón, zona de innegables atributos naturales y paisajísticos, la cual tratándose de uno de los mayores patrimonios de esa ciudad ha sido objeto de protección adicional a través de diversos instrumentos legales, como la Ley N° 13.364 o “L.L.”, que tuvo como uno de sus principales propósitos evitar que el veloz desarrollo

⁴ Información correspondiente al año 2020. Fuente: <https://www.ine.cl/estadisticas/economia/edificacion-y-construccion/permisos-de-edificacion>, fecha de consulta 26 de abril de 2022.

⁵ *Ossandón Valdés Juan Carlos con Alcalde Municipalidad de Concón* (2013).

urbano menoscabara la costa y su paisaje, preservando así uno de los mayores atractivos que tiene esta zona que es precisamente su línea costera⁶.

La mencionada Ley N° 13.364, conocida también como “Ley Lorca”, exigía que determinados permisos de edificación de la comuna de Viña del Mar (a la que pertenecía Concón hasta el año 1995, cuando se dictó la Ley N° 19.424 que creó dicha comuna), fueran otorgados con acuerdo de dos tercios de los regidores (concejales) en ejercicio, previo informe favorable de su departamento de obras (artículo 13).

A partir de ello, la Corte Suprema concluye que la construcción en el borde costero con miras a su protección se encuentra *especialmente regulada, por lo que el permiso de edificación “es del interés de toda una comunidad, por cuanto autoriza la ejecución de un proyecto hotelero en un área que conforma con toda seguridad el más importante patrimonio natural de la comuna y de cuya salvaguarda depende, en gran medida, el desarrollo de esta”*⁷. Finalmente, concluye:

Que, en consecuencia, en este caso específico resultaba exigible a la autoridad edilicia la notificación de este permiso de edificación a través del mecanismo que el ordenamiento jurídico reserva para los actos administrativos más relevantes y trascendentes para la comunidad, cual es, su publicación en el Diario Oficial.

Como se ha dicho, la difusión del permiso de edificación del Hotel Punta Piqueros no se verificó bajo esa modalidad sino únicamente a través de los canales antes descritos. De ello se sigue que no puede ser aceptada la alegación de extemporaneidad planteada por la recurrida, desde que no es posible observar un momento cierto a partir del cual computar el plazo de que disponen los afectados para impugnar una actuación del órgano municipal que incide en la ocupación del borde costero, área cuya valoración por los habitantes de la comuna de Concón es dable presumir⁸.

I. La doctrina de la Tercera Sala

La sentencia anterior, que podríamos caracterizar como un hito en la materia de publicidad de este tipo de actos administrativos, fulminó la jurisprudencia anterior que señalaba que los permisos de edificación corresponden a un tipo de acto que no se notifica ni publica, por lo que el plazo para reclamarlos de ilegalidad conforme la Ley N° 18.695 debe contarse desde la dictación de este⁹.

⁶ *Ossandón Valdés Juan Carlos con Alcalde Municipalidad de Concón* (2013), c. 11°.

⁷ *Ossandón Valdés Juan Carlos con Alcalde Municipalidad de Concón* (2013), c. 12°.

⁸ *Ossandón Valdés Juan Carlos con Alcalde Municipalidad de Concón* (2013), c. 13°.

⁹ *Hotelera Somontur S.A. con Alcalde Subrogante Municipalidad de Chillán* (2010), c. 13° y *Ríos Álvarez con Municipalidad de Viña del Mar* (2013), c. 16°.

El segundo hito, vino de la mano de dos reclamos de ilegalidad. La Municipalidad de Valparaíso, a través de su alcalde, ordenó la publicación de dos permisos de edificación en el Diario Oficial, con lo cual venía a subsanar una infracción cometida por el DOM, que no la consideraba un trámite exigido por el legislador¹⁰. En contraste, la opinión municipal que prevaleció consideró que cada permiso de edificación recaía en:

un proyecto inmobiliario que *por su envergadura y características afecta de manera evidente a un número indeterminado de personas*, reuniendo además los requisitos para ser considerado como *de interés general*, toda vez que se emplaza en una zona de innegables atributos naturales y paisajísticos [...] que ha sido objeto de protección a través de diversos instrumentos de planificación territorial¹¹.

Así, por primera vez en la historia de la LGUC, dos permisos de edificación se publicaban íntegramente en el Diario Oficial, con lo cual se obtenía el efecto que solo a partir de esa fecha empezaban a correr los plazos para impugnarlos.

Luego de este acontecimiento municipal, la Corte Suprema retomó la directriz que había iniciado con la sentencia del Hotel Punta Piqueros. Así, en diversos pronunciamientos, sentó lo que ya puede considerarse la doctrina de la Tercera Sala en lo que respecta a la publicidad de los permisos de edificación¹²:

1. Debe tenerse presente el principio de transparencia y publicidad del procedimiento administrativo consagrado en la Ley N° 19.880, y el de transparencia de la función pública y la publicidad de los actos administrativos establecido en la Ley N° 18.575.

2. El artículo 48 de la Ley N° 19.880 constituye una *norma supletoria en los procedimientos administrativos especiales*.

3. La *legislación específica* de urbanismo y construcciones contempla distintos procedimientos relacionados con el necesario conocimiento que deben tener los permisos de edificación por parte de la comunidad, distinguiendo y regulando claramente los procedimientos la LGUC y la OGUC.

4. Es una facultad del titular del proyecto someterse a uno u otro de los procedimientos regulados en el artículo 116 bis C) de la LGUC y en los artícu-

¹⁰ Decreto Alcaldicio N° 1.619, de 2017 y Decreto Alcaldicio N° 2.401, de 2017.

¹¹ Decreto Alcaldicio N° 1.619, de 2017 y Decreto Alcaldicio N° 2.401, de 2017.

¹² *Astorga Sánchez María con Municipalidad de Ñuñoa* (2020); *Dalgarrando Brito Alberto con Lavín Infante Joaquín* (2020); *Fuentes con Municipalidad de Ñuñoa* (2020); *Inmobiliaria del Puerto SpA con Municipalidad de Valparaíso* (2021a); *Inmobiliaria del Puerto SpA con Municipalidad de Valparaíso* (2021b); *Inmobiliaria San Carlos S.A. con Ilustre Municipalidad de Las Condes* (2020); *Marcio Ramos de Almeida con I. Municipalidad de Ñuñoa* (2020); y *Nash con Municipalidad de Ñuñoa* (2021).

los 1.4.20 y 1.4.21 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (en adelante, OGUC), permitiendo el primero tener mayor certeza¹³.

5. Determinados permisos de edificación deben publicarse en el Diario Oficial, lo que se ha fundado en sus particularidades, toda vez que tienen ciertas características específicas vinculadas a su magnitud y ubicación, por lo que se relacionan con el interés general de la comuna, lo que constituye una cuestión de hecho.

6. Para llegar a tal conclusión, se basa no en la legislación urbanística, sino en la legislación municipal y *subsidiaria de aplicación general*.

7. La extensión territorial de un proyecto, la densificación demográfica que provocará en el sector, su superposición a un área verde de dominio privado, y la supresión de elementos arquitectónicos que, más allá de lo que pueda decir sobre su protección oficial, forman parte del acervo cultural de una ciudad, son elementos objetivos que evidencian que un permiso de edificación debía ser publicado, no solo por mirar el interés general de la comunidad de la ciudad (artículo 48 letra a) de la Ley N° 19.880), sino también por interesar a un número indeterminado de personas (artículo 48 letra b) del mismo cuerpo legal).

8. La omisión de la publicación del permiso de edificación, *en el caso concreto*, constituye un vicio que no afecta la legalidad del acto, sino que genera consecuencias jurídicas diversas: la inoponibilidad a terceros hasta que dicho trámite se verifica, no siendo un vicio que se relacione con el fondo o substancia de la autorización concedida, puesto que no guarda relación con el cumplimiento de las exigencias necesarias para ejercer una determinada actividad económica sino con su ejecución o producción de efectos. Por el contrario, la publicación consiste en un requisito externo del acto administrativo de cuyo cumplimiento pende la eficacia o ejecutabilidad del acto respecto de terceros (artículo 51, inciso 2° de la Ley N° 19.880).

9. Por lo tanto, tratándose de un acto que debiendo ser publicado solo fue notificado este es plenamente eficaz respecto de su destinatario, pero debe ser considerado como inoponible respecto de terceros, sin afectar su validez, al no guardar relación con el cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento.

Helfmann Martini nota que esta evolución corresponde a *dos momentos jurisprudenciales*, donde el primero de ellos demuestra:

una postura de simplificación en cuanto a señalar que por regla general los actos municipales urbanísticos no se encuentran sujetos a ningún tipo de publicidad y, por ende, los plazos para presentar reclamaciones en relación con los mismos se cuentan desde su dictación. En cuanto al

¹³ Cabe aclarar que el procedimiento para el titular del permiso consagrado en el artículo 116 bis C) se encuentra reproducido en el artículo 1.4.20 de la OGUC, mientras que el 1.4.21 desarrolla las obligaciones que para la DOM impone el artículo 116 inciso final de la LGUC.

segundo momento, este recoge el mismo criterio anterior y lo plantea como la regla general. Así, da cuenta que *ello puede variar motivado por ciertas particularidades que emanan de la edificación y su relevancia en la comuna*¹⁴.

Es, con la sentencia sobre el Hotel Punta Piqueros, la que marca el punto de inflexión en la materia. Lo que intentaremos dilucidar a continuación, es si la Corte ha aplicado correctamente la Ley N° 19.880 en cuanto a la publicación de los permisos de edificación en el Diario Oficial, por encontrarse en alguno de los supuestos del artículo 48 de ese cuerpo legal.

II. La aplicación supletoria de la Ley N° 19.880

La supletoriedad de la Ley N° 19.880 fue hace un tiempo objeto de discusión en la doctrina nacional.

Así, por ejemplo, para Bermúdez Soto, se trataría más de una ley general que de una ley de bases, "que además de establecer los aspectos fundamentales de la regulación procedimental administrativa, ahonda hasta el punto de regular todos los extremos del procedimiento administrativo, agregándose a ello el carácter de supletorio"¹⁵.

Para Cordero Vega, existen *tres grados de supletoriedad*¹⁶, a saber, de *primer grado*, cuando no existe regulación alguna del procedimiento administrativo, ya sea porque el legislador la omitió o porque la regulación quedó relegada a un reglamento; el *de segundo grado*, cuando el procedimiento se encuentra regulado parcialmente, de modo que la Ley N° 19.880 viene a llenar tales vacíos; y *de tercer grado*, que identifica con la situación de un procedimiento administrativo *regulado completa y agotadoramente en la ley especial*, por lo que la ley especial se aplica totalmente y la Ley N° 19.880 recibe aplicación en lo que respecta a sus criterios interpretativos y principios generales¹⁷.

Finalmente, para Vergara Blanco, la Ley N° 19.880 contiene "una técnica de integración normativa, de tal modo que, por la vía de la supletoriedad, se rellenen todas las lagunas existentes. Y existirán lagunas en las leyes preexistentes cada vez que estas no contengan regulaciones "especiales" relativas a un procedimiento administrativo"¹⁸.

Ahora, para resolver si la Ley N° 19.880 es o no aplicable al procedimiento de emisión de permisos de edificación normado en la LGUC y la OGUC, debemos preguntarnos si estamos o no en presencia de un proce-

¹⁴ HELFMANN 2020, 141.

¹⁵ BERMÚDEZ 2014, 178.

¹⁶ Bermúdez habla de "intensidades de supletoriedad" refiriéndose al mismo fenómeno. Véase BERMÚDEZ 2014, 178-179.

¹⁷ CORDERO VEGA 2015, 355-357.

¹⁸ VERGARA 2007, 41.

dimiento regulado exhaustivamente. En particular, lo que queremos aclarar aquí es si las normas de la Ley N° 19.880 sobre publicidad de los actos administrativos deben ser aplicadas supletoriamente.

En nuestra opinión, la respuesta es negativa. A partir de la modificación de la LGUC introducida por la Ley N° 19.878, el legislador reguló pormenorizadamente las reglas sobre publicidad de los permisos de edificación, las que también fueron desarrolladas en la OGUC. Partiendo por el nombre de la ley, “*Establece un procedimiento de publicidad para las gestiones administrativas relacionadas con la construcción*”, la historia fidedigna de su establecimiento demuestra cuáles fueron los objetivos de su creación: entre ellos, la existencia de un procedimiento para dar a conocer al público ciertas gestiones administrativas vinculadas a la actividad de la construcción¹⁹.

Luego, como ya anunciáramos, el artículo 116 de la LGUC fue enmendado introduciendo obligaciones concretas para la DOM: (i) exhibir durante el plazo de 60 días en dependencias municipales, (ii) informar al concejo y las unidades vecinales correspondientes, y (iii) mantener a disposición del público los antecedentes completos relacionados con los permisos. A su turno, ideó un procedimiento de publicidad de carácter voluntario para el titular del permiso, en su artículo 116 bis c), que incluye, como gestión más importante, la publicación en el Diario Oficial de las características esenciales del permiso, y cuyo efecto consiste en la presunción de derecho de conocimiento por parte de la comunidad del permiso aprobado a partir de la fecha de su publicación. En consecuencia, podemos concluir que:

1. El legislador reguló el procedimiento de otorgamiento de los permisos de edificación en la LGUC y en la OGUC;
2. Que, por lo tanto, estamos en presencia de un procedimiento especial regulado en la ley; y
3. Que dicho procedimiento regla la publicidad de los permisos de edificación, estableciendo deberes para la DOM respectiva, y facultades para el titular del proyecto.
4. Por lo tanto, no cabe acudir a la Ley N° 19.880 para llenar un supuesto vacío normativo inexistente.

Entonces, si aplicamos a esta clase de procedimiento la distinción de Cordero Vega, podemos concluir que estamos en presencia de una supletoriedad *de tercer grado*: el procedimiento de emisión de un permiso de edificación ha sido suficientemente detallado en la LGUC y en la OGUC, y, en particular, lo que respecta a su publicidad. Por lo tanto, no corresponde acudir en este aspecto a la LBPA, ya que no existe vacío ni laguna que completar o integrar, debido a que “el carácter supletorio de la LBPA, importa aplicarla cuando es necesario integrar un procedimiento *en el cual falta al-*

¹⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE 2018, 3.

gún aspecto de la regulación básica en la tramitación de los procedimientos administrativos o del régimen jurídico de los actos administrativos²⁰, lo cual no ocurre en la especie²¹. Por su parte, siguiendo el análisis de Bermúdez Soto, diríamos que se trata de uno de “aquellos casos en que se establece un procedimiento con pretensiones de plenitud en cuanto a su regulación”, en contraste con aquellos procedimientos en los cuales “una ley ha previsto solo ciertos trámites especiales respecto de un procedimiento” y, por lo tanto, “la ley especial se aplicará respecto de los trámites regulados y en lo no previsto por dicha ley se aplicarán las disposiciones de la LBPA”²². Por último, Jara Schnettler sintetiza la supletoriedad así: “la ley suplida regula deficientemente una determinada institución jurídica que sí se encuentra en prevista en la ley suplente. Por ello no puede existir genuina supletoriedad cuando la preceptiva legal suplida sí contempla la figura jurídica de que se trata”²³.

Quien ha tratado específicamente la cuestión acerca de la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 a los permisos de edificación es Cordero Quinzacara. Para este autor, se diferencian *dos niveles normativos* que le son aplicables: el primero, constituido por lo que califica de *legislación especial* comprendida por la normativa urbanística, donde se encuentran la LGUC y la OGUC, los instrumentos de planificación territorial y la interpretación administrativa en la materia; y el segundo, que identifica la *legislación administrativa general*, fundamentalmente la Ley N° 18.575 y la Ley N° 19.880²⁴. Respecto de este último cuerpo legal, afirma que “sus disposiciones se aplican de forma supletoria en aquellas materias que no tienen una regulación especial”²⁵. Sin embargo, no se ha pronunciado sobre la eventual aplicación de la norma sobre obligatoriedad de publicación en el Diario Oficial respecto de los permisos otorgados a partir de la LGUC.

Donde sí encontramos una opinión al respecto es en Herrera Valverde, con quien concordamos plenamente, quien sostiene, a comentando el fallo sobre el Hotel Punta Piqueros, que la Corte Suprema “incurre en una interpretación errada respecto del carácter supletorio de la Ley N° 19.880”, puesto que “la LGUC, en su artículo 116 bis C, regula expresamente la materia, al establecer el carácter facultativo de la referida publicación, por lo que no habría vacío normativo alguno que suplir”²⁶. El corolario para este autor es sencillo: “la CS determina la necesidad de publicar dichos actos administrativos cuando miren al interés general, como una condición de eficacia de los

²⁰ CORDERO VEGA 2015, 355-356.

²¹ Cf. Helfmann, que da por sentada la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 en este aspecto. Véase HELFMANN 2020, 144.

²² BERMÚDEZ 2014, 178-179.

²³ JARA 2008, 299.

²⁴ CORDERO QUINZACARA 2020, 339-340.

²⁵ CORDERO QUINZACARA 2020, 348.

²⁶ HERRERA 2014, 253.

mismos” pretendiendo en consecuencia “la aplicación de la Ley N° 19.880 con eficacia derogatoria de otras leyes especiales”²⁷.

III. Una posible explicación

¿Cómo podemos explicar, entonces, el razonamiento de la Corte, que aplica la Ley N° 19.880 un supuesto de hecho que ha sido previsto especialmente en la LGUC y en la OGUC?

Debemos aclarar, empero, que no son todos los permisos de edificación los que nos interesan: el supuesto de hecho que nos importa es el de un permiso de edificación que mire al interés general y/o interese a un número indeterminado de personas, usando la terminología del artículo 48 de la Ley N° 19.880. La razón de restringir o limitar el supuesto de hecho es evidente: en la hipótesis de un permiso que reúna alguna de esas características, no se cumplen las condiciones que habilitarían para recurrir a la Ley N° 19.880. Esta constatación es importante, puesto que, en los hechos, significa que solo se recurre a la Ley N° 19.880 cuando el permiso comparte las notas señaladas, es decir, no siempre habría supletoriedad, sino solo cuando el permiso adscribe a algunas de las hipótesis del artículo 48.

La Corte, en nuestro parecer, comprueba la siguiente situación: sí existe una norma, contenida en una ley especial y posterior, que se refiere especialmente a la cuestión de la publicidad de los permisos de edificación. Sin embargo, lo que sucede (y es lo que pretende *corregir* la Corte), es que esa ley especial establece para el titular del permiso un procedimiento de publicación en el Diario Oficial al que puede o no acogerse, por lo que el resultado deseable (la publicación) no está garantizado; esa ley también establece obligaciones determinadas para la DOM, entre las que no se encuentra la de publicación en el Diario Oficial, por lo que es esperable que no realice este trámite –al que no se encuentra compelido–. En consecuencia, lo que se pretende es emplear la norma que establece la imperatividad de la conducta para la autoridad municipal (la publicación obligatoria en el Diario Oficial), aunque esa norma se encuentre en un cuerpo legal de carácter general y previo. Lo anterior podemos sintetizarlo de la siguiente manera:

²⁷ HERRERA 2014, 254.

Figura 1: Supuesto de hecho: publicidad del permiso de edificación

Solución LGUC (a)	Solución LGUC (b)	Solución Tercera Sala (c)
Existe norma: art. 116 bis C)	Existe norma: art. 116 inc. final	Existe norma: art. 48
↓	↓	↓
De carácter especial	De carácter especial	De carácter general
↓	↓	↓
Faculta al titular del permiso para publicarlo	Obliga a la DOM a exhibir, informar y mantener a disposición el permiso y sus antecedentes	Obliga a la Administración/DOM a publicar el permiso cuando mire al interés general/interese a un número indeterminado de personas
↓	↓	↓
Publicación posible	Publicación inexistente	Publicación cierta

Fuente: *Elaboración propia.*

Pasar por alto la existencia de las normas del artículo 116 inciso final y 116 bis C) 116 implica, necesariamente, que la Tercera Sala estima que hay una laguna normativa, que debe ser llenada, integrada, suplida con la norma del artículo 48 de la Ley N° 19.880. ¿Es realmente así?

Vamos más atrás. Para Nino, estamos en presencia de una laguna “cuando el ordenamiento jurídico carece, respecto de cierto caso, de toda solución normativa”²⁸, para Henríquez Viñas –siguiendo a Bulygin–, la laguna normativa se produce en el momento en que “el Derecho no resuelve el caso genérico porque no hay ninguna norma que se refiera a ese caso”²⁹. En el caso en estudio, hemos demostrado que no existe laguna o vacío normativo, puesto que el ordenamiento jurídico sí contempla soluciones; el punto a resolver es cuál de ellas es la correcta.

La importancia de determinar si estamos o no en presencia de una laguna normativa es la forma en que esta se soluciona. Así, Bermúdez Soto afirma que la solución jurídica frente a la laguna debe resolverse mediante la integración, lo que se verifica mediante la técnica de la supletoriedad³⁰. Para este autor, “la supletoriedad, en cuanto método de integración operará en los casos en que la norma *no contempla una solución* para el caso y tampoco contiene una remisión expresa a otro cuerpo normativo [...] *habrá supletoriedad cuando la norma especial contiene una laguna y, por tanto, entra en aplicación la norma general*”³¹. Sin embargo, como hemos comprobado, la

²⁸ NINO 2016, 281.

²⁹ HENRÍQUEZ 2013, 460.

³⁰ Bermúdez 2012, 20. No nos referiremos, por exceder el tema de este trabajo, a la analogía, la equidad y los principios generales del Derecho como mecanismos de solución de lagunas normativas.

³¹ BERMÚDEZ 2012, 21-22.

norma especial (LGUC) no contiene una laguna en materia de publicidad de permisos, por lo tanto, no habrá supletoriedad ya que nada hay que colmar.

Entonces, si no hay laguna normativa, ¿qué es lo que realmente hay?

Si dejamos de lado la opción que tiene el titular del permiso, tenemos, respecto del DOM dos normas, que establecen conductas diversas: una obliga a exhibir, informar y tener disponibles los permisos y sus antecedentes y la otra obliga a publicar. ¿Cuál desplaza a la otra? ¿Son las dos compatibles? ¿Cómo lo resolvemos?

Para Nino, “[h]ay una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles”³². Por lo tanto, hay dos requisitos para que exista una inconsistencia normativa: (i) que dos o más normas se refieran al mismo caso, que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad, esto es, que *ambas se refieran a las mismas circunstancias fácticas*; y (ii) que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles³³. En nuestro caso de estudio, tenemos: (a) una norma que faculta al titular del permiso a publicar, artículo 116 bis C); (b) una norma que obliga al DOM a exhibir los permisos, informar al concejo municipal y a las juntas de vecinos acerca de los mismos, además de mantener a disposición del público los antecedentes relativos a los permisos, artículo 116 inciso final; y (c) una norma que obliga a la Administración (DOM) a publicar determinados actos administrativos en el Diario Oficial.

Entre (a) y (c) no puede hablar antinomia, ya que no se verifica uno de los requisitos necesarios para que se cumpla la incompatibilidad, esto es, que ambas tengan el mismo ámbito de validez en su aplicación³⁴. En efecto, el artículo 116 bis C) se refiere a una facultad del titular del permiso, mientras que el artículo 48 a una obligación de la Administración, esto es, sujetos distintos, por lo tanto, no se cumple la exigencia.

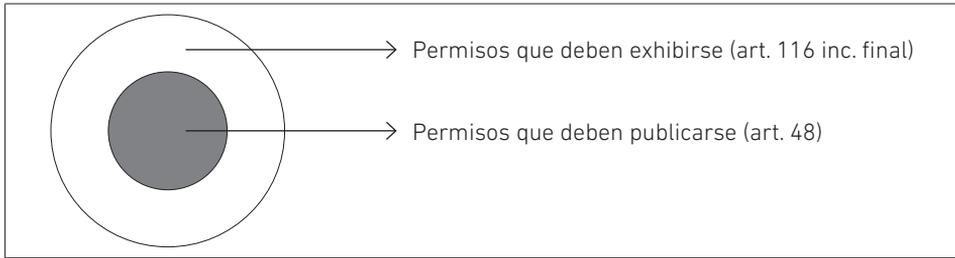
Distinta es la situación entre (b) y (c), ya que, por una parte, se obliga a la DOM a exhibir y, por otra a publicar. Utilizando el esquema de Ross –comentado por Nino– podemos graficar esta situación como dos círculos concéntricos, donde el más grande contiene todos los permisos (actos administrativos) que el DOM debe exhibir, y el más pequeño, que se refiere a aquella porción de estos que, además, debe publicarse en el Diario Oficial:

³² NINO 2016, 273.

³³ NINO 2016, 273-274.

³⁴ HENRÍQUEZ 2009, 11.

Figura 2



Fuente: Elaboración propia.

Esta inconsistencia, denominada *total-parcial*, implica que “el ámbito de referencia de una norma [artículo 48] está incluido totalmente en el de otra, pero esta última comprende, además, casos adicionales [artículo 116 inc. final]”³⁵. Luego, tenemos que todos los permisos de la LGUC deben exhibirse, pero no todos los que se exhiben deben publicarse, o, lo que es lo mismo, todos los permisos que se publican en el Diario Oficial deben exhibirse, pero no a la inversa.

El último paso debe ser cómo resolver esta antinomia. Para ello, debe recurrirse a los criterios cronológico, de jerarquía y de especialidad de la ley³⁶. Así, en virtud de este último, se prefiere “a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de referencia sea más general”³⁷, por lo que el operador jurídico debe “interpretar de forma restrictiva una de las normas (la especial) respecto de la otra (la general), actuando con carácter individualizador”³⁸. Pensar que, aún después de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.878, posterior a la Ley N° 19.880, es este último cuerpo legal el que se aplica en lo referente a la publicidad de los permisos regidos por la LGUC, debe llevarnos necesariamente concluir que la Ley N° 19.878 es superflua, que el legislador ha regulado un aspecto específico del procedimiento de emisión de un permiso de edificación que no va a tener efecto alguno.

En conclusión: para la Tercera Sala, existe una laguna, un vacío que llenar, lo que se soluciona recurriendo a la Ley N° 19.880. Si la Corte estimara que se está frente a una antinomia, esta necesariamente debería resolverse aplicando la ley especial –LGUC– sobre la ley general –Ley N° 19.880–. Dicho en otras palabras: forzosamente debemos concluir que la Corte considera que existe una laguna, porque la otra opción, esto es, la antinomia, no puede solucionarse aplicando la ley general sobre la especial, cuyo resultado sería contradictorio e ilógico. Pareciera, entonces, que lo que intenta hacer la Corte es llegar a un resultado fijado de antemano: asegurar la publicación del permiso cuando la norma aplicable no lo exige.

³⁵ NINO 2016, 274.

³⁶ NINO 2016, 275. Véase también HENRÍQUEZ 2009, 15 y 2013, 470.

³⁷ NINO 2016, 275.

³⁸ HENRÍQUEZ 2009, 15.

En nuestra opinión, en lo que respecta a la publicidad de los permisos regidos por la LGUC, no existe laguna normativa, no hay necesidad de integración, y, por lo tanto, no hay supletoriedad. Lo que sí encontramos, es una antinomia, la que se soluciona recurriendo al clásico criterio de especialidad de la ley. Por eso, creemos que es contingente la opinión de Guastini:

El problema de si existe y cuál es la norma aplicable al caso concreto es un problema de interpretación y/o subsunción de un supuesto de hecho concreto en un supuesto de hecho abstracto. Un problema de este tipo puede ser resuelto de dos modos: o decidiendo que el supuesto de hecho que se examina recae en el campo de aplicación de una cierta norma, o *decidiendo que no existe alguna norma aplicable a ese supuesto de hecho*. En un caso, el derecho no presenta ninguna laguna; en el otro caso, por el contrario, el derecho se revela lagunoso. Comúnmente, *ambas* decisiones son practicables: *es el intérprete quien decide si una laguna existe o no existe*. Pero en ambos casos, el problema de interpretación se resuelve: la laguna, si se presenta, lo hace solo por una interpretación ya realizada³⁹.

A partir de lo anterior, explica que la interpretación puede prevenir y crear lagunas: "en el sentido de que el material normativo (el conjunto de las fuentes) a disposición puede ser interpretado de modo tal que se presente una laguna"⁴⁰. En este contexto, y dentro de la exposición de Guastini podemos observar que la Tercera Sala lo que busca es posibilitar el derecho al recurso de terceros interesados en proyectos inmobiliarios de grandes proporciones o que se desarrollen en lugares protegidos. Los ministros, evidentemente, se dan cuenta que la aplicación de la LGUC modificada por la Ley N° 19.878 puede llevar a resultados indeseados, como sería el que proyectos de edificación de alto impacto comunal no puedan ser impugnados por desconocer su emisión terceros afectados. Por lo tanto, para evitar ese efecto no querido, se recurre a la Ley N° 19.880 de una manera que, en nuestro parecer, no resulta coherente. En este sentido, podemos afirmar que la cualidad de interesar a un número indeterminado de personas o de mirar al interés general por las peculiares cualidades que pueda revestir un permiso, constituye una *propiedad relevante*:

Una propiedad es relevante para un sistema normativo si este sistema imputa a los casos configurados por esa propiedad *una solución diferente* de la que corresponda a los casos en que no se dé esa propiedad. A la inversa, una propiedad es irrelevante para un sistema normativo si este soluciona de igual modo los casos en que tal propiedad aparece y los casos en que no aparezca⁴¹.

³⁹ Guastini 1999, 446.

⁴⁰ Guastini 1999, 446.

⁴¹ Nino 2016, 287.

Así, el legislador de la Ley N° 19.880 estimó relevante ciertas características de los actos administrativos que obligarían a su publicación en el Diario Oficial, mientras que el legislador de la Ley N° 19.878 fue indiferente a esos mismos rasgos, estableciendo la misma solución (exhibición, información y disposición) para los permisos de edificación, cualesquiera sean las cualidades del proyecto aprobado. En el caso de la doctrina que expusimos en la segunda parte de este trabajo, queda de manifiesto que, para la Tercera Sala, ciertas cualidades de los permisos de edificación son de tal importancia o interés para la comunidad, que estas solas ameritan su publicación en el Diario Oficial, como una forma de otorgar las mayores garantías posibles que permitan a terceros interesados impugnar un permiso cuyas externalidades les afectarán. Ahora, el derecho aplicable (LGUC modificada por la Ley N° 19.878), las obligaciones de la DOM se satisfacen con el cumplimiento de las obligaciones del artículo 116 inciso final. Sin embargo, creemos que la Tercera Sala es consciente de esta deficiencia en la ley especial, por lo que se propone aplicar la Ley N° 19.880 a un supuesto que ya está regulado, es decir, donde no hay laguna. Por ello, podemos afirmar que estamos en presencia de una *laguna axiológica*: el caso está solucionado de una determinada forma por el sistema normativo, “y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso de acuerdo al sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas”⁴². En este caso, la propiedad irrelevante para la LGUC es el hecho que el permiso sea de interés general, mientras que para la Ley N° 19.880, constituye una propiedad relevante, de modo que la vincula indefectiblemente con la publicación en el Diario Oficial. A diferencia de las lagunas normativas, en los casos de las lagunas valorativas o axiológicas el derecho estipula una solución para ese caso. Lo que ocurre es que, como los juristas y jueces consideran que el legislador no hubiera establecido la solución que prescribió si hubiera reparado en la propiedad que no tomó en cuenta, concluyen que *la solución estipulada, pero que les resulta irrazonable o injusta, no debe aplicarse al caso, constituyéndose una laguna*⁴³.

A partir de las reflexiones que hemos expuesto en este trabajo, creemos que hemos demostrado que, con su jurisprudencia sobre la publicidad de los permisos de edificación, a partir del fallo del Hotel Punta Piqueros, la Corte Suprema entiende que la situación es la de una laguna axiológica, la que pretende salvar, recurriendo a la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 en una hipótesis que se encuentra suficientemente regulada por el legislador. Por ello, podemos válidamente manifestar, que la aplicación que se le ha dado a la Ley N° 19.880, es incorrecta.

Conclusiones

La publicidad de los permisos de edificación se encuentra contemplada especialmente en la LGUC y la OGUC. Por ello, la aplicación supletoria de

⁴² NIÑO 2016, 287.

⁴³ NIÑO 2016, 288. Véase también HENRÍQUEZ 2013, 460.

la Ley N° 19.880 que hace la Tercera Sala a partir del fallo acerca del Hotel Punta Piqueros es incorrecta, ya que no hay laguna o vacío normativo alguno que colmar.

Por ello, la relación que existe entre las disposiciones del artículo 116 inciso final y de la LGUC y del artículo 48 de la Ley N° 19.880 es de contradicción normativa o antinomia: según la primera, el DOM se encuentra siempre obligado a exhibir, informar y mantener a disposición los permisos junto con sus antecedentes, mientras que, de acuerdo con la segunda, debería publicarlos en el Diario Oficial cuando interesen a un número indeterminado de personas o miren al interés general. Es esa última la *propiedad relevante* para el legislador.

Ambas obligaciones no son compatibles, por cuanto la ley especial –LGUC– ha regulado especialmente la publicidad de los permisos de edificación, no pudiendo desobedecerla bajo pretexto de aplicar una normativa general, ya que esto supondría que el legislador de la Ley N° 19.878 obró superfluamente.

Por ello, estimamos que el fenómeno que aparece en la jurisprudencia de la Tercera Sala es el de la laguna axiológica: al existir una estimación de otro orden, esto es, de justicia, que haría exigible que determinados permisos se publicaran cuando revistan las cualidades que permitan subsumirlos en alguna de las hipótesis del artículo 48 de la Ley N° 19.880.

Bibliografía citada

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2012). *Las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Común. Derecho positivo, doctrina y jurisprudencia*. Legal Publishing.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*. Legal Publishing Chile.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2018). *Historia de la Ley N° 19.878. Establece un procedimiento de publicidad para gestiones administrativas relacionadas con la construcción*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2021). El permiso de construcción desde la perspectiva del Derecho administrativo general. Análisis de sus principales problemas a nivel jurisprudencial. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (33), 33-70.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2020). *Estudios sobre propiedad y derecho urbanístico*. Tirant lo Blanch.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Legal Publishing Chile.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDÉS, Juan (2016). *Urbanismo y construcción*. Legal Publishing Chile.
- GUASTINI, Riccardo (1999). Antinomias y lagunas. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* (29), 437-450.
- HELFMANN MARTINI, Carolina (2020). La publicidad de los actos urbanísticos municipales: comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 175-2020 (Inmobiliaria San Carlos S.A. con Ilustre Municipalidad de Las Condes). *Revista Jurídica Digital UANDES* (4/1), 139-145.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2009). *Las fuentes formales del Derecho*. Legal Publishing Chile.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2013). Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno. *Estudios Constitucionales* (Año 11, 1), 459-476.

- HERRERA VALVERDE, Javier (2014). Corte Suprema (2.5.2013). *Ossandón Valdés contra Alcalde de Municipalidad de Concón (Reclamo de ilegalidad municipal) (Comentario de jurisprudencia)*. *Ius Publicum* (32), 243-252.
- JARA SCHNETTLER, Jaime (2008). La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley N° 19.880. *Revista de Derecho Público* (70), 287-311.
- NINO, Carlos Santiago (2016). *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2007). Eficacia derogatoria y supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. En *VV.AA., Acto y procedimiento administrativo. Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 31-47), Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Normativa citada

- Decreto N° 47 de 1992 [Ministerio de Vivienda y Urbanismo]. Fija Nuevo Texto de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. 16 de abril de 1992. D.O. N° 38.523.
- Decreto N° 458 de 1975 [Ministerio de Vivienda y Urbanismo]. Aprueba Ley General de Urbanismo y Construcciones. 18 de diciembre de 1975.
- Decreto N° 1.619 de 2017 [Municipalidad de Valparaíso]. Acoge reclamo de ilegalidad que indica y deja sin efecto resolución N° 224, de 2017. 30 de junio de 2017. D.O. N° 41.802.
- Decreto N° 2.401 de 2017 [Municipalidad de Valparaíso]. Acoge reclamo de ilegalidad. 5 de septiembre de 2017. D.O. N° 41.864.
- Ley N° 13.364 de 1959. Autoriza a la Municipalidad de Viña del Mar para contratar el préstamo que indica, establecer una contribución adicional y declarar de utilidad pública y expropiar los terrenos que señala. 11 de agosto de 1959. D.O. N° 24.432.
- Ley N° 18.695 de 1988. Orgánica Constitucional de Municipalidades. 29 de marzo de 1988. D.O. N° 33.035
- Ley N° 19.424 de 1995. Crea comuna de Concón. 14 de diciembre de 1995.
- Ley N° 19.878 de 2003. Establece un procedimiento de publicidad para gestiones administrativas relacionadas con la construcción. 15 de mayo de 2003. D.O. N° 37.572.
- 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

- Astorga Sánchez María con Municipalidad de Ñuñoa* (2020): Corte Suprema, 5 de agosto de 2020 (Rol N° 5.026-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Dalgarrando Brito Alberto con Lavín Infante Joaquín* (2020): Corte Suprema, 13 de enero de 2020 (Rol N° 4.163-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Fuentes con Municipalidad de Ñuñoa* (2020): Corte Suprema, 15 de junio de 2020 (Rol N° 6.752-2018). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Hotelera Somontur S.A. con Alcalde subrogante Municipalidad de Chillán* (2010): Corte Suprema, 19 de mayo de 2020 (Rol N° 4384-2008). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Inmobiliaria del Puerto SpA con Municipalidad de Valparaíso* (2021a): Corte Suprema, 27 de septiembre de 2021 (Rol N° 59.585-2020). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Inmobiliaria del Puerto SpA con Municipalidad de Valparaíso* (2021b): Corte Suprema, 27 de septiembre de 2021 (Rol N° 75.434-2020). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Inmobiliaria San Carlos S.A. con Ilustre Municipalidad de Las Condes* (2020): Corte Suprema, 8 de julio de 2020 (Rol N° 175-2020). Tercera Sala [Recurso de casación].
- Marcio Ramos de Almeida con I. Municipalidad de Ñuñoa* (2020): Corte Suprema, 4 de febrero de 2020 (Rol N° 19.234-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación].
- Ossandón Valdés Juan Carlos con Alcalde Municipalidad de Concón* (2013): Corte Suprema, 2 de mayo de 2013 (Rol N° 3.918-2012). Tercera Sala. [Recurso de casación]

Nash con Municipalidad de Ñuñoa (2021): Corte Suprema, 19 de abril de 2021 (Rol N° 33.218-2020). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Ríos Álvarez con Municipalidad de Viña del Mar (2013): Corte Suprema, 18 de noviembre de 2013 (Rol N° 377-2012). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Derecho a no autoincriminarse y procedimientos administrativos sancionatorios: Comentario a la sentencia C-481-19 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y sus repercusiones

Javier Escobar Veas*

Una de las principales discusiones sobre el derecho a no autoincriminarse, entendido como el derecho de toda persona a guardar silencio y a no ser obligada a colaborar con una investigación en su contra, dice relación con su campo de aplicación, en particular, sobre si es posible o no reconocer su vigencia en los procedimientos administrativos sancionatorios. En otras palabras, ¿tienen las personas imputadas en procedimientos administrativos sancionatorios derecho a no autoincriminarse? El presente trabajo tiene por objeto revisar la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-481-19), en la cual se abordó precisamente la interrogante acá planteada, instancia en que el Tribunal de Justicia resolvió que las personas acusadas en procedimientos administrativos "de naturaleza punitiva" sí están amparadas por el derecho a no autoincriminarse, extendiendo, por

One of the main discussions regarding the right against self-incrimination, which can be understood as the right of all persons to remain silent and not to be forced to collaborate with an investigation against them, is related to its field of application, especially regarding the question of whether it is possible to recognize its application in administrative sanctioning proceedings. In other words, do persons charged in administrative sanctioning proceedings have the right against self-incrimination? This article aims to analyze the recent decision of the Court of Justice of the European Union (C-481-19), in which the Court of Justice ruled that persons accused in administrative proceedings "of a punitive nature" are indeed protected by the right against self-incrimination, thereby extending the scope of application of this guarantee.

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogado, Doctor en Derecho, Università Luigi Bocconi; Magister en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales; Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Austral de Chile. Dirección postal: Los Pinos s/n, Balneario Pelluco, Puerto Montt, Chile. Correo electrónico: javier.escobar@mail.udp.cl. Código Orcid: 0000-0001-9266-0396.

Artículo recibido el 14 de octubre de 2021 y aceptado el 5 de enero de 2022.

consiguiente, el ámbito de aplicación de esta garantía.

Palabras clave: Derecho a no autoincriminarse, derecho a guardar silencio, evidencia incriminatoria.

Keywords: Right against self-incrimination, right to remain silent, incriminatory evidence.

Introducción

Imagine que la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) ha iniciado un procedimiento administrativo sancionatorio en contra de la dueña de una empresa, por haber infringido la prohibición de uso de información privilegiada, prevista en el artículo 165 de la Ley N° 18.045. En el contexto de este procedimiento administrativo, la CMF cita a declarar tanto a la dueña de la empresa como a su gerente general. La primera ha sido citada en calidad de imputada, y la segunda en calidad de testigo. Imagine ahora que la gerente general también infringió la prohibición de uso de información privilegiada, pero la CMF no está en conocimiento de ello, de modo tal que el procedimiento administrativo sancionatorio no se dirige, al menos no todavía, en su contra.

¿Pueden negarse la dueña y la gerente general de la empresa a responder las preguntas formuladas por la CMF, o están obligadas a ello? ¿Cambiaría la situación si, de manera paralela al procedimiento administrativo, el Ministerio Público ha iniciado una investigación penal por los mismos hechos? La mayoría de la doctrina consideraría que la respuesta a las preguntas anteriores depende de la aplicación del derecho a no autoincriminarse.

En términos generales, el derecho a no autoincriminarse puede entenderse como el derecho de toda persona a guardar silencio, y a no ser obligada a colaborar con una investigación en su contra¹. Esta simple afirmación, con todo, plantea importantes dificultades, tanto a nivel teórico como práctico. De hecho, un autor ha afirmado que el derecho a no autoincriminarse es una de las más complejas garantías de toda la gama de derechos fundamentales aplicables en los procedimientos penales, existiendo debate incluso sobre su propia terminología².

Una de las múltiples dificultades que enfrenta la jurisprudencia dice relación con la posibilidad de aplicar este derecho, tradicionalmente limitado al ámbito penal, a procedimientos administrativos sancionatorios. La relevancia de esta temática ha aumentado notablemente en la última década, debido al creciente número de procesos penales en que la autoridad competente utiliza evidencia obtenida en un procedimiento administrativo previo. El principal problema que estas situaciones plantean, a la luz del derecho a no autoincriminarse, es que en dichos procesos administrativos el imputado puede haber tenido obligación de declarar o colaborar con la autoridad, incluso bajo aper-

¹ *O'Halloran and Francis v. United Kingdom* (2007), § 45.

² TRECHSEL 2005, 341. Ver también HIGGINS 1977, 351.

cibimiento, circunstancia que permite cuestionar la voluntariedad de dichas declaraciones³.

El presente comentario tiene por objeto revisar una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJEU), en la cual se aborda precisamente la aplicación del derecho a no autoincriminarse en procedimientos administrativos sancionatorios. En su sentencia C-481-19⁴, de fecha 2 de febrero de 2021, el TJEU resolvió que las personas acusadas en procedimientos administrativos “de naturaleza punitiva” sí están amparadas por el derecho a no autoincriminarse, extendiendo, por consiguiente, el ámbito de aplicación de esta garantía.

En primer lugar, se describirán los hechos, el razonamiento, y los alcances de la decisión del TJEU. Posteriormente, se abordarán las dos principales cuestiones jurídicas que, en mi opinión, destacan tras una primera lectura, a saber, el reconocimiento del derecho a no autoincriminarse como parte del debido proceso, y el campo de aplicación del derecho en estudio. A fin de realizar un mejor análisis de estas dos materias, se efectuará una comparación, si bien en términos gruesos, entre el contenido de la sentencia del TJEU y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), así como del Tribunal Constitucional chileno, destacando aquellos contrastes más relevantes.

I. Sentencia C-481-19 del TJEU

1. Hechos y cuestión prejudicial planteada al TJEU

Con fecha 2 de mayo de 2012, la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (en adelante, Consob) impuso a DB dos sanciones pecuniarias, una por €200.000 y la otra por €100.000, por haber infringido la prohibición de uso de información privilegiada.

Asimismo, la Consob impuso a DB una multa de €50.000 por haber infringido el artículo 187 quince de la Ley del Mercado de Valores italiana, norma que sanciona a toda persona que no cumpla en plazo los requerimientos del Banco de Italia y de la Consob, o no coopere con dichas autoridades, de manera que estas puedan desarrollar sus funciones de supervisión, o retrase el ejercicio de dichas funciones.

Para estimar que había existido una infracción al artículo 187 quince, la Consob tuvo en cuenta, primero, que DB había solicitado y obtenido en múltiples ocasiones un aplazamiento de la fecha de la audiencia a la que había sido citado a declarar, y, segundo, que una vez celebrada la audiencia, DB se rehusó a responder las preguntas formuladas por la autoridad administrativa⁵.

³ HERNÁNDEZ 2014, 582-583.

⁴ <https://curia.europa.eu/>

⁵ *DB vs. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* (2021), § 14-15.

En paralelo al procedimiento administrativo, DB fue acusado penalmente por el delito de uso de información privilegiada, sobre la base de los mismos hechos. En dicho proceso, el imputado acordó con el Ministerio Público una condena condicional de once meses de prisión y una multa de €300.000, sanción impuesta por el Tribunal de Milán mediante sentencia de fecha 08 de diciembre de 2013⁶.

En el procedimiento administrativo, DB impugnó las sanciones impuestas ante la Corte de Apelaciones de Roma, la que, sin embargo, con fecha 20 de noviembre de 2013, desestimó el recurso. En contra de esta decisión, DB recurrió de casación ante la Corte Suprema italiana. Con fecha 16 de febrero de 2018, la Corte Suprema planteó una cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional italiana, cuestionando la legitimidad del artículo 187 quince, en la parte en que dicha norma podría ser aplicada también a la persona que está siendo actualmente investigada por la Consob por uso de información privilegiada. En consecuencia, la norma sería contraria, entre otros, al derecho a no autoincriminarse⁷.

Dado que la cuestión de constitucionalidad planteada por la Corte Suprema decía relación con la aplicación de la Directiva de la Unión Europea 2003/6/CE, sobre operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado bursátil, la Corte Constitucional italiana resolvió plantear una cuestión prejudicial al TJEU⁸. En concreto, la Corte Constitucional consultó al TJEU si el Derecho de la Unión Europea permite que los Estados Miembros no sancionen a una persona investigada en un procedimiento administrativo de "naturaleza punitiva" que se rehúsa a responder las preguntas formuladas por la autoridad competente, argumentando que la respuesta a dichas preguntas podría incriminarla⁹.

2. Razonamiento y decisión del TJEU

a. Reconocimiento y finalidad del derecho a no autoincriminarse

En primer lugar, el TJEU afirma que el contenido de los artículos 47 y 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establecen el derecho general a un debido proceso, coincide con el contenido del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Por lo tanto, el TJEU reconoce que está obligado a respetar, como estándar de mínima protección,

⁶ *Ritenuto in fatto*, 1.1.

⁷ *Ibid.*, 1.1-1.6.

⁸ De conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el TJEU tiene como objetivo, entre otras cosas, asegurar que el Derecho de la Unión Europea sea interpretado y aplicado de manera uniforme por los distintos Estados Miembros. En este contexto, el TJEU tiene la facultad de emitir pronunciamientos prejudiciales respecto a la interpretación de los tratados de la Unión Europea. Por lo tanto, cuando una parte plantea, frente a un tribunal nacional, una discusión en materia de Derecho de la Unión Europea, dicho tribunal puede solicitar un pronunciamiento prejudicial al TJEU.

⁹ *Ritenuto in fatto*, 7.

la jurisprudencia que el TEDH ha desarrollado al respecto. Lo anterior se debe al mandato de mínima protección, previsto en el artículo 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, conforme al cual, en la medida en que dicha Carta contenga derechos que correspondan a derechos reconocidos en la Convención Europea, el ámbito de aplicación de los primeros será, al menos, el mismo que les corresponde a los segundos¹⁰.

Como consecuencia de lo anterior, el TJEU procede a revisar la jurisprudencia del TEDH.

En relación a la fuente positiva del derecho a no autoincriminarse, el TEDH ha señalado que, a pesar de no encontrarse expresamente mencionado en el artículo 6 de la Convención Europea, esta garantía forma parte del derecho a un debido proceso, postura que el TJEU comparte¹¹.

Respecto a su finalidad, el derecho a no autoincriminarse busca proteger al imputado de la coacción indebida por parte de las autoridades, contribuyendo a evitar errores judiciales. Dado que este derecho pretende asegurar que la autoridad no recurra a pruebas obtenidas mediante coacción, este derecho se vulnera, en particular, en la situación en la que una persona imputada es amenazada con la imposición de una sanción en caso de que no colabore con la investigación¹².

b. Campo de aplicación del derecho a no autoincriminarse

Considerando lo anteriormente expuesto, el TJEU afirma que el derecho a no autoincriminarse no se limita a la confesión de actos ilícitos por parte de la persona imputada en un proceso penal, o a declaraciones evidentemente incriminatorias, sino que también abarca información sobre cuestiones de hecho que la autoridad podrían utilizar posteriormente en un proceso penal en su contra¹³.

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho a no autoincriminarse no puede justificar toda falta de cooperación con la autoridad competente, como ocurre en el caso en que la persona investigada ni siquiera se presenta a una audiencia a la que ha sido legalmente citada, o maniobras dilatorias dirigidas a aplazar su celebración¹⁴.

Ahora bien, sobre la cuestión prejudicial planteada por la Corte Constitucional italiana, el TJEU reconoce que el campo de aplicación del derecho a no autoincriminarse no se limita a aquellos procedimientos formalmente penales, sino que también incluye aquellos procedimientos administrativos

¹⁰ *DB vs. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* (2021), § 37.

¹¹ *Ibid.*, § 38. Ver *Funke v. France* (1993), § 44; *Saunders v. United Kingdom* (1996), § 74.

¹² *DB vs. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* (2021), § 38-39.

¹³ *Ibid.*, § 40.

¹⁴ *Ibid.*, § 41.

“que pueden dar lugar a la imposición de sanciones administrativas de carácter penal”¹⁵.

La anterior afirmación requiere una explicación de contexto. Conforme a la jurisprudencia del TJEU, existen ciertas garantías que, según lo dispuesto en la propia Carta de Derechos Fundamentales, solamente aplican a sanciones y procedimientos de naturaleza penal. Tal es el caso, por ejemplo, de la prohibición de bis in idem¹⁶. Sin embargo, el TJEU, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, ha desarrollado un concepto autónomo de “naturaleza penal”¹⁷, el cual debe ser determinado sobre la base de tres criterios: (i) La clasificación jurídica de la infracción bajo el derecho interno; (ii) La verdadera naturaleza de la infracción; y (iii) La severidad de la sanción que la persona imputada arriesga¹⁸. Estos criterios, comúnmente conocidos como “criterios Engel”, fueron establecidos por el TEDH en su sentencia *Engel and Others v. Netherlands*¹⁹.

Por consiguiente, es perfectamente posible que una sanción o un procedimiento calificado como administrativo por el derecho nacional, sea calificado como penal por el TJEU, a efectos de determinar el campo de aplicación de las garantías de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En su sentencia, el TJEU procede a calificar la verdadera naturaleza de la sanción impuesta por la Consob. Sobre este punto, el TJEU reconoció que en dos casos anteriores, *Garlsson Real Estate* y *Di puma*, había calificado sanciones impuestas por la Consob como sanciones administrativas sustancialmente penales²⁰, en atención a la finalidad represiva que ellas persiguen, así como a su alto grado de severidad, no existiendo razones, en opinión del TJEU, para apartarse de dicha conclusión²¹.

Considerando que, conforme a los criterios Engel, la sanción impuesta por la Consob debe ser calificada como sustancialmente punitiva, el TJEU sostiene que la persona investigada por dicha autoridad, por una eventual infracción de uso de información privilegiada, estaba protegida por el derecho a no autoincriminarse. Este derecho se opone, en particular, a que una persona natural sea sancionada por su negativa a responder preguntas formuladas por la autoridad, si la respuesta a dichas preguntas podría importar su responsabilidad por una infracción administrativa de naturaleza penal o por un delito²².

¹⁵ *Ibíd.*, § 42.

¹⁶ *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson* (2013), § 50.

¹⁷ Escobar 2021, 204-205.

¹⁸ *DB vs. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* (2021), § 42; *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson* (2013), § 35; *Bonda* (2012), § 37.

¹⁹ *Engel and Others v. Netherlands* (1976), § 81-83.

²⁰ *Garlsson Real Estate* (2018), § 34-35; *Di puma* (2018), § 38. Sobre este punto, ver también *Lo Schiavo* 2018, 652-653.

²¹ *DB vs. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* (2021), § 43.

²² *Ibíd.*, § 44.

Sin perjuicio de lo anterior, el TJEU se apresura a aclarar que la misma conclusión se seguiría incluso si, conforme a los criterios Engel, las sanciones impuestas por la Consob en el litigio principal no poseyeran naturaleza punitiva. Ello por cuanto, con arreglo a la legislación italiana, las pruebas obtenidas en el procedimiento administrativo podrían eventualmente ser utilizadas en un proceso penal seguido en contra de la misma persona por un delito de uso de información privilegiada²³.

c. Decisión del TJEU

En conclusión, el TJEU declara que es contrario al derecho a no autoincriminarse la imposición de sanciones a una persona natural investigada en un procedimiento administrativo de "naturaleza punitiva", si la respuesta a dichas preguntas podría importar su responsabilidad por una infracción administrativa de naturaleza penal o por un delito.

III. Repercusiones de la decisión del TJEU: Sentencia 84-2021 de la Corte Constitucional italiana

Como se señaló, la cuestión prejudicial resuelta por el TJEU fue planteada por la Corte Constitucional italiana, en el marco de un proceso de constitucionalidad iniciado por un requerimiento presentado por la Corte Suprema italiana.

Por consiguiente, con posterioridad a la publicación de la sentencia del TJEU, correspondía que la Corte Constitucional resolviera, en definitiva, la cuestión planteada por la Corte Suprema.

La Corte Constitucional reconoce, en primer lugar, que la postura del TJEU es coherente con la interpretación que la propia Corte ha desarrollado sobre el alcance del derecho a no autoincriminarse en el contexto de procedimientos administrativos sustancialmente penales²⁴.

Por consiguiente, la Corte Constitucional afirma que sancionar a una persona natural investigada en un procedimiento administrativo de "naturaleza punitiva", carácter determinado conforme a los criterios Engel, por rehusarse a responder preguntas formuladas por la autoridad, si la respuesta a dichas preguntas podría importar su responsabilidad por una infracción administrativa de naturaleza penal o por un delito, es contrario al derecho a no autoincriminarse²⁵.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional italiana resuelve declarar inconstitucional el artículo 187 quince, en la parte en que también se aplica a una persona natural que se ha rehusado a proporcionar a

²³ *Ídem*.

²⁴ Sentencia 84-2021, Considerato in diritto, 3.5.

²⁵ Sentencia 84-2021, Considerato in diritto, 3.6.

la Consob respuestas que puedan importar su responsabilidad por una infracción administrativa de naturaleza punitiva, o por un delito²⁶.

IV. Comentario a la sentencia C-481-19 del TJEU

La sentencia C-481-19 del TJEU plantea, indudablemente, cuestiones jurídicas del mayor interés. El TJEU aborda problemas complejos, tales como el campo de aplicación de las garantías penales, en particular del derecho a no autoincriminarse; la posibilidad de equiparar los procedimientos administrativos sancionatorios y los procesos penales, para efectos de determinar las garantías aplicables a los primeros; y los criterios que deben ser considerados al momento de decidir sobre si efectuar o no dicha asimilación.

No siendo posible analizar todas las cuestiones que plantea la sentencia del TJEU, en los siguientes párrafos abordaré dos materias que, en mi opinión, destacan tras una primera lectura de la sentencia.

1. El derecho a no autoincriminarse como parte del debido proceso

Un primero aspecto que llama la atención de la sentencia es la necesidad que enfrenta el TJEU de explicar cuál es la fuente positiva del derecho a no autoincriminarse, dificultad que, dicho sea, el TJEU supera inmediatamente, afirmando que el derecho mencionado forma parte del derecho a un debido proceso.

Lo anterior, si bien podría resultar un tanto extraño para personas no familiarizadas con la discusión europea, se debe a que, a diferencia de otros instrumentos internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷, y la Convención Americana de Derechos Humanos²⁸, la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta Europea de Derechos Fundamentales no mencionan explícitamente el derecho a no autoincriminarse²⁹. El derecho a no autoincriminarse tampoco fue incorporado en alguno de los protocolos adicionales a la Convención Europea. Con todo, se ha argumentado que el no haber incorporado de manera explícita el derecho a no autoincriminarse en alguno de los protocolos no puede ser calificado como un descuido, toda vez que existía un general entendimiento de que el derecho en cuestión formaba parte del derecho a un debido proceso³⁰. Ésta ha sido, por lo demás, la postura que han adoptado ambos tribunales europeos.

²⁶ Sentencia 84-2021, Considerato in diritto, 3.7.

²⁷ Artículo 14.3, letra g): "3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable".

²⁸ Artículo 8.2, letra g): "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: (...) g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable".

²⁹ BALSAMO 2018, 117.

³⁰ TRECHSEL 2005, 340.

En efecto, el TJEU reconoció la existencia del derecho a no autoincriminarse en su sentencia *Orkem*, de 1989. En este caso, el TJEU sostuvo que el derecho a no autoincriminarse podía entenderse como un elemento del derecho a defensa, garantía que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión Europea³¹. En dicho caso, el TJEU afirmó que la autoridad en materia de libre competencia “no puede imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe” a la misma autoridad³².

La actual postura del TJEU, expuesta en la sentencia que se comenta, es ligeramente distinta a aquella descrita en *Orkem*, por cuanto la fuente directa del derecho a no autoincriminarse no es ya el derecho a defensa, sino que, como se pudo apreciar, el derecho a un debido proceso.

Una postura similar ha desarrollado el TEDH. En su sentencia *Funke v. France*, de 1993, el TEDH reconoció el derecho de toda persona imputada en un proceso penal a no autoincriminarse, campo de aplicación que debe determinarse conforme al concepto autónomo de materia penal desarrollado por el tribunal y los criterios *Engel*³³. El TEDH no explicitó en *Funke* cuál sería la fuente del derecho a no autoincriminarse, sino que lo hizo años más tarde, en su sentencia *John Murray v. United Kingdom*, de 1996. En dicha oportunidad, el TEDH sostuvo que, a pesar de no encontrarse específicamente mencionado en el artículo 6 de la Convención, no existe ninguna duda de que el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse son estándares internacionales que se encuentran en el corazón de la noción de un debido proceso³⁴. Esta es la actual interpretación del TEDH³⁵.

En cuanto a la finalidad del derecho a no autoincriminarse, el TEDH ha señalado reiteradamente que esta es proteger a las personas imputadas en un proceso penal de presiones indebidas por parte de las autoridades, evitando, de esta manera, errores judiciales³⁶, postura que el TJEU hizo suya en la sentencia que se comenta³⁷. Posteriormente, el TEDH ha explicado que el derecho a no autoincriminarse presupone que la autoridad intentará probar los hechos de la acusación sin recurrir a evidencia obtenida mediante métodos que hayan coaccionado la voluntad de la persona imputada, circunstancia que permite relacionar este derecho con la presunción de inocencia³⁸.

³¹ *Orkem v Commission of the European Communities* (1989), § 31-34; BALSAMO 2018, 117-118

³² *Orkem v Commission of the European Communities* (1989), § 35.

³³ *Funke v. France* (1993), § 44; BALSAMO 2018, 118; LOCK 2019, 2229.

³⁴ *John Murray v. United Kingdom* (1996), § 45.

³⁵ *Bajić v. North Macedonia* (2021), § 64; *Brusco v. France* (2010), § 44; *Bykov v. Russia* (2009), § 92; *Weh v. Austria* (2004), § 39; *Heaney and McGuinness v. Ireland* (2000) § 40.

³⁶ *Bajić v. North Macedonia* (2021), § 64; *Saunders v. United Kingdom* (1996), § 68-69; *John Murray v. United Kingdom* (1996), § 45; *Bykov v. Russia* (2009), § 92 [2009].

³⁷ HANCOX, 2021, 231.

³⁸ *Saunders v. United Kingdom* (1996), § 68; *Weh v. Austria* (2004), § 39.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia de ambos tribunales europeos es clara, y parece encontrarse firmemente asentada: El derecho a no autoincriminarse forma parte del derecho a un debido proceso. Lo anterior ha permitido su reconocimiento y desarrollo por parte de los tribunales europeos, a pesar no de encontrarse explícitamente mencionado ni en la Convención Europea de Derechos Humanos, ni en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La postura de los tribunales europeos contrasta con la regulación constitucional chilena. La Constitución nacional reconoce el derecho en estudio en su artículo 19, número 7, letra f), norma que dispone:

f) En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de este sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho a no autoincriminarse requiere la concurrencia de cuatro supuestos: (i) Que se trate de un proceso penal; (ii) Que la obligación de declarar pese sobre la persona imputada en dicho proceso; (iii) Que la declaración se exija bajo juramento; y (iv) Que la declaración verse sobre hecho propio³⁹.

En opinión del tribunal, de la lectura del artículo 19 se desprende claramente que el constituyente quiso reconocer esta garantía solamente dentro de un proceso penal, “y no como una garantía general de todo procedimiento, pues estas se encuentran en el numeral 3° del artículo 19”⁴⁰. Así, el derecho a no autoincriminarse no formaría parte del derecho a un debido proceso, sino que constituiría un derecho autónomo, separado de la noción general de un procedimiento justo.

La postura del Tribunal Constitucional chileno pareciera fundarse decisivamente en una peculiaridad del texto constitucional, que trata el derecho a no autoincriminarse de manera separada del derecho a un debido proceso y las demás garantías procesales, asociándolo, en cambio, a la protección de la libertad personal y seguridad individual⁴¹.

La postura del Tribunal Constitucional chileno se diferencia así de la interpretación desarrollada por el TEDH y el TJEU. Esta diferencia no es irrelevante, sino que tiene efectos en el campo de aplicación que se le reconoce al derecho a no autoincriminarse, como se verá en el siguiente capítulo.

2. Campo de aplicación del derecho a no autoincriminarse

En su sentencia, el TJEU afirma que el derecho a no autoincriminarse no se limita a la confesión de actos ilícitos o declaraciones inculpativas por parte

³⁹ Sentencia TC Rol N° 2936-2015 (2016), c. 11°.

⁴⁰ Sentencia TC Rol N° 2381-2012 (2013), c. 10°.

⁴¹ HERNÁNDEZ 2015, 237.

de la persona imputada en un procedimiento penal, sino que también abarca información sobre cuestiones de hecho que la autoridad podrían utilizar posteriormente en un proceso penal en su contra.

El TEDH se ha pronunciado en idéntico sentido. Así, por ejemplo, en *Saunders v. United Kingdom*, el TEDH afirmó que el derecho a no autoincriminarse no se encuentra limitado a confesiones o declaraciones incriminatorias, sino que también comprende evidencia obtenida de manera coactiva en otro tipo de procedimiento, que posteriormente se intenta utilizar en un proceso penal en contra de la persona imputada⁴².

En términos similares, la Corte Suprema estadounidense ha afirmado que el derecho a no autoincriminarse no se encuentra limitado, obviamente, a confesiones efectuadas por la persona acusada en un proceso penal. Por el contrario, el objetivo del derecho es garantizar que una persona, independiente de su estatus y del procedimiento de que se trate, no sea obligada a prestar una declaración que pudiera incriminarla penalmente⁴³.

Por consiguiente, tanto para la jurisprudencia europea como para la jurisprudencia estadounidense, una persona citada a declarar como testigo en un procedimiento civil, laboral, de familia, etc., puede negarse a responder una pregunta formulada en dicho proceso, si la respuesta a ella podría ser eventualmente utilizada en su contra en el contexto de un proceso penal⁴⁴.

Es fundamental recordar, además, que el concepto de materia penal posee un significado autónomo en la jurisprudencia europea, no estando limitado a aquellos procesos que el legislador nacional ha definido como penales. Por el contrario, el concepto de materia penal, en opinión de los tribunales europeos, debe determinarse conforme a los tres criterios *Engel*, a saber, la clasificación jurídica de la infracción bajo el derecho interno; la verdadera naturaleza de la infracción; y la severidad de la sanción que la persona imputada arriesga.

Sobre la base de estos criterios, en algunos casos el TJEU y el TEDH han calificado procedimientos administrativos sancionatorios como sustancialmente penales, ampliando, de esta forma, el campo de aplicación de las garantías penales, incluido el derecho a no autoincriminarse. Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia que se comenta.

En este punto es posible apreciar, una vez más, una diferencia importante entre la jurisprudencia europea y la regulación constitucional chilena. Como se señaló anteriormente, en opinión del Tribunal Constitucional, la Constitución se limita a reconocer el derecho de toda persona imputada en un pro-

⁴² *Saunders v. United Kingdom* (1996), § 71.

⁴³ *Counselman v. Hitchcock* (1891), 562.

⁴⁴ Así ocurrió, por ejemplo, en los casos *Saunders v. United Kingdom* (1996) y *I.J.L. and Others v. United Kingdom* (2000). Ver *Saunders v. United Kingdom* (1996), § 72-76; *I.J.L. and Others v. United Kingdom* (2000), § 79-83.

ceso penal a no declarar en su contra bajo juramento sobre hecho propio. Ahora bien, dado que, conforme al Tribunal Constitucional chileno, el derecho a no autoincriminarse no forma parte del derecho a un debido proceso, sino que constituye un derecho autónomo, el derecho a no autoincriminarse se ha visto confinado al artículo 19, número 7, letra f). La prohibición constitucional exigiría, por lo tanto, que se trate de un proceso penal, que la obligación de declarar pese sobre la persona del imputado, que su declaración se exija bajo juramento, y que ella deba declarar sobre algún hecho propio⁴⁵.

En efecto, según la redacción constitucional, no existiría una violación del derecho a no autoincriminarse si la autoridad obliga a una persona imputada en un proceso penal a declarar, siempre que ello no tenga lugar bajo juramento⁴⁶. Asimismo, no existiría una violación al derecho a no autoincriminarse si una persona demandada en un procedimiento civil es obligada a declarar, sin importar que la respuesta a dichas preguntas pudiera significar su eventual responsabilidad penal por un delito cometido. Esto permite afirmar que, en comparación a la regulación internacional, el reconocimiento constitucional del derecho a no autoincriminarse posee un alcance notablemente estrecho⁴⁷.

En mi opinión, la postura del Tribunal Constitucional permitiría que la autoridad, a fin de burlar el derecho a no autoincriminarse de una persona, obligara a dicha persona a suministrar información de vital importancia en un procedimiento no penal, la que luego se utilizará en un proceso penal en contra de esa misma persona. Estos efectos de la no han sido suficientemente advertidos por parte del Tribunal Constitucional. Pareciera necesaria, entonces, una revisión de la jurisprudencia por parte del tribunal, a la luz del derecho internacional y comparado.

Conclusiones

1. El derecho a no autoincriminarse, entendido como el derecho de toda persona a guardar silencio, y a no ser obligada a colaborar con una investigación en su contra, plantea diversas cuestiones problemáticas, tal como se ha encargado de demostrar la jurisprudencia internacional y comparada.

2. Una de las principales discusiones dice relación con la posibilidad de aplicar este derecho, tradicionalmente limitado al ámbito penal, a procedimientos administrativos sancionatorios. La importancia práctica de esta temática ha aumentado notablemente en la última década, debido al creciente número de procesos penales en que la autoridad competente utiliza evidencia obtenida en un procedimiento administrativo previo, en el cual la persona imputada puede haberse visto obligada a declarar o colaborar con la investigación, bajo aperebimiento legal.

⁴⁵ Sentencia TC Rol N° 5952-2019 (2019), c. 16°; Rol N°3948-2019 (2019), c. 14°; Rol N° 4627-2018 (2018), c. 15°; Rol N° 2897-2015 (2017), c. 33° a 37°; Nogueira 1999, 326-328.

⁴⁶ CORREA 2018, 254.

⁴⁷ LORCA 2020, 304.

3. En su sentencia C-481-19, el TJEU abordó directamente la problemática descrita.

En primer lugar, el TJEU, siguiendo la postura del TEDH, resolvió que el derecho a no autoincriminarse forma parte del derecho a un debido proceso. Esto le permitió al tribunal desarrollar el derecho en estudio, a pesar de que este no se encuentra explícitamente mencionado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En segundo lugar, el TJEU, nuevamente siguiendo la jurisprudencia de Estrasburgo, sostuvo que el derecho a no autoincriminarse no se limita a la confesión de actos ilícitos por parte de la persona imputada en un proceso penal, sino que también abarca información sobre cuestiones de hecho que la autoridad podrían utilizar posteriormente en un proceso penal en su contra. De esta manera, lo relevante no es el específico proceso en que se preste la declaración, sino que la relevancia penal de la información recopilada.

Ahora, resolviendo derechamente la cuestión prejudicial planteada, el TJEU concluye que las personas acusadas en procedimientos administrativos “de naturaleza punitiva”, concepto que debe determinarse conforme a los criterios Engel, sí están amparadas por el derecho a no autoincriminarse. Lo anterior significa que las personas imputadas en dichos procedimientos pueden decidir no responder las preguntas formuladas por la autoridad, no siendo posible que la autoridad las sancione por rehusarse a cooperar.

4. La interpretación del TJEU y del TEDH contrasta con la del Tribunal Constitucional chileno, la cual puede ser caracterizada como una postura notablemente restrictiva. Como se señaló en este trabajo, el Tribunal Constitucional ha sostenido, primero, que este derecho no forma parte del derecho a un debido proceso, sino que está limitado a la protección de la libertad personal y la seguridad individual. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha limitado la aplicación del derecho a no autoincriminarse al caso en que una persona imputada en un proceso penal es obligada a declarar bajo juramento sobre hecho propio. Como consecuencia de lo anterior, para el Tribunal Constitucional chileno no existiría una infracción constitucional, por ejemplo, si una autoridad obliga a una persona a declarar en su contra, siempre que ello no sea bajo juramento.

En mi opinión, el estudio de la jurisprudencia internacional permite apreciar los defectos de la interpretación del Tribunal Constitucional chileno, justificando, así, la necesidad de una revisión de su jurisprudencia.

Bibliografía citada

- BALSAMO, Antonio (2018). The Content of Fundamental Rights. En Roberto Kostoris [Ed.], *Handbook of European Criminal Procedure* (pp. 99-170). Springer.
- CORREA ROBLES, Carlos (2018). Valoración del silencio del imputado en el proceso penal. Derecho alemán y derecho chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)* XXXI (2), 237-261.
- ESCOBAR VEAS, Javier (2021). Ne bis in idem y sistemas sancionatorios de vía múltiple: análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En C.

- Cárdenas, J.L. Guzmán y T. Vargas (Coords.), *XVI Jornadas chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales. En homenaje a sus fundadores* (pp. 201-218). Tirant lo Blanch.
- HANCOX, Emily (2021): The Right to Remain Silent in EU Law. *Cambridge Law Journal* 80(2), 228-231.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2014). Actividad administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal. En J. Arancibia y P. Alarcón (Coords.), *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo* (pp. 567-586). Thomson Reuters.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2015). ¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV* (1), 217-263.
- HIGGINS, Georganne Reid (1977). Business Records and the Fifth Amendment Right against Self-Incrimination. *Ohio State Law Journal* 38(2), 351-378.
- LOCK, Tobias (2019). Article 48 CFR. En M. Kellerbauer, M. Klamert and J. Tomkin, *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (pp. 2227-2230). Oxford University Press.
- LO SCHIAVO, Gianni (2018). The principle of ne bis in idem and the application of criminal sanctions: of scope and restrictions. ECJ 20 March 2018, Case C-524/15, Luca Menci ECJ 20 March 2018, Case C-537/16, Garlsson Real Estate SA and Others v Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) ECJ 20 March 2018, Joined Cases C-596/16 and C-597/16, Enzo Di Puma v Consob and Consob v Antonio Zecca. *European Constitutional Law Review* 14 (3), 644-663. Cambridge University Press.
- LORCA FERRECCIO, Rocío (2020). Libertad personal y seguridad individual. En C. Salgado y P. Contreras (Eds.), *Curso de Derechos Fundamentales* (pp. 281-316). Tirant lo Blanch.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999). El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual en el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et Praxis* 5 (1), 289-337.
- TRECHSEL, Stefan (2005). *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford University Press.

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966.
- Convención Europea de Derechos Humanos. 4 de noviembre de 1950.
- Convención Americana de Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 7 de diciembre de 2000.

Jurisprudencia citada

- Counselman v. Hitchcock* 142 U.S. 547 (1892). Caso N° 1020. Juicio (11 de enero de 1892).
- Engel and Others v. Netherlands*. Caso N° 5100/71. Plenario (8 de junio de 1976).
- Orkem v Commission of the European Communities*. Caso N° C-374-87. Juicio (18 de octubre 1989).
- Funke v. France*. Caso N° 10828/84. Juicio (25 de febrero de 1993).
- John Murray v. United Kingdom*. Caso N° 18731/91. Juicio (8 de febrero de 1996).
- Saunders v. United Kingdom*. Caso N° 19187/91. Juicio (17 de diciembre de 1996).
- I.J.L. and Others v. United Kingdom*. Caso N° 3455/05. Juicio (19 de septiembre de 2000).
- Heaney and McGuinness v. Ireland*. Juicio (21 de diciembre de 2000).
- Weh v. Austria*. Caso N° 38544/97. Juicio (8 de abril de 2004).
- Bykov v. Russia*. Caso N° 4378/02. Juicio (10 de marzo de 2009).
- Brusco v. France*. Caso N° 1466/07. Juicio criminal (14 de octubre de 2010).
- Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*. Caso N° C-617-10. Juicio (26 de febrero de 2013).
- Łukasz Marcin Bonda*. Caso N° C-489-10. Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy (5 de junio de 2012).
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresas Ariztía S.A. respecto del artículo 29 del Decreto Ley N° 211, de 1973, en cuanto permite la

- aplicación del artículo 385 del Código de Procedimiento Civil, en los autos caratulados "Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", de que conoce el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, bajo el Rol C N° 236-11 (2013): Tribunal Constitucional, 20 de agosto de 2013 (Rol N° 2381-2012). Segunda Sala. [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Juvenal Gómez Gómez respecto del artículo 195 bis, inciso primero de la Ley N° 18.290, Ley de Tránsito, en los autos sobre delitos de conducción en estado de ebriedad con resultado de daños y negarse a la realización de alcoholemia, RIT N° 1841-2015, RUC N° 1510027986-7 del Juzgado de Garantía de Castro (2016): Tribunal Constitucional, 20 de octubre de 2016 (Rol N° 2936-2015). Segunda Sala. [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 195, 196 bis y 196 ter de la Ley N° 18.290, modificada por la Ley N° 20.770, en el marco de los autos penales Rit 1479-2015, RUC 1500116832-8 del 9° Juzgado de Garantía de Santiago (2017): Tribunal Constitucional, 04 de julio de 2017 (Rol N° 2897-2015). Segunda Sala. [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad].
- Menci. Caso N° C-524-15. Juicio penal (20 de marzo de 2018).
- Garlsson Real Estate SA and Others v Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob). Caso N° C-537-16. Juicio (20 de marzo de 2018).
- Enzo Di Puma v Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) and Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) v Antonio Zecca. Caso N° C-596-16. Juicio (20 de marzo de 2018).
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Carlos Arturo Durán Low respecto de los artículos 478, 481, 482 y 488, todos del Código de Procedimiento Penal, en la gestión pendiente en el proceso penal sustanciado por el Ministro en Visita Extraordinaria don Mario Carroza Espinosa, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recursos de casación en la forma y apelación, bajo el Rol N° 351-2016 (2018): Tribunal Constitucional, 11 de diciembre de 2018 (Rol N° 4627-2018). Segunda Sala. [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Orlando Carter Cuadra respecto de los artículos 193, 205, 318, 330, inciso primero, 334, 481 y 482, del Código de Procedimiento Penal, en el proceso seguido ante el Ministro en Visita Extraordinaria Mario Carroza Espinosa, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recursos de casación en la forma y apelación, bajo el Rol N° 903-2017 (2019): Tribunal Constitucional, 2 de mayo de 2019 (Rol N° 3948-2019). Primera Sala. [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Manuel Arturo Montero Souper respecto de los artículos 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, y 488, todos, del Código de Procedimiento Penal, en el proceso penal seguido ante el Ministro en Visita Extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Temuco, Álvaro Mesa Latorre, bajo el Rol N° 63.556 del ingreso criminal del Juzgado de Letras de Angol, por el delito de homicidio calificado de Oscar Armando Gutiérrez Gutiérrez (2019): Tribunal Constitucional, 8 de agosto de 2019 (Rol N° 5952-2019). Segunda Sala. [Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad].
- DB vs. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob). Caso N° C-481-19. Juicio (2 de febrero de 2021).
- Bajić v. North Macedonia. Caso N° 2833/13. Juicio (10 de junio de 2021). Sentencia 84-2021, depositada con fecha 30 de abril de 2021.

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

Mayerlin Matheus Hidalgo*

I. Hechos e historia procesal

En fecha 13 de noviembre de 2019, Henry Garcés y Génesis Palma, por sí y en representación de sus dos hijos menores de edad, interpusieron ante la Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de protección en contra del Departamento de Extranjería e Inmigración por la excesiva demora de ese Departamento en la resolución de sus procedimientos de permanencia definitiva.

Alegaron que la demora se traduce en una omisión ilegal y arbitraria violatoria del artículo 19 (2) de la Constitución Política. Que sin el documento de permanencia definitiva estaban impedidos de renovar sus cédulas de identidad chilenas lo que les causaba una serie de agravios e impedimentos jurídicos.

Para su defensa el Departamento de Extranjería alegó que no había incurrido en omisión ilegal pues las solicitudes se encontraban siendo analizadas y requerían un mayor tiempo de resolución, además estando en trámite se entendía que los recurrentes tenían residencia legal en el país y podían realizar actividades remuneradas.

La referida Corte de Apelaciones decidió que no existía omisión ilegal y arbitraria pues el procedimiento estaba siendo sustanciado y con base en ello rechazó el recurso de protección.

* Abogada y especialista en Derecho Administrativo (UCAB-Venezuela), candidata a Doctora en Derecho por la Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: mjmatheus@miuandes.cl. Dirección postal: Universidad de los Andes, Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Las Condes, Chile.

Artículo recibido el 28 de diciembre de 2021 y aceptado el 10 de febrero de 2022.

Ante tal decisión los recurrentes interpusieron apelación que conoció la Corte Suprema de Justicia (CS), la cual estuvo por acoger el recurso de protección y revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones según los argumentos que se expresan seguidamente.

II. Decisión de la Corte Suprema en el caso Schmidt con Departamento De Extranjería y Migración

La CS al analizar el caso planteado a su conocimiento revocó la sentencia apelada y en su lugar, como se observa en su considerando séptimo¹, decidió que en efecto quedaba probado el incumplimiento de los principios establecidos en la Ley N° 19.880 así como lo establecido en su artículo 27 que establece el plazo máximo de seis meses para dictar el acto que ponga fin al procedimiento.

Asimismo, la CS en el considerando octavo² dispuso que la inobservancia de la ley y especialmente del plazo establecido, constituye una omisión ilegal y arbitraria y que constituye igualmente, como lo expresa en el considerando noveno³, una violación a la garantía de la igualdad dispuesta en el artículo 19 (2) de la Constitución Política.

Finalmente, la CS ordenó al Departamento de Extranjería a emitir pronunciamiento sobre las solicitudes de permanencia definitiva en el plazo perentorio de 15 días continuos desde la notificación de la sentencia.

Este fallo podría considerarse un *leading case*, pues marcó el inicio de una tendencia que sería seguida en casos similares durante el año 2021, donde podemos encontrar más de sesenta casos –que referiremos más adelante– que han sentenciado con base en lo decidido en Schmidt con Departamento De Extranjería y Migración y que generan una línea jurisprudencial y argumentativa que nos permite afirmar que la Administración sí está sujeta a plazos, tal como se verá a continuación.

¹ Séptimo: 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 las solicitudes de residencia definitiva presentadas por los actores, por más de seis meses, excediendo el plazo establecido en el artículo 27 de la mencionada Ley N° 19.880.

² Octavo: (...) En efecto, es justamente esta omisión la que constituye el proceder ilegal reprochado al recurrido, en tanto han transcurrido más de seis meses desde la presentación de la solicitud, manteniendo a los actores en la incertidumbre desde agosto de 2019, al no emitir pronunciamiento sobre sus solicitudes, pese a la obligación legal que tiene al efecto (...).

³ Noveno: Que la omisión en que incurrió este último 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, en tanto importa una discriminación en contra de los actores en relación con el trato dispensado a otros interesados que, en situación jurídica equivalente, han podido tramitar debidamente sus solicitudes (...).

III. Comentarios a partir del fallo Schmidt con Departamento de Extranjería y Migración

El criterio establecido en la sentencia en comento resulta de suma importancia si se tiene en cuenta que en Chile, tal como lo destaca Vergara Blanco, parece haber “un mito que todos aceptan y repiten... [compartido por] *la doctrina, la jurisprudencia, la CGR y la CS*”⁴, según el cual no existen plazos fatales para la Administración.

Esa posición no puede sino comportar daños a quienes la padecen, pues lo que supondría esto en la práctica es que la Administración no está obligada a decidir dentro de plazo alguno y que mientras eso sucede los particulares deben soportar su inactividad.

Para confirmar lo que expone Vergara Blanco, conseguimos que autores como Cordero Vega⁵ reconocen la existencia y aplicación del principio conclusivo, que supone la exigencia para la Administración de dictar un acto que ponga fin al procedimiento, pero cuando habla de este alude a dictámenes de la CGR en los que se advierte que la Administración estaría sometida a “plazos razonables” o “plazos prudenciales”.

Entonces resulta imperativo preguntarse: ¿Por qué habría de acudir a conceptos jurídicos indeterminados si existe un plazo determinado en la ley? La verdad es que resulta cuando menos llamativo que al hablar de conclusión del procedimiento administrativo no se haga referencia al artículo 27 de la Ley N° 19.880, que es claro al fijar un plazo cierto –de seis meses– para que la Administración ponga fin al procedimiento a través de un acto administrativo fundado, como normalmente corresponde.

Será precisamente por esa errónea creencia de que para la Administración no corren plazos, que se ignora deliberadamente lo que es ley vigente y que constituye a su vez una garantía para los particulares, como parte de esa garantía mayor que es el debido procedimiento administrativo.

1. Las vacilaciones de la jurisprudencia en esta materia

Como sucede en este y otros temas no existe una jurisprudencia uniforme acerca de la sujeción a plazos por parte de la Administración Pública. En tal sentido, Vergara Blanco ha dedicado varios estudios a evidenciar el “zigzag” de la jurisprudencia y a resaltar el papel que han tenido los Ministros Muñoz y Brito quienes “sostienen la postura minoritaria que aboga por el cumplimiento de los plazos por parte de la Administración y reconocen que sí existen los plazos fatales. Zigzaguean en algunas ocasiones los ministros Egnem, Aránguiz y Sandoval”⁶.

⁴ VERGARA 2017a, 177 y 178.

⁵ CORDERO 2015, 363-364.

⁶ VERGARA 2019, 28.

Asimismo, el señalado autor expone que la Corte mantuvo “un criterio uniforme durante 2019, en cuanto a que el plazo del artículo 27 de la LBPA no es fatal”⁷, lo mismo se evidenció respecto de ministros y abogados integrantes quienes mantuvieron “un criterio en apariencia único consistente en que los plazos no son fatales para la Administración, sin perjuicio de que desde Clínica Alemana (2019) adoptan la postura intermedia, resolviendo que lo que aplica en la especie es el decaimiento del acto administrativo”⁸.

Durante el año 2020, el escenario fue incluso peor en términos de cumplimiento de lo expuesto en la Ley N° 19.880 acerca de los plazos para la Administración. Durante este año la Corte Suprema optó “en todos los casos por la inexistencia de plazos fatales para la Administración. Marca una diferencia con el año 2019, en donde en Clínica Alemana (2019) y Reveco (2019) se manifestaron a favor de la postura del decaimiento”⁹ asimismo, ministros y abogados integrantes:

uniformaron sus posturas, inclinándose por la inexistencia de plazos fatales, dejando atrás las vacilaciones sostenidas durante el período 2008-2019. El ministro S. Muñoz pasa de una postura pro cumplimiento de plazos por la Administración en Reveco (2019), a sostener de manera uniforme la postura mayoritaria. No existe ninguna disidencia durante el año¹⁰.

Como se observa de los estudios citados de Vergara Blanco la jurisprudencia fue vacilante en el tema si bien su inclinación más fuerte estuvo por entender que la Administración no cuenta con plazos fatales. Sin embargo, el escenario para 2021, fue diferente como veremos.

2. La línea jurisprudencial a partir del fallo en comentario

En el año 2017 Vergara Blanco exponía que la CS “utiliza como solución para la dilación excesiva tanto la figura del decaimiento como el criterio de la inexistencia de plazos fatales para la administración”¹¹. El mito expuesto por el mismo autor, hasta 2017 se mantenía arraigado en la mayoría de los juristas en Chile, sin embargo, hoy en día podemos decir que al menos la CS lo ha dejado atrás, como el mismo autor señaló en un artículo para el Mercurio Legal en noviembre de 2021 la doctrina del decaimiento “pareciera estar cercano a su fin, si es que no ha ocurrido ya”¹².

La evidencia jurisprudencial nos permite afirmar que la doctrina del decaimiento llegó a su fin y, en su lugar, la CS ha adoptado una verdadera línea jurisprudencial ajustada al Estado de Derecho y al principio de juridicidad (art.

⁷ VERGARA 2020, 254.

⁸ VERGARA 2020, 255.

⁹ VERGARA 2021a, 302.

¹⁰ VERGARA 2021a, 302.

¹¹ VERGARA 2017b, 85.

¹² VERGARA 2021b, 2.

7 de la Constitución), que esperamos acabe por prevalecer en el resto de los juzgados del país y también en la jurisprudencia administrativa, en la cual sin lugar a duda se entiende que la Administración sí está sujeta a plazos fatales.

Si se hace una revisión de las sentencias dictadas por la CS en materia de protección entre noviembre e inicios de diciembre de 2021, podemos encontrar sesenta y un sentencias¹³ que han citado y ratificado el fallo aquí comentado, en el cual la CS reconoce que la inobservancia del art. 27 de la Ley N° 19.880 por parte de la Administración constituye una omisión ilegal y arbitraria, es decir, que la norma establecida en dicho artículo es de obligatoria observancia por parte de la Administración y que su incumplimiento da lugar a órdenes judiciales (y eventualmente podría dar lugar a reparaciones).

En los más de sesenta fallos examinados, se cita el fallo aquí comentado (en todos se puede encontrar la cita en el considerando tercero¹⁴) y se entien-

¹³ Álvarez con Departamento de Extranjería (2021); Corte Suprema, Tercera Sala; Baptista con Departamento de Extranjería (2021); Bou Aram con Departamento de Extranjería (2021); Bravo con Departamento de Extranjería (2021); Briceño con Departamento de Extranjería (2021); Brito con Departamento de Extranjería (2021); Cañas con Departamento de Extranjería (2021); Cárdenas con Departamento de Extranjería (2021); Castro con Departamento de Extranjería (2021); Chirinos con Departamento de Extranjería (2021); Conde con Departamento de Extranjería (2021); Díaz con Departamento de Extranjería (2021); Escalona con Departamento de Extranjería (2021); Escalona con Departamento de Extranjería (2021); Fagundez con Departamento de Extranjería (2021); Fuenmayor con Departamento de Extranjería (2021); Garcés con Departamento de Extranjería (2021); García con Departamento de Extranjería (2021); García con Departamento de Extranjería (2021); Guevara con Departamento de Extranjería (2021); Gutiérrez con Departamento de Extranjería (2021); Hernández con Departamento de Extranjería (2021); Illarreta con Departamento de Extranjería (2021); Lobo con Departamento de Extranjería (2021); López con Departamento de Extranjería (2021); Macabi con Departamento de Extranjería (2021); Macías con Departamento de Extranjería (2021); Martínez con Departamento de Extranjería (2021); Martínez con Departamento de Extranjería (2021); Matos con Departamento de Extranjería (2021); Medina con Departamento de Extranjería (2021); Mejías con Departamento de Extranjería (2021); Meléndez con Departamento de Extranjería (2021); Meléndez con Departamento de Extranjería (2021); Moreno con Departamento de Extranjería (2021); Moreno con Departamento de Extranjería (2021); Niebles con Departamento de Extranjería (2021); Noguera con Departamento de Extranjería (2021); Ortiz con Departamento de Extranjería (2021); Osto con Departamento de Extranjería (2021); Ramírez con Departamento de Extranjería (2021); Ramos con Departamento de Extranjería (2021); Riera con Departamento de Extranjería (2021); Rivero con Departamento de Extranjería (2021); Rodríguez con Departamento de Extranjería (2021); Rodríguez con Departamento de Extranjería (2021); Sandoval con Departamento de Extranjería (2021); Silva con Departamento de Extranjería (2021); Tarazona con Departamento de Extranjería (2021); Torres con Departamento de Extranjería (2021); Torres con Departamento de Extranjería (2021); Tovar con Departamento de Extranjería (2021); Tovar con Departamento de Extranjería (2021); Valdez con Departamento de Extranjería (2021); Vega con Departamento de Extranjería (2021); Véliz con Departamento de Extranjería (2021); Vergara con Departamento de Extranjería (2021); Vergel con Departamento de Extranjería (2021); Villa con Departamento de Extranjería (2021); Yrausquin con Departamento de Extranjería (2021).

¹⁴ Tercero: Que, de acuerdo a 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 respecto de la solicitud de permanencia definitiva, excediendo el plazo establecido en el artículo 27 de la mencionada Ley N° 19.880 (SCS Rol N° 24.827-2020).

de que el exceso del plazo establecido en el artículo 27 de la Ley N° 19.880 constituye un incumplimiento de la normativa vigente y aplicable a la Administración. Con lo cual, si alguna parte de la doctrina o de quienes deciden insisten en seguir el “mito”, entonces estarían no menos que contraviniendo la ley y el criterio jurisprudencial que ya constituye una línea clara en la CS. Línea que no solo se ha seguido en casos que inician a instancia de parte, como los más de sesenta casos aquí expuestos, sino que también podemos encontrarla en casos de procedimientos sancionatorios que han excedido el plazo legal en su tramitación¹⁵.

3. La conclusión como parte del debido procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo, es el cauce ordinario y obligatorio que debe seguir la Administración para emanar actos administrativos y que constituye a su vez una garantía para los particulares en tanto que la actuación de la Administración seguirá el camino establecido por la ley. Como expone Dromi “el procedimiento administrativo protege tanto el ejercicio de las ‘prerrogativas’ públicas como el de las ‘garantías individuales’”¹⁶.

Cuando un particular inicia un procedimiento administrativo está pidiendo un pronunciamiento que realmente le interesa pues incidirá en su esfera jurídica. Como parte de sus garantías individuales, lo que espera razonablemente de la Administración es que el procedimiento termine con un acto administrativo que resuelva la cuestión planteada.

De allí que es absolutamente congruente con los derechos de los particulares y con lo que se espera de una Administración regida por el Estado de Derecho, que una Ley como la N° 19.880 establezca un plazo máximo de tramitación de cualquier procedimiento administrativo, pues la decisión es lo que en definitiva espera el particular. De hecho como apunta Vergara Blanco¹⁷. “No cabe olvidar que el cumplimiento de los plazos por la administración fue un objetivo primordial en el proyecto y dictación de la LBPA”.

La conclusión del procedimiento administrativo se establece como un principio del procedimiento, reconocido así por el artículo 4 de la Ley N° 19.880, con este “(...) el legislador lo que busca es establecer el deber de la Administración de adoptar una resolución sobre el asunto de que conoce”¹⁸ y ese principio gracias al mismo legislador no ha quedado solo como

¹⁵ Por ejemplo, en Clínica Alemana de Temuco S.A. con Superintendencia de Salud (2021): Corte Suprema, Tercera Sala, donde se indica: “Noveno: Que en la especie es posible apreciar que la autoridad administrativa dejó transcurrir más de seis meses para emitir la decisión terminal. Tal plazo, conforme se ha expresado, excede no solo el determinado legalmente, sino que todo límite de razonabilidad, contrariando diversos principios del derecho administrativo obligatorios para la Administración, los que además tienen expresa consagración legislativa, en los términos anotados”.

¹⁶ DROMI 1999, 24.

¹⁷ VERGARA 2017b, 84.

¹⁸ BERMÚDEZ 2014, 183.

un llamado a la prudencia de la Administración sino que ha sido concretizado en una norma específica como lo es el artículo 27 de la mencionada ley.

Por tanto, el principio conclusivo en Chile más allá de llamar la atención hacia la conclusión del procedimiento a través de un acto administrativo como lo destacan Cordero y Bermúdez (en las citas anteriores de estos autores) o como lo destaca Soto Kloss¹⁹, 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.

Entender el principio conclusivo con este añadido del límite máximo de seis meses es necesario para configurar el procedimiento como una verdadera garantía para los particulares, pues pretender que estos están sometidos a los plazos inciertos, arbitrarios, de la Administración sin consecuencia alguna, no tiene congruencia con el respeto de sus derechos y es en sí mismo ilegal como ya ha quedado evidenciado.

Es cierto que muchos alegarán que en la realidad esos plazos no pueden cumplirse, porque, como advierte González Pérez al preguntarse si el artículo 24 de la Ley N° 19.880 llegará a ser una norma efectiva "(...) cuando se compruebe que las demoras obedecen al cúmulo de actuaciones y falta de medios (...) "²⁰. Pues sucede, que el cúmulo de actuaciones y falta de medios si hay alguien a quien no pueden imputarse es al particular, podrá el funcionario salvar su culpa (igual el Estado nunca se la reclama) argumentando que no le corresponde a él disponer los medios económicos o humanos para hacer más efectiva a la Administración.

Pero la propia Administración como organismo no puede pretender eludir sus obligaciones aduciendo que no tiene los medios económicos o el personal necesario para resolver los casos dentro del plazo legal establecido. Si la realidad es tan apremiante que verdaderamente la Administración no se da abasto, lo que se debe es propender a ser más eficiente cada vez y no más arbitraria.

4. La responsabilidad de la Administración por la inobservancia del art. 27 de la Ley N° 19.880

Dada la importancia jurídica que tiene que los procedimientos se decidan dentro de los plazos establecidos en la ley, no podría concluirse otra cosa, sino que su inobservancia genere la responsabilidad de la Administración a causa de los daños que su inactividad genere.

Como se expuso en la primera parte de este trabajo, son más de sesenta fallos en menos de dos meses que confirman la arbitrariedad e ilegalidad en las que incurre la Administración al no observar los plazos establecidos en el art. 27 de la Ley N° 19.880. Por tanto, al estar confirmada dicha omisión

¹⁹ SOTO 2012, 320.

²⁰ GONZÁLEZ PÉREZ 2003, 374.

ilegal y arbitraria podrían perfectamente plantearse demandas de responsabilidad patrimonial en contra de la Administración, las cuales no podrían más que acogerse al comprobarse la falta de servicio que dicha omisión supone.

Así lo ha señalado Vergara Blanco²¹ quien expone que al excederse el plazo establecido en la ley se genera el silencio administrativo y que este en sí mismo constituye una falta de servicio que debe en cualquier caso generar responsabilidad extracontractual.

En igual sentido, el español González Navarro señala:

Simple consecuencia de ese principio de producción de la resolución em in plazo razonable es el deber legal que tiene la Administración de resolver (art. 42, LRJPA) y de resolver, además, en un plazo determinado (...) Y si alguna duda cupiera en este punto, si alguien piensa que el derecho a obtener resolución en un plazo razonable es una mera declaración programática, la sentencia del Tribunal Constitucional que se acaba de citar obliga a aceptar la posibilidad de esa exigencia de responsabilidad al Estado (...)²².

Concordamos con los autores citados en que el retardo en la resolución de los casos sometidos al conocimiento de la Administración constituye un funcionamiento anormal de esta, pues la Administración está sometida a principios que configuran la obligación del debido procedimiento administrativo en favor de los particulares. Por tanto, ese funcionamiento anormal no es más que una falta de servicio y como es sabido, en Chile, la falta de servicio es por regla general (art. 42, Ley N° 18.575) el factor de imputación de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Conclusiones

1. La creencia de que en Chile la Administración no está sujeta a plazos debe erradicarse si se reconoce que el procedimiento administrativo se instituye como una garantía para los particulares.

2. El hecho de que la CS haya abandonado esa creencia, que aun podría mantenerse en parte de la doctrina y en la jurisprudencia administrativa, no puede más que celebrarse primero porque ratifica el compromiso del más alto juzgador del país con el resguardo de los derechos de las personas y se-

²¹ VERGARA 2017, 178.

²² GONZÁLEZ NAVARRO 1997, 838. La sentencia del Tribunal Constitucional español citado expone "Todo cuanto antecede no puede llevar a pensar que el derecho constitucional garantizado es un derecho vacío y que su vulneración solo puede ser remediada en términos puramente simbólicos, mediante una declaración sin contenido eficaz. El artículo 121 de la Constitución impone al Estado la obligación de indemnizar los daños causados por error judicial o que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Si la dilación indebida constituye, de acuerdo con la doctrina casi unánime, el supuesto típico de funcionamiento anormal es forzoso concluir que (...) la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas genera por mandato constitucional, cuando no puede ser remediada de otro modo, un derecho a ser indemnizado por lo daños que tal lesión produce".

gundo porque otorga al art. 27 de la Ley N° 19.880 una importancia, vigencia y eficacia que hasta ahora habían sido desconocidas.

3. Resulta imperativo, que la propia Administración entienda que el principio de conclusión del procedimiento administrativo es más que un llamado a su prudencia y buena voluntad, pues este debe leerse en conjunto con la obligación que impone la Ley N° 19.880 de terminar los procedimientos en el plazo máximo establecida por esta.

4. El desconocimiento de la normativa que establece plazos que la Administración debe cumplir ha acarreado en menos de dos meses el pronunciamiento en más de sesenta fallos por parte de la CS en los que se declara que dicho incumplimiento constituye una omisión ilegal y arbitraria en contravención de la Constitución y la Ley.

5. Con tales declaraciones por parte de la CS se abre además la posibilidad para los particulares afectados por dichas omisiones de demandar patrimonialmente por la falta de servicio de la Administración.

Bibliografía citada

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho administrativo general*. Thomson Reuters.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de derecho administrativo*. Thomson Reuters.
- DROMI, Roberto (1999). *El procedimiento administrativo*. Ciudad Argentina.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1997). *Derecho administrativo español. El acto y el procedimiento administrativo*. T III. Eunsa.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2003). La Ley chilena de procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública* (162), 359-389. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=784952>.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012). *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Abeledo Perrot.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2017a). La batalla contra las demoras excesivas en los procedimientos administrativos. En Eduardo Soto Kloss (Ed.), *El derecho administrativo y la protección de las personas. Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC* (pp. 167-187).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2017b). El mito de la inexistencia de plazos fatales para la administración y el 'decaimiento' en los procedimientos administrativos. *Estudios Públicos* (148), 79-118.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2019). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones. Veinte temas, diez años (2008-2018). *Revista de Derecho Administrativo Económico* (28 especial), 5-175.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2020). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, II: Líneas y Vacilaciones durante 2019). *Revista de Derecho Administrativo Económico* (31), 251-299.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2021a). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, III: Líneas y Vacilaciones durante 2020). *Revista de Derecho Administrativo Económico* (33), 299-344.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (9 de noviembre de 2021b). Demoras excesivas en los procedimientos administrativos: Reinicio del zigzag, ¿fin del decaimiento? (Parte VIII). *El Mercurio Legal*. <https://www.elmercurio.com/legal/>

Jurisprudencia citada

- Álvarez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 88.601-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Baptista con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.061-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Bou Aram con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 85.960-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Bravo con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 81.122-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Brito con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 82.434-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Briceño con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.072-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Cárdenas con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.568-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Castro con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.737-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Cañas con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 82.339-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Chirinos con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 92.011-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Conde con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 86.882-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección]. *Clínica Alemana de Temuco S.A. con Superintendencia de Salud* (2021): Corte Suprema, 6 diciembre 2021 (Rol N° 150141-2020). Tercera Sala [Reclamación].
- Díaz con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 86.891-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Díaz con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 85.691-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Escalona con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 87.391-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Escalona con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 86.868-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Fagundez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 85.938-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Fuenmayor con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.070-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].

- Garcés con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.699-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- García con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 88.706-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- García con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 86.890-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Guevara con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 84.623-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Gutiérrez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 89.116-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Hernández con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 87.385-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Illarreta con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.071-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Lobo con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 87.098-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- López con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 88.980-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Martínez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 4 de noviembre de 2021 (Rol N° 84.213-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Martínez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 87.382-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Matos con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 90.897-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Macabi con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 86.887-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Macías con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 81.337-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Medina con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 22 de diciembre de 2021 (Rol N° 92.241-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Mejías con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 88.847-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Meléndez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.692-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Meléndez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 90.899-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].

- Moreno con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 85.958-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Moreno con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 89.011-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Niebles con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 81.212-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Noguera con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.063-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Ortiz con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 84.622-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Osto con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 88.719-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Ramírez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 87.384-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Ramos con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 89.012-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Riera con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.873-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Rivero con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.066-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Rodríguez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.984-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Rodríguez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 89.370-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Sandoval con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 88.827-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Silva con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 89.238-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Schmidt con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2020): Corte Suprema, 5 junio 2020 (Rol N° 24.827-2020). Tercera Sala [Apelación Recurso de Protección].
- Tarazona con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.574-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Torres con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 92.014-2021), Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Torres con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 87.386-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].

- Tovar con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 81.295-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Tovar con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.986-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Valdez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 85.955-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Vega con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 86.867-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Véliz con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.569-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Vergara con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 91.067-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Vergel con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 81.294-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Villa con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2021 (Rol N° 81.211-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].
- Yrausquin con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2021 (Rol N° 87.383-2021). Tercera Sala [Apelación recurso de protección].

Normativa citada

- Constitución Política de Chile [CP]. Art. 19 N° 2. 21 de octubre de 1980 (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. 29 de mayo de 2003. D.O. N° 37.570.

El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, IV: Líneas y vacilaciones durante 2021

Alejandro Vergara Blanco¹

Este texto es la continuación de trabajos anteriores sobre las líneas y vacilaciones de la jurisprudencia de la Corte Suprema en veinte temas relevantes de la praxis de derecho administrativo, el que ahora se actualiza para el año calendario 2021. Sintetiza y grafica el resultado de una investigación de un caudal de 200 sentencias de la Corte Suprema del año señalado. Su formato es sintético. Respecto de cada tema se señalan: los hechos que dan origen a la conflictividad; la *ratio iuris decidendi*; gráficos en que queda en evidencia la conducta lineal o zigzagueante tanto de la Sala como de sus ministros y abogados integrantes; un análisis de tal comportamiento; y, un recuento exhaustivo de sentencias. El resultado es distinto al de los estudios anteriores: si bien persisten algunas vacilaciones de la Corte Suprema, durante 2021 existe un leve aumento de temas con jurisprudencia uniforme. No obstante que se mantienen varias conductas erráticas de ciertos ministros y abogados integrantes.

Palabras clave: Jurisprudencia de derecho administrativo, Vacilaciones de la jurisprudencia, Corte Suprema, *ratio iuris decidendi*, comportamiento judicial.

This text is the continuation of previous works on the lines and vacillations of the jurisprudence of the Supreme Court in twenty relevant issues of the praxis of administrative law; which is now updated for the 2021 calendar year. It synthesizes and graphs the result of an investigation of a volume of 200 Supreme Court judgments of the year 2021. Its format is synthetic. Regarding each issue, it is indicated: the facts that originated the conflict; the *ratio iuris decidendi*; graphics that evidences the linear or zigzagging behavior of both the Chamber as of its ministers and member attorneys; an analysis of such behavior; and an exhaustive count of rulings. The result is different from previous studies: although some hesitations of the Supreme Court persist, during 2021 there is a slight increase in issues with uniform jurisprudence. However, there are some erratic behaviors of certain some of its ministers and member lawyers.

Keywords: Jurisprudence of administrative law, vacillations of jurisprudence, Supreme Court, *ratio iuris decidendi*, judicial behavior.

¹ Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: alejandro.vergara@uc.cl. Dirección postal: Avenida Bernardo O'Higgins 340, Facultad de Derecho, Santiago de Chile.

Artículo recibido el 15 de marzo de 2022 y aceptado el 12 de mayo de 2022.

Introducción

Esta es la continuación de estudios anteriores², en los cuales se describió la escena jurisprudencial que dominó durante el período 2008 a 2020 en la Corte Suprema, en veinte temas relevantes de la disciplina del derecho administrativo³. La actual investigación fue realizada sobre un caudal de 200 sentencias emitidas por la Corte Suprema durante el año 2021, en los mismos veinte temas de los estudios anteriores.

En esta continuación se mantiene el método de trabajo de los anteriores estudios, como se explica en la primera parte. En la segunda parte se ofrecen los resultados, en tres apartados: el escenario jurisprudencial, explicado; los gráficos y el listado completo de las sentencias respectivas. Cierran el trabajo unas breves conclusiones.

Primera Parte: Método de trabajo

1. Método de trabajo: *Ratio iuris decidendi* idéntica en casos comparados y exhaustividad de la muestra

El método de trabajo que he seguido es el usual en toda recopilación exhaustiva de fuentes del derecho. Es el mismo de las anteriores investigaciones, que puedo sintetizar así: Se inicia con la selección de sentencias de cada uno de los temas de la muestra (i); y, para darle validez a la muestra, se verifica que haya exactitud o igualdad en la *ratio iuris decidendi* de todos los casos que se comparan (ii).

i) *selección de las sentencias*. La selección de las sentencias tiene que ser el resultado de una búsqueda rigurosa (en este caso en: www.poderjudicial.cl, sin perjuicio de la ayuda inestimable que proveen otras bases de datos confiables). De esas bases se han seleccionado todas las sentencias. De este modo esta muestra permite ofrecer la conclusión que se busca: la linealidad o vacilación de la jurisprudencia en cada tema analizado.

² El primer estudio, que abarca los años 2008 a 2018, fue publicado en esta *Revista* N° 28 (2019) Número especial, 184 pp. El segundo estudio, que abarca el año 2019, fue publicado en esta *Revista* N° 31 (2020), pp. 251-299. El tercer estudio, que abarca el año 2020, fue publicado en esta *Revista* N° 33 (2021), pp. 299-344. Todos están alojados en el sitio web de la *Revista* y en los sitios en que se encuentra indexada. Estos estudios han sido realizados en el marco de las tareas del Observatorio jurisprudencial del Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. En la realización de la investigación de este año participaron María Loreto Monsalve Morales, Felipe Muñoz Beltrán y, especialmente, Felipe Bravo Nash, todos investigadores de dicho Programa, a quienes debo agradecerles su valioso trabajo. Ellos realizaron, bajo mi dirección, la búsqueda, selección y fichaje de sentencias; la elaboración de los listados; confección de gráficos y tuvieron una activa participación en la discusión de los criterios jurisprudenciales.

³ La investigación de la jurisprudencia de derecho administrativo es más amplia y cubre muchos otros temas, los que se suelen incorporar en comentarios de la jurisprudencia, en libros dedicados a la disciplina o en apuntes dirigidos a la enseñanza. Para estas publicaciones, por ahora, he elegido esos veinte temas que son hartamente actuales y relevantes en la praxis de la disciplina.

ii) *igualdad o exactitud de la materia y casos de la muestra. Ratio iuris decidendi*. Si bien es verdad que cada caso es distinto (ello es obvio: suelen ser distintas las partes, las épocas o el origen del conflicto, etc.), la muestra se realizó luego de un trabajo previo de reducción de la temática de cada sentencia hasta llegar a la identificación de las respuestas jurisprudenciales a una temática muy específica, casi siempre a la interpretación de una misma norma, o conjunto de normas, o a una identidad del *factum*, esto es, de los hechos. Esto es, a una misma *ratio iuris decidendi* [= razón jurídica de la decisión]. De ahí que podemos decir que en todas las sentencias colacionadas en cada caso hay identidad de base fáctica y regulatoria: unos mismos hechos y un mismo derecho de base y, por ende, una misma (o desigual) *ratio iuris decidendi* para una causa igual.

Explico lo anterior pues la pretensión de este estudio es que todos los casos colacionados para cada materia sean una muestra empíricamente comparable, y así ser la base exacta de las conclusiones que se buscan: la linealidad o vacilación de la jurisprudencia.

2. Explicación de cada tema e información que ahora se ofrece

En la primera publicación de esta investigación cada uno de los veinte temas fue explicado considerando y ofreciendo la siguiente información: i) los hechos que dan origen al tipo de conflicto y la regulación del mismo; ii) la *ratio iuris decidendi* específica de cada tema; iii) el escenario jurisprudencial; y iv) gráficos de comportamiento de salas, ministros y abogados integrantes.

Al respecto, en esta publicación, referida a los mismos veinte temas: omitimos completamente la información ofrecida en i) y ii), por lo que cabe remitirse a lo allí explicado; ello para evitar repeticiones en este sitio; pero, se ofrece una información enteramente nueva (como es natural) y relativa a los resultados del año 2020, en cuanto a las informaciones referidas en iii) y iv), esto es: el escenario jurisprudencial y los gráficos.

De ahí que en la Segunda Parte la explicación de cada tema esté referido al escenario jurisprudencial y a los gráficos respectivos. Además, al final se agregan los listados de sentencias.

Segunda Parte: Veinte temas de derecho administrativo ante la Corte Suprema (2021)

Cabe advertir que este es un trabajo de recopilación de sentencias sobre los veinte temas que se indican. Al realizar esta búsqueda en algunos casos no se encontró sentencia alguna referida al tema respectivo; ello ocurrió en los temas de los números 8, 19 y 20. Si bien tales temas se mantuvieron en la numeración y subtítulos, ahí solo se consigna esta circunstancia.

- A. Escenario jurisprudencial en cada tema
 - I. Conflictos durante el procedimiento administrativo
 - 1. *Cómputo de plazos durante la tramitación del procedimiento administrativo*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala.* La jurisprudencia de la Corte Suprema se mantuvo uniforme en esta materia durante todo el período analizado aplicando adecuadamente la regla del artículo 25 de la LBPA. No se advierten zigzagueos ni cambios de parecer por parte de la Tercera Sala.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Todos los ministros y abogados integrantes de la Tercera Sala se inclinaron por la misma postura, en orden a aplicar correctamente lo dispuesto en el artículo 25 de la LBPA, y han sido consistentes en sus votos.

Véase Gráficos 1.1 y 1.2, más adelante.

- 2. *Plazos fatales para que la Administración responda solicitudes del ciudadano. Las demoras o dilaciones de la Administración*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala.* El año 2021 la Tercera Sala de la Corte Suprema se comportó de manera diversa. Durante la primera parte del año, tuvo una conducta extremadamente zigzagueante, entre los distintos criterios, al existir fallos que se inclinan por las tres posturas identificadas en el estudio. Así, en la primera sentencia del año, *Centro Médico Antofagasta S.A. (2021)* y en *Fierro (2021)* la Corte Suprema se inclina por la postura del decaimiento (con dos votos en contra); luego, en *González (2021)*, *Baltierra (2021)* y *Mata (2021)*, se inclina por exigir el cumplimiento de los plazos; pero, con posterioridad se cambia a una tercera postura contraria a la anterior, en *Inmobiliaria Via Aurora (2021)* postula el criterio más arcaico de la inexistencia de plazos fatales para la Administración; luego, a partir de *Instituto de Diagnóstico (2021)*, la Corte regresa nuevamente a la postura a favor del cumplimiento de plazos por parte de la Administración, manteniendo esta línea por todo el período del año 2021, lo que pareciera ser el inicio de la adopción de una línea consistente. Pero la mantención de esta línea lo dirá el futuro, pues esta es una materia de alta inestabilidad jurisprudencial hasta ahora.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* El ministro Sergio Muñoz se mantiene firme en la postura que postula la fatalidad de los plazos, no verificándose ningún zigzagueo suyo en los casos estudiados.

Existen tres ministras cuyos votos son altamente inestables. Así: la ministra Vivanco en el año 2021 ha zigzagueado visitando las tres posturas; se inclinó inicialmente por la postura del decaimiento; para cambiar en seguida su parecer al criterio que exige el cumplimiento de plazos; luego votó en

favor de la inexistencia de plazos fatales y, finalmente, retoma de manera uniforme la postura que exige el cumplimiento de plazos. La ministra Sandoval en el año 2021 adopta una conducta similar; así: se inclinó primero por la postura del decaimiento, para cambiar en seguida a la postura que exige el cumplimiento de los plazos, luego votó a favor de la postura que promueve la inexistencia de plazos fatales y, finalmente, asentó su criterio en la postura que exige el cumplimiento de los plazos. En fin, la ministra Ravanales, tiene una conducta igualmente zigzagueante: visita los tres criterios en tres fallos sucesivos.

Véase Gráficos 2.1 y 2.2, más adelante.

3. *Audiencia previa como requisito esencial del procedimiento administrativo de invalidación*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala.* El año 2021 la Tercera Sala de la Corte Suprema ha incurrido en un zigzagueo modificando su postura tradicional que reconoce la esencialidad de la audiencia previa, dado que en el caso *Corredora* (2021) no reconoce la esencialidad de esa previa audiencia del interesado. Para luego continuar con su criterio a favor del reconocimiento de la esencialidad de previa audiencia del interesado. Es importante destacar en todo caso que la opinión predominante este año fue reconocer la esencialidad de la audiencia previa del interesado.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* En este asunto, el ministro Sergio Muñoz mantuvo un criterio uniforme reconociendo la esencialidad de la audiencia previa del interesado; así, en *Corredora* (2021), en que la sala zigzagueó, él emitió un voto disidente. Por otro lado, la ministra Vivanco incurre en un zigzag en ese mismo caso, al cambiar su postura anterior de la esencialidad de la audiencia previa y votar en contra; para luego volver a fallar de acuerdo a la postura inicial en los dos siguientes casos del año. La ministra Ravanales primero adopta la postura de no aceptar la esencialidad de la audiencia previa en el caso citado, para luego cambiar de postura en *Erices* (2021).

Véase Gráficos 3.1 y 3.2, más adelante.

4. *Plazo de la administración para ejercer potestad sancionatoria*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala.* En el único caso pesquisado, *Consejo de Defensa del Estado* (2021), se mantiene el criterio tradicional de la Corte Suprema. De esta manera, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido uniforme desde el año 2017, aplicando el plazo del Código Civil de 5 años para poder ejercer la potestad sancionatoria.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Los ministros Valderrama, Ravanales y Vivanco mantienen la postura de aplicar el plazo de 5 años establecido en el Código Civil. Por otro lado, el ministro Sergio Muñoz realiza una prevención en el fallo CDE (2021), optando por la postura de aceptar un plazo de 5 años pero aplicando supletoriamente el Código Penal. A su vez, el abogado integrante Alcalde presenta una disidencia aplicando el criterio que promueve la prescripción de 6 meses aplicable a las faltas.

Véase Gráficos 4.1 y 4.2, más adelante.

5. *Agotamiento de la vía administrativa e interrupción del plazo para ejercer posteriores recursos jurisdiccionales*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala.* La Tercera Sala de Corte Suprema ha sido uniforme, aplicando la regla del artículo 54 inc. 2° de la LBPA, respetando el derecho del administrado al íntegro cómputo del plazo para accionar ante tribunales. Esta postura ha sido uniforme desde el año 2012.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Tanto ministros como abogados integrantes han mantenido una única línea jurisprudencial, optando por la postura de reconocer la señalada interrupción del artículo 54 inc. 2° LBPA, no existiendo vacilaciones ni cambio de opiniones.

Véase Gráficos 5.1 y 5.2, más adelante.

II. Conflictos al presentar recursos jurisdiccionales

6. *Plazo de prescripción de la acción de nulidad administrativa*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala.* La jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema en la única sentencia dictada este año, *Montesinos* (2021), ha mantenido el criterio tradicional, siguiendo la tesis mayoritaria desde el 2008 a 2020, aplicando las normas del CC respecto de los efectos patrimoniales de la acción.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Tanto ministros como abogados integrantes han mantenido una única línea jurisprudencial, optando por la postura de aplicar las normas del Código Civil respecto de los efectos patrimoniales de la acción de nulidad administrativa.

Por su parte, el ministro S. Muñoz mantuvo su tradicional voto en contra de esta línea jurisprudencial, propugnando la imprescriptibilidad de la acción de nulidad.

Véase Gráficos 6.1 y 6.2, más adelante.

7. *Cómputo del plazo para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala.* La jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido uniforme, aplicando el artículo 25 de la LBPA para efectos del cómputo del plazo para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos en todos los casos analizados el año 2021.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Todos los ministros de la Sala votan a favor de la postura del artículo 25 de la LBPA. Por otro lado, los ministros Silva y Mera emiten un voto en contra relativo a aspectos procesales del recurso de queja, pero no respecto de la materia de fondo.

Véase Gráficos 7.1 y 7.2, más adelante.

8. *Prescripción de la acción indemnizatoria de responsabilidad patrimonial de la Administración*

Escenario jurisprudencial 2021

La Corte Suprema no conoció casos de prescripción de la acción indemnizatoria de responsabilidad durante el año 2021.

9. *Prescripción de la acción indemnizatoria por crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala.* Desde el año 2014 la Corte Suprema ha sido uniforme en sostener la imprescriptibilidad de la acción, la que se mantiene vigente en la actualidad.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Tanto ministros como abogados integrantes han mantenido una única línea jurisprudencial, optando por la postura de sostener la imprescriptibilidad de la acción indemnizatoria contra crímenes de lesa humanidad. Por su lado, la abogada integrante Coppo mantiene un comportamiento uniforme sosteniendo la imprescriptibilidad de la acción penal, pero difiere del resto de ministros en cuanto a la prescripción de la acción indemnizatoria, sosteniendo que esta se rige por las normas del Código Civil.

Véase Gráficos 9.1 y 9.2, más adelante.

10. *Legitimación activa para ejercer la acción de protección*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala.* La Tercera Sala de la Corte Suprema el año 2021 incurrió en vacilaciones en esta temática, al acoger en *Pavón* (2021) la tesis

que exige un grado de determinación menos estricto respecto a la individualización del afectado, para luego en *Barahona* (2021) cambiar de parecer, exigiendo un grado de determinación más estricta, y luego volver a tomar la postura de exigir un grado de determinación menos estricto en *Maraboli* (2021) y los casos sucesivos.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes*. Zigzaguean principalmente los ministros Sergio Muñoz y Vivanco y el abogado integrante Pierry, quienes en algunas disidencias se inclinan por la línea menos estricta que busca acoger los recursos a pesar de haber sido interpuestos en favor de colectivos sin haberse individualizado de forma exhaustiva a los afectados. En un caso vota de manera contradictoria a su voto tradicional la ministra Sandoval. Los ministros Mera, Quezada y el abogado integrante Lagos mantienen la postura de exigir un grado de determinación menos estricto.

Véase Gráficos 10.1 y 10.2, más adelante.

11. *Procedencia y alcance de la acción de mera certeza*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala*. La jurisprudencia de la Tercera Sala ha mantenido el criterio de años anteriores, al no acoger la acción de mera certeza en el caso *Viguera* (2021).

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes*. Todos los ministros mantuvieron esa línea jurisprudencial, optando por la postura de no acoger la acción de mera certeza.

Véase Gráficos 11.1 y 11.2, más adelante.

III. Conflictos relativos a la estabilidad de los trabajadores en la administración

12. *Funcionarios a honorarios y supletoriedad del Código del Trabajo*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala*. La Corte Suprema da un giro en su jurisprudencia tradicional uniformando su criterio en torno a la aplicación supletoria del Código del Trabajo. Así, no se verifica ningún zigzag en el conjunto de sentencias analizado en que se retorne al arcaico criterio que negaba la aplicación supletoria del Código del Trabajo. Sin embargo, esta nueva tendencia, que reconoce la aplicación del Código del Trabajo, trae aparejada la necesidad que adoptar ciertas decisiones complementarias que podemos resumir de la siguiente manera:

i) la distinción del vínculo laboral existente entre las personas contratadas a honorarios y la Administración, para decidir si aplicar o no el CT frente a la verificación de una relación de subordinación y dependencia;

ii) la verificación de que el órgano de la Administración, es decir, el empleador, haya cumplido debidamente con el pago de cotizaciones previsionales de sus trabajadores a honorarios. En cuanto a la sanción aplicable, la Corte Suprema ordena el pago íntegro de cotizaciones previsionales, sin declarar la nulidad del despido conforme al artículo 162 del Código del Trabajo.

iii) aquel criterio jurídico en virtud del cual el no pago de cotizaciones previsionales de los trabajadores a honorarios hace aplicable la sanción contenida en el artículo 162 del Código del Trabajo, siendo nulo el despido de trabajadores a quienes se les adeuda el pago de cotizaciones previsionales.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Se destaca en primer lugar el comportamiento de la ministra Chevesich quien ha mantenido una postura consistente y sin zigzag alguno en más de cinco años y siendo la principal promotora de la sub-tendencia que hace aplicable a los trabajadores a honorarios la sanción del artículo 162 del Código del Trabajo. Por su parte, la abogada integrante Etcheberry se mantuvo consistente en su postura ordenando el pago de cotizaciones previsionales sin aplicar nulidad del despido, hasta que en el caso *Maldonado* (2021), último del año, votó por la aplicación de la nulidad del despido. La ministra Repetto mostró un comportamiento similar, no aplicando la nulidad del despido, pero cambiando su postura en uno de los últimos casos analizados en 2021, reconociendo en *Florinda* (2021) que sí procede la nulidad del despido en los términos del artículo 162 del Código del Trabajo. El ministro Blanco se mantuvo consistente ordenando el pago de cotizaciones previsionales sin aplicar la nulidad del despido y luego distinguiendo el vínculo laboral existente entre los trabajadores a honorarios y la Administración para determinar si era aplicable o no el Código del Trabajo. Mismo comportamiento anterior tuvo la ministra Andrea Muñoz, pero incurriendo en un zigzag en la sentencia *Florinda* (2021) aplicando la nulidad del despido, y luego volviendo a la sub-tendencia clásica distinguiendo el tipo de relación para aplicar o no el Código del Trabajo.

Véase Gráficos 12.1 y 12.2, más adelante.

13. *Término anticipado de empleos a contrata*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la Tercera Sala.* En esta materia, la Tercera Sala zigzaguea constantemente. En el año 2021 persiste tanto la idea de aceptar la precariedad del empleo a contrata como la postura contraria, con permanentes votos disidentes. Esta vacilación se mantuvo durante todo el periodo. Pareciera que el criterio predominante de la sala es aquel que no acepta la precariedad del empleo a contrata, pero los cambios de tendencia son continuos.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Los ministros y abogados integrantes cambian continuamente su voto durante el período estudiado, destacando en este comportamiento vacilante las ministras Sandoval y Vivanco y el abogado integrante Pallavicini. Por su parte, el ministro Sergio

Muñoz destaca por mostrar un comportamiento uniforme, consistente con su postura tradicional rechazando la precariedad del empleo a contrata. El ministro Carroza se mantiene firme en su postura de no aceptar la precariedad del empleo a contrata, sin perjuicio de que en el caso *Jemenao* (2021) se produce un zigzag en su comportamiento. El abogado integrante Pallavicini, sin perjuicio de haber intervenido en un solo caso relativo al empleo a contrata en 2021, mantiene su voto en la tendencia que acepta la precariedad del empleo a contrata, siendo consistente con su postura de años anteriores.

Véase Gráficos 13.1 y 13.2, más adelante.

14. *Desviación de poder en las desvinculaciones de los funcionarios a contrata*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala.* En el año 2021 existieron zigzagueos por parte de la Corte Suprema. Incliniéndose por ambas posturas. Sin embargo, en su mayoría reconoce la desviación de poder como vicio de legalidad en la desvinculación de funcionarios.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Entre los ministros que zigzaguean y votan tanto por la postura de reconocer la desviación de poder como también por desconocerla podemos mencionar a las ministras Vivanco y Ravanales. El abogado integrante Benavides acoge la postura de desviación de poder como vicio de legalidad en las desvinculaciones de funcionarios. Por otro lado, el abogado integrante Alcalde desconoce de manera consistente la desviación de poder como vicio de legalidad en las desvinculaciones de funcionarios. Los ministros S. Muñoz y Carroza mantienen un comportamiento uniforme reconociendo en todas sus votaciones la desviación de poder como vicio de legalidad en la desvinculación de funcionarios.

Véase Gráficos 14.1 y 14.2, más adelante.

15. *Recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculación de funcionarios a contrata*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala.* La jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema muestra múltiples vacilaciones en la materia. De esta forma, no es posible distinguir un patrón claro en cuanto a la estabilidad de los criterios. Dentro de estos, a su vez, existen casos en que se ha decidido acoger el recurso por medio de la garantía de la igualdad ante la ley, y otros, menos numerosos, en la garantía de la propiedad; e incluso, de manera sorprendente, en un número considerable de casos la Sala menciona *ambas garantías* como su fundamento. En muchos casos la Sala se refiere de manera general a las "garantías alegadas por la parte recurrente" como fundamentación.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* En este tema se presenta un zigzag constante tanto de ministros como de abogados integrantes.

El ministro Sergio Muñoz la mayoría de las veces vota por acoger los recursos de protección, inclinándose por la garantía de la igualdad. La ministra Sandoval y el abogado integrante Quintanilla la mayoría de las veces votan por rechazar el recurso por aspectos de fondo, sin que ellos cambien de voto en el período estudiado. La ministra Vivanco la mayoría de las veces acepta el recurso de protección como vía idónea, sin embargo, en otras ocasiones cambia su voto para acogerlo, a veces inclinándose por la vulneración de la garantía constitucional de la propiedad y otras por la vulneración de la garantía de la igualdad ante la ley. Es posible afirmar, entonces, que los ministros y abogados integrantes no han desarrollado una doctrina consistente al respecto.

Véase Gráficos 15.1 y 15.2, más adelante.

IV. Conflictos en recursos naturales, medio ambiente y bienes públicos

16. Regularización de derechos de aguas

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala.* En el año 2021 la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha mantenido uniforme, manteniendo el criterio establecido en el año 2020, acogiendo la postura que acepta la regularización de derechos de aguas.

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* El año 2021 los ministros Sergio Muñoz, Ravanales, Vivanco y Carroza y los abogados integrantes Munita, Pallavicini y Humeres son del parecer de aceptar la regularización de los derechos de aguas. En cambio, la ministra Sandoval y el abogado integrante Quintanilla en el año 2021 son del parecer de rechazar la regularización de los derechos de aguas. Todos se han mantenido consistentes en sus posiciones.

Véase Gráficos 16.1 y 16.2, más adelante.

17. Autorizaciones administrativas como requisito de servidumbres mineras

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala.* La Corte Suprema ha vacilado una vez en esta temática, al exigir primero en *Tornero* (2021) solo requisitos de la legislación minera; luego en *Olivares* (2021) exige otros requisitos que no provienen de la legislación minera; para luego volver a la postura inicial en *Espinoza* (2021).

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes.* Los ministros Repetto, Andrea Muñoz, Chevesich y De La Maza son consistentes en exigir únicamente los requisitos de la legislación minera. Los ministros que exigen requisitos que no son de la legislación minera son los ministros Blanco, Gajardo y Ravanales, quienes lo hacen también de manera consistente. Es el ministro M. Silva quien vacila una vez, al acoger en primer lugar la postura de solo exigir los requisitos de la legislación minera, en *Tornero* (2021), para luego

cambiar a la postura contraria en *Olivares* (2021) y luego volver a la postura inicial en *Espinoza* (2021).

Véase Gráficos 17.1 y 17.2, más adelante.

18. *Plazo para que tercero absoluto pueda solicitar invalidación ambiental*

Escenario jurisprudencial 2021

a) *Conducta de la sala*. Esta es una materia que, en los años anteriores ha habido múltiples zigzags. Así, si observamos los tres últimos años, la Tercera Sala de la Corte Suprema ha completado un nuevo zigzag, aplicando este año el plazo de dos años *Servicio Evaluación Ambiental* (2021), igual que en *Comunidad* (2019) pero entre medio aplicó el criterio de 30 días, en *Stipicic* (2020).

b) *Conducta de ministros y abogados integrantes*. La línea jurisprudencial que aplica el plazo de dos años es seguida de manera consistente en los tres casos señalados por los ministros Sergio Muñoz y Vivanco; pero varían su criterio los ministros Aránguiz y Sandoval.

Véase Gráficos 18.1 y 18.2, más adelante.

19. *Afectación presunta de bienes privados al uso público*

Escenario jurisprudencial 2021

La Corte Suprema no conoció casos de afectación presunta de bienes privados al uso público durante el año 2021.

20. *Acceso a playas públicas*

Escenario jurisprudencial 2021

La Corte Suprema no conoció casos relativos al acceso a playas públicas durante el año 2021.

B. Gráficos

Gráfico 1.a. 2021. Comportamiento de la sala: Cómputo de plazos durante la tramitación del procedimiento administrativo

AÑO	CASOS QUE APLICAN CORRECTAMENTE ART. 25 LBPA	CASOS QUE NO APLICAN CORRECTAMENTE REGLA ART. 25 LBPA
2021	SEPÚLVEDA	●
	SCHMIDT	●
	MOLINE	●
	TELEFÓNICA	●

© PDAE UC 2022

Gráfico 1.b.2021. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Cómputo de plazos durante la tramitación del procedimiento administrativo

AÑO	CASO	CASOS QUE APLICAN CORRECTAMENTE ART. 25 LBPA	CASOS QUE NO APLICAN CORRECTAMENTE REGLA ART. 25 LBPA
2021	SEPÚLVEDA	[S. Muñoz][Sandoval][Vivanco][Ravanes][Pierry] ●	
	SCHMIDT	[S. Muñoz][Sandoval][Vivanco][Ravanes][Quintanilla] ●	
	MOLINE	[S. Muñoz][Carroza][Mera][M. Silva][Vivanco] ●	
	TELEFÓNICA	[S. Muñoz][Ravanes][Carroza][Águila][Benavides] ●	

© PDAE UC 2022

Gráfico 2.a.2021. Comportamiento Sala: Plazos fatales para que la Administración responda solicitudes del ciudadano. Las demoras o dilaciones de la Administración

AÑO	ARTÍCULO 27 LBPA NO ES FATAL		POSTURA PRO CUMPLIMIENTO DE PLAZOS POR LA ADMINISTRACIÓN
	SOSTIENEN INEXISTENCIA DE PLAZOS FATALES	POSTURA DEL DECAIMIENTO	
2021		CENTRO MÉDICO ANTOFAGASTA S.A. ●	[voto][voto]
			GONZÁLEZ ●
			BALTIERRA ●
			[voto][voto]
		FIERRO ●	[voto][voto]
			MATA ●
		INMOBILIARIA VÍA AURORA ●	
			INSTITUTO DE DIAGNÓSTICO ●
			MARTÍNEZ ●
			BOU ●
			BRAVO ●
			BRITO ●
			CAÑAS ●
			CONDE ●
			DÍAZ I ●
			DÍAZ II ●
			ESCALONA ●
			FAGUNDEZ ●
			GARCÍA I ●
			GUEVARA ●
			MACABI ●
			MACÍAS ●
			MORENO ●
			NIEBLES ●
			ORTIZ ●
			TOVAR ●
			VALDEZ ●
			VEGA ●
			VERGEL ●
			VILLA ●
			ÁLVAREZ ●
			BAPTISTA ●
			BRICEÑO ●
		CÁRDENAS ●	
		CASTRO ●	
		CHIRINOS ●	
		ESCALONA ●	
		FUENMAYOR ●	
		GARCÉS ●	
		GARCÍA ●	
		GUTIÉRREZ ●	
		HERNÁNDEZ ●	
		ILARRETA ●	
		LOBO ●	
		LÓPEZ ●	
		MARTÍNEZ ●	
		MATOS ●	
		MEJÍAS ●	
		MELÉNDEZ I ●	
		MELÉNDEZ II ●	
		MORENO ●	

		●	NOGUERA
		●	OSTO
		●	RAMÍREZ
		●	RAMOS
		●	RIERA
		●	RIVERO
		●	RODRÍGUEZ I
		●	RODRÍGUEZ II
		●	SANDOVAL
		●	SILVA
		●	TARAZONA
		●	TORRES I
		●	TORRES II
		●	VÉLIZ
		●	VERGARA
		●	YRAUSQUIN
		●	CLÍNICA ALEMANA DE TEMUCO
		●	MEDINA

© PDAE UC 2022

Gráfico 2.b.2021. Comportamiento de los ministros y abogados integrantes: Comportamiento de la Sala: Plazos fatales para que la Administración responda solicitudes del ciudadano. Las demoras o dilaciones de la Administración.

AÑO	CASO	ARTÍCULO 27 LBPA NO ES FATAL		POSTURA PRO CUMPLIMIENTO DE PLAZOS POR LA ADMINISTRACIÓN
		SOSTIENEN INEXISTENCIA DE PLAZOS FATALES	POSTURA DEL DECAIMIENTO	
2021	CENTRO MÉDICO ANTOFAGASTA S.A.		● [Sandoval][Quintanilla][Lagos]	[S. Muñoz][Vivanco]
	GONZÁLEZ			[Sandoval][Vivanco][S. Muñoz][Ravanes][Quintanilla]
	BALTIERRA		● [Shertzer][Pierry]	[S. Muñoz][Vivanco][Biel]
	FIERRO		● [Ravanes][Carroza][Munita]	[S. Muñoz][Vivanco]
	MATA			[Ravanes][Carroza][S. Muñoz][Munita][Benavides]
	INMOBILIARIA VÍA AURORA	● [Ravanes][Sandoval][Vivanco][Pallavicini][Quintanilla]		[Ravanes][S. Muñoz][Vivanco][Etcheberry][Alcalde]
	INSTITUTO DE DIAGNÓSTICO			[Ravanes][S. Muñoz][Vivanco][Matus][Alcalde]
	MARTÍNEZ			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	BOU			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	BRAVO			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	BRITO			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	CAÑAS			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	CONDE			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	DÍAZ I			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	DÍAZ II			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	ESCALONA			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	FAGUNDEZ			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	GARCÍA I			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	GUEVARA			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	MACABI			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	MACÍAS			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	MORENO			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	NIEBLES			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	ORTIZ			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	TOVAR			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	VALDEZ			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	VEGA			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	VERGEL			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	VILLA			[S. Muñoz][Ravanes][Vivanco][Carroza][Benavides]
	ÁLVAREZ			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
	BAPTISTA			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
	BRICEÑO			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
	CÁRDENAS			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
CASTRO			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
CHIRINOS			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
ESCALONA			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
FUENMAYOR			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
GARCÉS			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
GARCÍA			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
GUTIÉRREZ			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
HERNÁNDEZ			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
ILARRETA			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
LOBO			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
LÓPEZ			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
MARTÍNEZ			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
MATOS			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
MEJÍA			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
MELÉNDEZ I			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	
MELÉNDEZ II			[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]	

MORENO				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
NOGUERA				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
OSTO				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
RAMÍREZ				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
RAMOS				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
RIERA				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
RIVERO				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
RODRÍGUEZ I				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
RODRÍGUEZ II				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
SANDOVAL				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
SILVA				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
TARAZONA				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
TORRES I				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
TORRES II				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
TOVAR				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
VÉLIZ				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
VERGARA				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
YRAUSQUIN				[S. Muñoz][Carroza][Alcalde][Águila][Sáez]
CLÍNICA ALEMANA				[Vivanco][Carroza][J. Muñoz][Gajardo][Alcalde]
MEDINA				[S. Muñoz][Ravanales][Zepeda][Alcalde][Benavides]

© PDAE UC 2022

Gráfico 3.a.2021. Comportamiento de la sala: Audiencia previa como requisito esencial de procedimiento de invalidación

Año	Reconoce esencialidad de previa audiencia del interesado	Acepta reunión meramente informativa previa	No reconoce esencialidad de previa audiencia del interesado
2021	FLORES	●	
	[voto]		●
	SÁNCHEZ	●	
	ÉRICES	●	
			CORREDORA

© PDAE UC 2022

Gráfico 3.b.2021. Comportamiento ministros y abogados integrantes: Audiencia previa como requisito esencial de procedimiento de invalidación

Año	Caso	Reconoce esencialidad de previa audiencia del interesado	Acepta reunión meramente informativa previa	No reconoce esencialidad de previa audiencia del interesado
2021	FLORES	[S. Muñoz][Sandoval][Vivanco][Llanos][Zepeda]	●	
	CORREDORA	[S. Muñoz]		●
	SÁNCHEZ	[S. Muñoz][Vivanco][M. Silva][Gajardo][Benavides]	●	
	ÉRICES	[S. Muñoz][Vivanco][Ravanales][Águila][Carroza]	●	
				[Vivanco][Ravanales][Biel][Munita]

© PDAE UC 2022

Gráfico 4.a.2021. Comportamiento de la Sala: Plazo de la Administración para ejercer potestad sancionatoria

AÑO	SE APLICA EL CÓDIGO CIVIL (5 AÑOS)	SE APLICA EL CÓDIGO PENAL (6 MESES)	SE APLICA EL CÓDIGO PENAL (5 AÑOS)
2021	CDE ●	[voto]	[voto]

© PDAE UC 2022

Gráfico 4.b.2021. Comportamiento ministros y abogados integrantes: Plazo de la Administración para ejercer potestad sancionatoria

AÑO	CASO	SE APLICA EL CÓDIGO CIVIL (5 AÑOS)	SE APLICA EL CÓDIGO PENAL (6 MESES)	SE APLICA EL CÓDIGO PENAL (5 AÑOS)
2021	CDE	[Ravanales][Valderrama][Vivanco] ●	[Alcalde]	[S. Muñoz]

© PDAE UC 2022

Gráfico 5.a.2021. Comportamiento sala: Agotamiento de la vía administrativa e interrupción del plazo para ejercer posteriores recursos jurisdiccionales

AÑO	RECONOCE EL DERECHO A INTERRUPCIÓN DEL ART. 54 INC. 2º LBPA	NO RECONOCE EL DERECHO A INTERRUPCIÓN DEL ART. 54 INC. 2º LBPA
2021	INGENIERÍA INTEGRAN ●	

© PDAE UC 2022

Gráfico 5.b.2021. Comportamiento ministros y abogados integrantes: Agotamiento de la vía administrativa e interrupción del plazo para ejercer posteriores recursos jurisdiccionales

AÑO	CASO	RECONOCE EL DERECHO A INTERRUPCIÓN DEL ART. 54 INC. 2º LBPA	NO RECONOCE EL DERECHO A INTERRUPCIÓN DEL ART. 54 INC. 2º LBPA
2021	INGENIERÍA INTEGRAN	[S. Muñoz][Ravanales][Quezada][Coppo][Águila] ●	

© PDAE UC 2022

Gráfico 6.a.2021. Comportamiento sala: Plazo de prescripción de la acción de nulidad administrativa

AÑO	LA ACCIÓN DE NULIDAD ESTÁ SUJETA A LAS REGLAS DE PRESCRIPCIÓN DEL CC CUANDO TIENE UN COMPONENTE PATRIMONIAL	LA ACCIÓN DE NULIDAD Y LA ACCIÓN PATRIMONIAL PRESCRIBEN SEGÚN LAS REGLAS DEL CC	TANTO LA ACCIÓN DE NULIDAD COMO SUS EFECTOS PATRIMONIALES SON IMPRESCRIPTIBLES
2021	MONTESINOS ●		[voto]

© PDAE UC 2022

Gráfico 6.b.2021. Comportamiento ministros y abogados integrantes: Plazo de prescripción de la acción de la nulidad administrativa

AÑO	CASO	LA ACCIÓN DE NULIDAD ESTÁ SUJETA A LAS REGLAS DE PRESCRIPCIÓN DEL CC CUANDO TIENE UN COMPONENTE PATRIMONIAL	LA ACCIÓN DE NULIDAD Y LA ACCIÓN PATRIMONIAL PRESCRIBEN SEGÚN LAS REGLAS DEL CC	TANTO LA ACCIÓN DE NULIDAD COMO SUS EFECTOS PATRIMONIALES SON IMPRESCRIPTIBLES
2021	MONTESINOS	[Sandoval][Vivanco][Quintanilla][Pallavicini] ●		[S. Muñoz] ©PDAE UC 2022

Gráfico 7.a.2021. Comportamiento Sala: Cómputo de plazos para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos

AÑO	APLICAN ART. 25 LBPA	APLICAN ART. 66 CPC	APLICAN ART. 50 CC
2021	SEPÚLVEDA PINO ●		
	TELFÓNICA MÓVILES ●		
	MOLINE MOORE ●	[voto][voto]	

© PDAE UC 2022

Gráfico 7.b.2021. Comportamiento ministros y abogados integrantes: Cómputo de plazo para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos

AÑO	CASO	APLICAN ART. 25 LBPA	APLICAN ART. 66 CPC	APLICAN ART. 50 CC
2021	SANDOVAL	[S. Muñoz][Ravanes][Sandoval][Vivanco][Pierry] ●		
	TELFÓNICA MÓVILES	[S. Muñoz][Carroza][Ravanes][Águila][Benavides] ●		
	MOLINE MOORE	[S. Muñoz][Carroza][Vivanco] ●	[M. Silva][Mera]	

© PDAE UC 2022

Gráfico 9.a.2021. Comportamiento Sala: Prescripción de la acción indemnizatoria contra crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado

AÑO	ACCIÓN PRESCRIPTIBLE SEGÚN NORMAS DEL CÓDIGO PENAL	ACCIÓN IMPRESCRIPTIBLE POR APLICACIÓN DE TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES
2021		● AMPUERO
		● AGRUPACIÓN FAMILIARES I
		● ARANCIBIA
	[voto]	● RODRÍGUEZ
		● MANRÍQUEZ
		● IRIBARREN I
		● AGRUPACIÓN FAMILIARES II
		● IRIBARREN II
		● FALCÓN
		● OSSES
		● CONTRERAS SEPÚLVEDA
		● CONTRERAS PLOTSQUI
		● PROGRAMA DDHH
		● KRASSNOFF
		● JUAN CONTRERAS
		● TAPIA PACHECO
		● ISLA
[voto]	● ALBORNOZ	

© PDAE UC 2022

Gráfico 9.b.2021. Comportamiento ministros y abogados integrantes: Prescripción de la acción indemnizatoria contra crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado

AÑO	CASO	ACCIÓN PRESCRIPTIBLE SEGÚN NORMAS DEL CÓDIGO PENAL	ACCIÓN IMPRESCRIPTIBLE POR APLICACIÓN DE TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES
2021	AMPUERO		● [Dahm][Kunsmüller][Llanos][Abuad][Munita]
	AGRUPACIÓN I		● [Brito][Zepeda][Kunsmüller][Valderrama][Llanos]
	ARANCIBIA		● [Coppo][Brito][J. Muñoz][Zepeda][Munita]
	RODRÍGUEZ	[Coppo]	● [Brito][Valderrama][Zepeda][Tavolari]
	MANRÍQUEZ		● [Brito][Valderrama][Dahm][Llanos][Tavolari]
	IRIBARREN I		● Brito][Letelier][Valderrama][Llanos][Zepeda]
	AGRUPACIÓN II		● [Brito][Letelier][Valderrama][Llanos][Zepeda]
	IRIBARREN II		● [Letelier][Valderrama][Llanos][Tavolari][Zepeda]
	FALCÓN		● [Brito][Valderrama][Dahm][Llanos][Tavolari]
	OSSES		● [Brito][Valderrama][Llanos][Zepeda][Tavolari]
	CONTRERAS SEPÚLVEDA		● [Brito][Valderrama][Dahm][Llanos][Mera]
	CONTRERAS PLOTSQUI		● [Dahm][Llanos][Letelier][Tavolari][Coppo]
	PROGRAMA DDHH		● [Brito][Llanos][Zepeda][Tavolari][Coppo]
	KRASSNOFF		● [Brito][Dahm][Valderrama][Mera][Gardo]
	JUAN CONTRERAS		● [Brito][Valderrama][Dahm][Letelier][Tavolari]
	TAPIA PACHECO		● [Brito][Valderrama][Dahm][Letelier][Tavolari]
ISLA		● [S. Muñoz][Ravanes][Carroza][Alcalde][Águila]	
ALBORNOZ	[Coppo]	● [Brito][Valderrama][Dahm][Llanos]	

© PDAE UC 2022

Gráfico 10.a.2021. Comportamiento Sala: Legitimación activa para ejercer la acción de protección

AÑO	EXIGE UN GRADO DE DETERMINACIÓN MÁS ESTRICTO RESPECTO A LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL AFECTADO	EXIGE UN GRADO DE DETERMINACIÓN MENOS ESTRICTO RESPECTO A LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL AFECTADO
2021	[voto][voto]	● PAVÓN
	BARAHONA	●
	OSORIO	●
	UGARTE	●
	[voto][voto]	● MARABOLI
	[voto][voto]	● CARRASCO
	[voto][voto]	● CASTRO
	[voto][voto]	● FERNÁNDEZ
	[voto][voto]	● ORTA
	[voto][voto]	● RIQUELME
	[voto][voto]	● TAPIA
	[voto][voto]	● TAPIA DE LA FUENTE
	[voto][voto]	● JÉREZ

©PDAE UC 2022

Gráfico 10.b.2021. Conducta de los ministros y abogados integrantes: Legitimación activa para ejercer la acción de protección

AÑO	CASO	EXIGE UN GRADO DE DETERMINACIÓN MÁS ESTRICTO RESPECTO A LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL AFECTADO	EXIGE UN GRADO DE DETERMINACIÓN MENOS ESTRICTO RESPECTO A LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL AFECTADO
2021	PAVÓN	[Vivanco][Pierry]	● [S. Muñoz][Quintanilla][Sandoval]
	BARAHONA	[Ravanales][Vivanco][Carroza][Quezada][Pierry]	●
	OSORIO	[S. Muñoz][Vivanco][Rabanales][Carroza][Pallavicini]	●
	UGARTE	[Carroza][Rabanales][Sandoval][Pierry][Pallavicini]	●
	MARABOLI		● [Vivanco][Mera][Quezada][Lagos][Pierry]
	CARRASCO	[Vivanco][Pierry]	● [Quezada][Mera][Lagos]
	CASTRO	[Vivanco][Pierry]	● [Quezada][Mera][Lagos]
	FERNÁNDEZ		● [Vivanco][Mera][Quezada][Lagos][Pierry]
	ORTA	[Vivanco][Pierry]	● [Quezada][Mera][Lagos]
	RIQUELME	[Vivanco][Pierry]	● [Quezada][Mera][Lagos]
	TAPIA	[Vivanco][Pierry]	● [Quezada][Mera][Lagos]
	TAPIA DE LA FUENTE	[Vivanco][Pierry]	● [Quezada][Mera][Lagos]
	JÉREZ		● [S. Muñoz][Vivanco][Ravanales][Munita][Carroza]

©PDAE UC 2022

Gráfico 11.a.2021. Comportamiento Sala: Procedencia y alcance de la acción de mera certeza

AÑO	ACOGE ACCIÓN DE MERA CERTEZA	NO ACOGE ACCIÓN DE MERA CERTEZA
2021		● VIGUERA

© PDAE UC 2022

Gráfico 11.b.2021. Comportamiento ministros y abogados integrantes: Procedencia y alcance de la acción de mera certeza

AÑO	CASO	ACOGE ACCIÓN DE MERA CERTEZA	NO ACOGE ACCIÓN DE MERA CERTEZA
2021	VIGUERA		● [S. Muñoz][Vivanco][Carroza][Letelier][Benavides]

© PDAE UC 2022

Gráfico 12.a.2021. Comportamiento Sala: Funcionarios a honorarios y supletoriedad del Código del Trabajo

AÑO	CASOS QUE NO APLICAN EL CÓDIGO DEL TRABAJO	APLICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO		
		CASOS QUE DISTINGUEN LA NATURALEZA DEL VÍNCULO, APLICANDO EL CT Y EL EA, SEGÚN CORRESPONDA	PAGO DE COTIZACIONES, PERO NO APLICA NULIDAD DE DESPIDO	APLICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO Y ACOGE LA NULIDAD DE DESPIDO
2021			● FIGUEROA	
			● BARAHONA	[voto]
			● CARREÑO	[voto]
			● MIRANDA	
			● BARRAZA	
			● DUARTE	[voto]
		● RODRÍGUEZ		
			● ANTIPÁN	
			● FUENTES	
			● PINTO	
			[voto] ● EGISA	
			[voto] ● ANDRACA	
			● STUARDO	
			● ANCALAO	
			● IRARRÁZAVAL	
			● SAN MARTÍN	[voto]
		● GUTIÉRREZ		
		● GARAY		
		● OLIVA		
		● DIMTER		
		● TAPIA		
		● CANEPA		
				● FLORINDA
		● PERALTA		
				● MALDONADO

© PDAE UC 2022

Gráfico 12.b.2021. Comportamiento ministros y abogados: Funcionarios a honorarios y supletoriedad del Código del Trabajo

AÑO	CASO	CASOS QUE NO APLICAN EL CÓDIGO DEL TRABAJO	APLICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO		
			CASOS QUE DISTINGUEN LA NATURALEZA DEL VÍNCULO, APLICANDO EL CT Y EL EA, SEGÚN CORRESPONDA	PAGO DE COTIZACIONES, PERO NO APLICA NULIDAD DE DESPIDO	ACOGE LA NULIDAD DE DESPIDO
2021	FIGUEROA			● [M.Silva][Repetto][Biel][Mera][Barra]	
	BARAHONA			● [Mera][M.Silva][Repetto][A.Muñoz]	[Chevesich]
	CARREÑO			● [M.Silva][Mera][Repetto][A.Muñoz]	[Chevesich]
	MIRANDA			● [Repetto][Gómez][Shertzer][Echeberry][Barra]	
	BARRAZA			● [Repetto][Gómez][Shertzer][Echeberry][Barra]	
	DUARTE			● [M.Silva][Mera][A.Muñoz][Repetto]	[Chevesich]
	RODRÍGUEZ		● [S.Muñoz][Sandoval][Ravanales][Carroza][Shertzer]		
	ANTIPÁN			● [González][Contreras][Gajardo][A.Muñoz][Echeberry]	
	FUENTES			● [González][Contreras][Gajardo][A.Muñoz][Echeberry]	
	PINTO			● [Coppo][Blanco][Repetto][A.Muñoz][Echeberry]	
	EGISA			[Blanco] ● [Repetto][A.Muñoz][Gajardo][Ruz]	
	ANDRACA		[J.Muñoz] ● [Vivanco][Carroza][Quezada][Quintanilla]		
	STUARDO			● [Chevesich][González][A.Muñoz][Tavolari][Ruz]	
	ANCALAO			● [Blanco][Chevesich][Humes][A.Muñoz][Echeberry]	
	IRARRÁZAVAL			● [Blanco][Silva][Repetto][A.Muñoz][Echeberry]	
	SAN MARTÍN			● [Gómez][Repetto][A.Muñoz][Echeberry]	[Chevesich]
	GUTIÉRREZ		● [A.Muñoz][Carroza][Letelier][Ruz][Echeberry]		
	GARAY		● [A.Muñoz][Repetto][Quezada][Muniz][Gajardo]		
	OLIVA		● [A.Muñoz][Repetto][Quezada][Alcalá][Ruz]		
	DIMTER		● [A.Muñoz][Blanco][Fuentes][Ruz]		[Chevesich]
TAPIA		● [A.Muñoz][Chevesich][Gómez][Gajardo][Ruz]			
CANEPA		● [A.Muñoz][Biel][Gómez][Ruz][Echeberry]			
FLORINDA				● [A.Muñoz][Chevesich][Repetto][Zepeda][Ruz]	
PERALTA		● [A.Muñoz][Chevesich][Repetto][Gómez][Gajardo]			
MALDONADO				● [Letelier][Gómez][Quezada][Gajardo][Echeberry]	

© PDAE UC 2022

Gráfico 13.a.2021. Comportamiento de la sala: Término anticipado de empleos a contrata

AÑO	ACEPTAN PRECARIEDAD DEL EMPLEO A CONTRATA	NO ACEPTAN PRECARIEDAD DEL EMPLEO A CONTRATA
	MUÑOZ	[voto][voto]
		OLGUÍN
	FUENTES	[voto]
		ARAYA
	GARCÍA	[voto][voto]
		MIRANDA
		MANCILLA
	[voto][voto]	ANGULO
		NAVARRETE
		PAPIC
		MARAMBIO
	JEMENAO	[voto]
	ORTIZ	[voto][voto]
	[voto]	URBINA
		ORELLANA
		PALMA
		TOLEDO
		ÁLVAREZ

Gráfico 13.b.2021. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Término anticipado de empleos a contrata

AÑO	CASO	ACEPTAN PRECARIEDAD DEL EMPLEO A CONTRATA	NO ACEPTAN PRECARIEDAD DEL EMPLEO A CONTRATA
	MUÑOZ	[Sandoval][Quintanilla][Lagos]	[S.Muñoz][Biel]
	OLGUÍN		[S.Muñoz][Sandoval][Vivanco][Gómez][Abuad]
	FUENTES	[Vivanco][Ravnales][Quezada][Pallavicini]	[Carroza]
	ARAYA	[Pierry][Sandoval]	[S.Muñoz][Vivanco][Carroza]
	GARCÍA	[Ravnales][Biel][Lagos]	[S.Muñoz][Vivanco]
	MIRANDA		[Vivanco][Carroza][Quezada][Quintanilla][Pallavicini]
	MANCILLA		[S.Muñoz][Vivanco][Ravnales][Alcalde][Benavides]
	ANGULO	[Ravnales][Pierry]	[S.Muñoz][Vivanco][Carroza]
	NAVARRETE	[Ravnales][Benavides]	[S.Muñoz][Vivanco][Carroza]
	PAPIC	[Ravnales]	[Carroza][Vivanco][Quezada][Pierry]
	MARAMBIO	[Ravnales][Biel]	[S.Muñoz][Vivanco][Lagos]
	JEMENAO	[Vivanco][Ravnales][Carroza][Alcalde]	[S.Muñoz]
	ORTIZ	[Vivanco][Ravnales][Etcheberry]	[S.Muñoz][Carroza]
	URBINA	[Ravnales]	[S.Muñoz][Vivanco][Carroza][Alcalde]
	ORELLANA		[S.Muñoz][Vivanco][Carroza][Munita][Águila]
	PALMA	[Munita][Águila]	[S.Muñoz][Vivanco][Carroza]
	TOLEDO		[S.Muñoz][Vivanco][Carroza][Munita][Águila]
	ÁLVAREZ		[S.Muñoz][Vivanco][Ravnales][Carroza][Benavides]

Gráfico 14.a.2021. Comportamiento Sala: Desviación de poder en las desvinculaciones de funcionarios a contrata

AÑO	RECONOCE DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DE LEGALIDAD EN LAS DESVINCULACIONES/TRASLADOS DE FUNCIONARIOS	DESCONOCE DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DE LEGALIDAD EN LAS DESVINCULACIONES/TRASLADOS DE FUNCIONARIOS
2021	ANDRADE	[voto][voto]
		MIRANDA
	FERRADA	
		SAZO
	PAPIC	[voto]
	MARAMBIO	[voto][voto]
		CLAPS
	LARA	[voto][voto]

Gráfico 14.b.2021. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Desviación de poder en las desvinculaciones de funcionarios a contrata

AÑO	CASO	RECONOCE DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DE LEGALIDAD EN LAS DESVINCULACIONES/TRASLADOS DE FUNCIONARIOS	DESCONOCE DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DE LEGALIDAD EN LAS DESVINCULACIONES/TRASLADOS DE FUNCIONARIOS
2021	ANDRADE	[S. Muñoz][Vivanco][Quintanilla]	[Ravnales][Sandoval]
	MIRANDA	[Carroza]	[Quezada][Ravnales][Vivanco][Pallavicini]
	FERRADA	[S. Muñoz][Carroza][Ravnales][Benavides][Munita]	
	SAZO	[Carroza]	[Vivanco][J. Muñoz][Aguilar][Alcalde]
	PAPIC	[Carroza][Vivanco][Pierry][Quezada]	[Ravnales]
	MARAMBIO	[S. Muñoz][Vivanco][Lagos]	[Ravnales][Biel]
	CLAPS	[Carroza]	[Vivanco][J. Muñoz][Gajardo][Alcalde]
	LARA	[Carroza][S. Muñoz][Benavides]	[Ravnales][Águila]

Gráfico 15.a.2021. Comportamiento de la sala: Recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculación de funcionarios a contrata

AÑO	ACEPTA RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA IDÓNEA			RECHAZA RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA IDÓNEA	
	VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD	VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD	VULNERACIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	ASPECTOS DE FONDO	ASPECTOS DE FORMA
2021	TORRES	●		[voto][voto]	
				● GONZÁLEZ	
				● PASOLZ	
			● ALCAYAGA		
	ANDRADE	●		[voto][voto]	
				● SAZO I	
		[voto]		● MIRANDA	
	ARAYA	●		[voto]	
	MANCILLA	●			
	FERRADA	●			
		[voto]		● SAZO II	
				● UGRINOVIC	
	PAPIC	●		[voto]	
	MARAMBIO	●		[voto][voto]	
	INSUNZA	●			
	AÑASCO	●			
	CONTRERAS	●			
	DÁVILA	●		[voto]	
			● PINO		
	NIMUYAO	●			
URBINA	●		[voto]		
		● PALMA	[voto][voto]		
		● ORELLANA	[voto][voto]		
		● TOLEDO	[voto][voto]		
ÁLVAREZ	●				
LARA	●		[voto][voto]		

© PDAE UC 2022

Gráfico 15.b.2021. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculación de funcionarios a contrata

AÑO	CASO	ACEPTA RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA IDÓNEA			RECHAZA RECURSO DE PROTECCIÓN COMO VÍA IDÓNEA	
		VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD	VULNERACIÓN A LA GARANTÍA DE LA PROPIEDAD	VULNERACIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	ASPECTOS DE FONDO	ASPECTOS DE FORMA
2021	TORRES	[S.Muñoz][Vivanco][Quintanilla]			[Sandoval][Ravanales]	
	GONZÁLEZ				[Llanos][S.Muñoz][Sandoval][Pallavicini][Quintanilla]	
	PAZOLS				[Llanos][S.Muñoz][Sandoval][Pallavicini][Quintanilla]	
	ALCAYAGA			[Carroza][S.Muñoz][Sandoval][Ravanales][Quintanilla]		
	ANDRADE	[S.Muñoz][Vivanco][Quintanilla]			[Sandoval][Ravanales]	
	SAZO I				[S.Muñoz][Sandoval][Vivanco][Gajardo][Quintanilla]	
	MIRANDA	[Carroza]			[Quezada][Ravanales][Vivanco][Pallavicini]	
	ARAYA	[S.Muñoz][Carroza][Vivanco]			[Sandoval][Pierry]	
	MANCILLA	[S.Muñoz][Ravanales][Vivanco][Alcalde][Benavides]				
	FERRADA	[Carroza][S.Muñoz][Ravanales][Benavides][Munita]			[Vivanco][J.Muñoz][Aguilar][Alcalde][Ravanales]	
	SAZO II	[Carroza]			[Carroza][Quezada][Vivanco][Pierry]	
	UGRINOVIC	[Carroza][Quezada][Vivanco][Pierry]			[Ravanales]	
	PAPIC	[S.Muñoz][Vivanco][Lagos]			[Ravanales][Biel]	
	MARAMBIO	[S.Muñoz][Ravanales][Vivanco]				
	INSUNZA	[S.Muñoz][Ravanales][Carroza][Aguila][Benavides]				
	AÑASCO	[S.Muñoz][Ravanales][Carroza][Aguila][Benavides]				
	CONTRERAS	[S.Muñoz][Ravanales][Shertzer][Vivanco][Quintanilla]				
	DÁVILA	[S.Muñoz][Carroza][Vivanco][Eteberry]			[Ravanales]	
	PINO			[S.Muñoz][Vivanco][Ravanales][Letelier][Quezada]		
	NIMUYAO	[S.Muñoz][Vivanco][Ravanales][Carroza][Aguila]			[Ravanales]	
URBINA	[S.Muñoz][Vivanco][Carroza][Alcalde]			[Ravanales]		
PALMA			[S.Muñoz][Vivanco][Carroza]	[Munita][Águila]		
ORELLANA			[Vivanco][Munita][Águila]	[S.Muñoz][Carroza]		
TOLEDO			[Vivanco][Munita][Águila]	[S.Muñoz][Carroza]		
ÁLVAREZ	[S.Muñoz][Vivanco][Ravanales][Carroza][Benavides]					
LARA	[S.Muñoz][Carroza][Benavides]			[Ravanales][Águila]		

© PDAE UC 2022

Gráfico 16.a.2021. Comportamiento Sala: Regularización de derechos de aguas

AÑO	ACEPTA	RECHAZA
2021	GUTIÉRREZ	[voto][voto]
	SOCIEDAD AGRÍCOLA I	
	SOCIEDAD AGRÍCOLA II	

© PDAE UC 2022

Gráfico 16.b.2021. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Regularización de derechos de aguas

AÑO	CASO	ACEPTA REGULARIZACIÓN	RECHAZA REGULARIZACIÓN
2021	GUTIÉRREZ	[S.Muñoz][Ravanales][Pallavicini]	[Quintanilla][Sandoval]
	SOCIEDAD AGRÍCOLA I	[Vivanco][S.Muñoz][Ravanales][Pallavicini][Carroza]	
	SOCIEDAD AGRÍCOLA II	[S.Muñoz][Vivanco][Ravanales][Munita][Humeres]	

© PDAE UC 2022

Gráfico 17.a.2021. Comportamiento Sala: Autorizaciones como requisito servidumbres mineras

AÑO	EXIGE SÓLO REQUISITOS DE LA LEGISLACIÓN MINERA	EXIGE REQUISITOS QUE NO SON DE LA LEGISLACIÓN MINERA
2021	TORNERO	[voto]
		OLIVARES
	ESPINOZA	[voto]

© PDAE UC 2022

Gráfico 17.b.2021. Conducta de los ministros: Autorizaciones como requisito servidumbres mineras

AÑO	CASO	EXIGE SÓLO REQUISITOS DE LA LEGISLACIÓN MINERA	EXIGE REQUISITOS QUE NO SON DE LA LEGISLACIÓN MINERA
2021	TORNERO	[Chevesich][A. Muñoz][M. Silva][Repetto]	[Blanco]
	OLIVARES	[De La Maza][A. Muñoz]	[M. Silva][Ravanales][Pallavicini]
	ESPINOZA	[M. Silva][A. Muñoz][Repetto][Coppo]	[Gajardo]

© PDAE UC 2022

Gráfico 18.a.2021. Comportamiento de la sala: Plazo para que tercero absoluto pueda solicitar invalidación ambiental

AÑO	APLICA PLAZO DE DOS AÑOS	APLICA PLAZO DE TREINTA DÍAS
2021	SERVICIO EVALUACIÓN AMBIENTAL	

© PDAE UC 2022

Gráfico 18.b.2021. Comportamiento de ministros y abogados integrantes: Plazo para que tercero absoluto pueda solicitar invalidación ambiental

AÑO	CASO	APLICA PLAZO DE DOS AÑOS	APLICA PLAZO DE TREINTA DÍAS
2021	SERVICIO EVALUACIÓN AMBIENTAL	[S. Muñoz][Carroza][Silva][Alcalde][Benavides]	

© PDAE UC 2022

Conclusiones

I. Resultados distintos en 2021

El resultado de la revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en veinte temas en 2020 (en los 17 temas en que efectivamente se registraron fallos), en cuanto a su uniformidad o vacilación es similar a la del estudio precedente que abarcó la jurisprudencia correspondiente al año 2020. Sin embargo, el tema 2 (relativo a “Plazos fatales para que la Administración responda solicitudes del ciudadano. Las demoras o dilaciones de la Administración”) existió un importante cambio de tendencia en pro del cumplimiento de plazos; y en el tema 12 (relativo a los “Funcionarios a honorarios y supletoriedad del Código del Trabajo”) se unificó la jurisprudencia en torno a la aplicación del Código del Trabajo, originando nuevas sub categorías jurisprudenciales dentro de esa interpretación. En cuanto a la conducta de sus ministros y abogados integrantes, también tiende más a la linealidad, persistiendo de todas formas los zigzagueos individuales de ministros y abogados integrantes u otros de la Sala (originados estos últimos usualmente por un cambio de integración de dicha Sala o por el cambio de voto de algún ministro o abogado integrante). La Corte Suprema, entonces, en general sigue exhibiendo una conducta contrastada: por una parte, dirigida a ofrecer precedentes, pues se aprecia un aumento de temas con jurisprudencia uniforme; pero, no obstante, paralelamente, se mantienen vacilaciones en algunos otros temas.

Es notorio que la mantención o no de los zigzags depende únicamente de la discreción de ministros y abogados integrantes, muchos de los cuales no tienen ninguna consistencia en su conducta, sin ninguna consecuencia institucional respecto de ello.

II. Comportamiento de las salas: tres conductas se aprecian

Podemos esquematizar la conducta de las Salas de la Corte Suprema así: i) hay temas en que la jurisprudencia del año anterior era lineal, y sigue siéndolo (no se aprecia la conducta inversa: que antes fuese lineal y ahora zigzagueante); ii) hay temas en que la jurisprudencia en la década anterior era zigzagueante y ahora es lineal; esto es, la Corte Suprema deja de zigzaguear; y, iii) hay temas en que la jurisprudencia era zigzagueante y sigue siéndolo. Se puede apreciar en los gráficos respectivos. El resumen es el siguiente:

a) *Temas en que la jurisprudencia sigue siendo lineal.* Hay temas en que la jurisprudencia del año 2021 se mantuvo uniforme en comparación al año 2020 y anteriores. Es el caso de los siguientes temas: 1 (cómputo de plazos); 4 (plazo de la Administración para ejercer potestad sancionatoria); 5 (agotamiento de la vía administrativa); 6 (plazo de prescripción de nulidad administrativa); 7 (cómputo del plazo para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos); 9 (prescripción de la acción indemnizatoria de crímenes de lesa humanidad).

b) *Temas en que la jurisprudencia ahora es uniforme.* Hay temas en que la jurisprudencia fue zigzagueante en los periodos anteriores y deja de serlo en 2021. Es el caso de los siguientes temas: 12 (Funcionarios a honorarios y supletoriedad del Código del Trabajo); 16 (regularización de derechos consuetudinarios de aguas).

c) *Temas en que la jurisprudencia continúa zigzagueando, o comienza a zigzaguear:* 2 (plazos fatales para que la Administración responda solicitudes del ciudadano. Las demoras o dilaciones de la Administración); 3 (audiencia previa como requisito esencial del procedimiento de invalidación); 10 (legitimación activa para ejercer la acción de protección); 13 (término anticipado de empleos a contrata); 14 (desviación de poder en las desvinculaciones de funcionarios a contrata); 15 (recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculación de funcionarios a contrata); 17 (autorizaciones como requisito de servidumbres mineras); y 18 (plazo para que el tercero absoluto pueda solicitar invalidación ambiental).

d) *Temas en que no hubo casos durante el año 2021.* Tal situación se produjo en los temas 8 (prescripción de la acción indemnizatoria de responsabilidad); 19 (afectación presunta de bienes privados al uso público); y, 20 (acceso a playas públicas). Destaca el tema 8 por el contraste ocurrido con el año 2020, en el cual se verificaron gran cantidad de casos, en comparación al 2021 en que no hubo.

En suma, puede decirse que, durante 2021, se ha mantenido el escenario del año 2020 en cuanto al número de casos en que se mantienen las vacilaciones, pero destacando, sin perjuicio de lo anterior, que en dos casos altamente zigzagueantes en años anteriores, en 2021 encontraron uniformidad, siendo estos los temas 12 (funcionarios a honorarios) y 16 (regularización de derechos consuetudinarios de aguas).

III. Comportamiento de ministros y abogados integrantes en 2021

Si bien en la mitad de los temas se mantiene la linealidad de las salas (8 temas), lo que se debe a una conducta más lineal de los ministros y abogados integrantes, paralelamente se mantienen diversas y persistentes conductas erráticas de algunos de ellos. Al respecto, podemos observar tres tipos de conductas de ministros y abogados integrantes (las que se pueden apreciar en los gráficos; además son descritas *infra* en los acápite dedicados a los escenarios jurisprudenciales de cada tema):

i) casos de ministros y abogados integrantes que anteriormente eran muy zigzagueantes, si bien ahora siguen zigzagueando casi todos lo hacen en menos ocasiones;

ii) hay ministros y abogados integrantes que anteriormente eran levemente zigzagueantes, tienden ahora a ofrecer conductas más lineales; y

iii) son minoritarios los ministros que ofrecen gran linealidad y uniformidad en sus votos.

Al respecto, cabe concluir que son pocos los ministros que han enmendado su rumbo y que dejan de ser zigzagueantes. En otras palabras, los ministros que han sido altamente zigzagueantes con anterioridad siguen siéndolo, y siguen incurriendo de manera ostensible en zigzags. Es el caso de los ministros Pierry, Aránguiz y Sandoval, hasta su retiro. Y es el caso de la ministra Vivanco, la que hoy ostenta el sitio de ser la ministra más zigzagueante de su Sala en los temas de la muestra. Los más nuevos ministros de la Corte Suprema zigzaguearon notoriamente este año. Es el caso de los ministros M. Silva, Ravanales, Repetto y Carroza. Es quizás el resultado de que el Pleno de la CS no ha establecido como estándar seguir los precedentes y de que no hay sanción alguna a estas conductas.

Al respecto, se destaca y cabe reconocer el comportamiento ejemplar de la ministra Chevesich, la que en todas las sentencias analizadas desde el inicio del Estudio, en ninguna ocasión ha variado sus votos en casos idénticos. Es, por cierto, un modelo a seguir. Igualmente, el ministro S. Muñoz tiene una conducta usualmente muy lineal y consistente; sin perjuicio de que paralelamente zigzaguea levemente en algunos temas.

IV. Resumen de los resultados que arroja el Estudio del año 2021

En el primer estudio, que cubrió desde 2008 a 2018, mostramos una alta vacilación de la CS; luego, en el año 2019 hubo una leve mejoría, lo que quizás fue una reacción transitoria ante la publicación de nuestro *Estudio* y las repercusiones del mismo en la opinión pública. Pero, posteriormente, en el año 2020 hubo un retroceso. En el actual estudio del año 2021, hay diversas reacciones en cada uno de los temas, modificando ligeramente el escenario jurisprudencial, tendiendo hacia la uniformidad en ciertos temas, pero manteniendo los zigzagueos en casi la mitad de los temas de la muestra. De las cifras, descontando los tres temas en que no hubo pronunciamientos en 2020, podemos comprobar que: i) en contraste con años anteriores, actualmente se manifiestan ocho temas en que la CS ha manifestado un comportamiento uniforme, lo que es un buen síntoma para la jurisprudencia de dicha corte; ii) existen dos temas en que hubo una reacción positiva de la CS a partir de 2019, 2020 y 2021: antes era zigzagueante y ahora es lineal; y iii) pero se mantienen otros ocho temas de la muestra, bien relevantes, en que aún existen conductas zigzagueantes tanto de ministros y abogados integrantes, como de las Salas.

Anexo de sentencias [total de casos: 200]

I. Conflictos durante el procedimiento administrativo

1. *Cómputo de plazos durante la tramitación del procedimiento administrativo* [4 casos]

Sepúlveda con Comisión de Apelaciones del Registro del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (2021): CS, 4 enero 2021 (Rol N° 134311-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r), Vivanco, Ravanales; Al: Pierry [protección].

Schmidt (Universidad de Chile con Consejo Nacional de Televisión) (2021): CS, 12 febrero 2021 (Rol N° 83660-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (p), Vivanco (r), Ravanales; Al: Quintanilla [queja].

Moline con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago (2021): CS, 13 septiembre 2021 (Rol N° 35439-2021), 3ª Sala. M: Carroza (r), Mera (d), S. Muñoz, M. Silva (d), Vivanco [queja].

Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago (2021): CS, 14 octubre 2021 (Rol N° 17207-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Ravanales (r), Carroza; Al: Águila, Benavides [queja].

2. *Plazos fatales para que la Administración responda solicitudes del ciudadano. Las demoras o dilaciones de la Administración* [69 casos]

Centro Médico Antofagasta S.A. con Intendencia de Prestadores de Salud (2021): CS, 18 marzo 2021 (Rol N° 134311-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Sandoval (r), Vivanco (p); Al: Quintanilla, Lagos [protección].

González con Comunidad Indígena (2021): CS, 29 marzo 2021 (Rol N° 140.337-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r), Vivanco, Ravanales; Al: Quintanilla [protección].

Baltierra con Tesorería Provincial de Maipú (2021): CS, 3 mayo 2021 (Rol N° 127415-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco (r), Biel, Shertzer (d); Al: Pierry (d) [protección].

Fierro con PDI (2021): CS, 13 mayo 2021 (Rol N° 14298-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Vivanco (d), Ravanales, Carroza; Al: Munita (r) [protección].

Mata con Departamento de Extranjería (Ministerio del Interior): CS, 27 mayo 2021 (Rol N° 35.473-2021) Tercera Sala. M: S. Muñoz, Ravanales, Carroza. A.I.: Munita, Benavides [protección].

Inmobiliaria Vía Aurora Limitada con Dirección General de Aguas (2021): CS, 27 julio 2021 (Rol N° 119190-2020), 3ª Sala. M: Ravanales, Sandoval, Vivanco; Al: Pallavicini (r), Quintanilla [reclamo de ilegalidad].

Instituto de Diagnóstico S.A. con Superintendencia de Salud (2021): CS, 1 octubre 2021 (Rol N° 22318-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales; Al: Etcheberry, Alcalde (r) [reclamación].

Martínez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2021): CS, 4 noviembre 2021 (Rol N° 84.213-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Matus; Al: Alcalde [s/r] [protección].

Bou con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 85.960-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].

Bravo con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 81.122-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].

Brito con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 82.434-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].

Cañas con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 82.339-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].

- Conde con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 86.882-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Díaz con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública I* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 86.891-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Díaz con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública II* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 85.691-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Escalona con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 86.868-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Fagundez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre de 2021 (Rol N° 85.938-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- García con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 86.890-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Guevara con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 84.623-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Macabi con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 86.887-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Macías con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 81.337-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Moreno con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 85.958-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Niebles con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 81.212-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Ortiz con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 84.622-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Tovar con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 81.295-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Valdez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 85.955-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Vega con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 86.867-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Vergel con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 81.294-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Villa con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 10 noviembre 2021 (Rol N° 81.211-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides [s/r] [protección].
- Álvarez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 88.601-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].

- Baptista con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91.061-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Briceño con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91.072-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Cárdenas con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91.568-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Castro con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91.737-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Chirinos con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 92.011-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Escalona con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 87.391-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Fuenmayor con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91.070-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Garcés con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública I* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91.699-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- García con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública II* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 88.706-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Gutiérrez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 89.116-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Hernández con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 87.385-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [protección].
- Ilarreta con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91.071-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Lobo con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 87.098-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- López con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 88.980-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Martínez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 87.382-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Matos con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 90.897-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Mejías con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 88847-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Meléndez con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública I* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91692-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].

- Meléndez con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública II* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 90.899-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Moreno con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 89011-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Noguera con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91063-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Osto con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 88719-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Ramírez con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 87384-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Ramos con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 89012-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Riera con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91873-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Rivero con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91066-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Rodríguez con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública I* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91984-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Rodríguez con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública II* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 89370-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Sandoval con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 88827-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Silva con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 89238-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Tarazona con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91574-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Torres con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública I* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 92014-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Torres con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública II* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 87386-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Tovar con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91986-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Véliz con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91569-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].
- Vergara con *Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 91067-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].

Yrausquin con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2021): CS, 1 diciembre 2021 (Rol N° 87383-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza; Al: Alcalde, Águila; FJ: Sáez [s/r] [protección].

Clínica Alemana de Temuco S.A. con Superintendencia de Salud (2021): CS, 6 diciembre 2021 (Rol N° 150141-2020), 3ª Sala. M: Vivanco (r), Carroza, J. Muñoz; Al: Gajardo, Alcalde [reclamación].

Medina con DEM (2021): CS, 22 diciembre 2021 (Rol N° 92.241-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Ravanales, Zepeda; Al: Alcalde, Benavides [protección].

3. Audiencia previa como requisito esencial de procedimiento de invalidación [4 casos]

Flores con C.G.R. (2021): CS, 04 enero 2021 (Rol N° 76613-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco, Llanos (r), Zepeda [protección].

Corredora y Servicio Nido LTDA con Ilustre Municipalidad de la Serena (2021): CS, 29 marzo 2021 (Rol N° 144506-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Vivanco, Ravanales, Biel (r); Al: Munita [protección].

Sánchez con Municipalidad de San Gregorio (2021): CS, 24 agosto 2021 (Rol N° 25436-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, M. Silva (r), Vivanco; Al: Gajardo, Benavides [protección].

Erices con Prefectura de Carabineros de BíoBío (2021): CS, 16 diciembre 2021 (Rol N° 34747-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Vivanco, Carroza, Ravanales; Al: Águila [protección].

4. Plazo de la Administración para ejercer potestad sancionatoria [1 caso]

Consejo de Defensa del Estado con S y R Inversiones S.A. (2021): CS, 13 octubre 2021 (Rol N° 22247-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Valderrama (r), Vivanco, Ravanales; Al: Alcalde (d) [casación].

5. Agotamiento de la vía administrativa e interrupción del plazo para ejercer posteriores recursos jurisdiccionales [1 caso]

Ingeniería Integran Fray Jorge S.A. con SERVIU Metropolitano (2021): CS, 27 diciembre 2021 (Rol N° 49738-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Ravanales, Quezada; Al: Coppo, Águila (r) [casación].

II. Conflictos al presentar recursos jurisdiccionales

6. Plazo de prescripción de la acción de nulidad administrativa [1 caso]

Montesinos con Thone (2021): CS, 17 mayo 2021 (Rol N° 94273-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Sandoval, Vivanco; Al: Quintanilla, Pallavicini (r) [casación].

7. Cómputo del plazo para presentar recursos jurisdiccionales contra actos administrativos [3 casos]

Sepúlveda Pino con Ministerio de Vivienda y Urbanismo (2021): CS, 4 enero 2021 (Rol N° 134311-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Ravanales, Sandoval (r), Vivanco; Al: Pierry [protección].

Telefónica Móviles Chile S.A. con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago (2021): CS, 14 octubre 2021 (Rol N° 17207-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Ravanales (r) Carroza; Al: Águila, Benavides [queja].

Moline Moore con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago (2021): CS, 13 septiembre 2021 (Rol N° 35439-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, M. Silva (d), Carroza (r), Mera (d) [queja].

8. Prescripción de la acción indemnizatoria de responsabilidad [no se registraron casos en 2021]

9. *Prescripción de la acción indemnizatoria contra crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado [18 casos]*

- Ampuero y otros con no especificado* (2021): CS, 8 febrero 2021 (Rol N° 8945-2018), 2ª Sala. M: Dahm, Kunsemüller (r), Llanos; Al: Auauad, Munita [casación].
- Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos y otros con Claudio Abdón Lecaros Carrasco y otro* (2021): CS, 5 abril 2021 (Rol N° 24953-2018), 2ª Sala. M: Zepeda (r), Kunsemüller, Brito, Valderrama, Llanos [casación].
- Arancibia y otros con Juan Morales Salgado y otros* (2021): CS, 14 junio 2021 (Rol N° 32658-2018), 2ª Sala. M: Brito (r), J. Muñoz, Zepeda; Al: Munita, Coppo [casación].
- Rodríguez y otros con Sergio Avila Quiroga y otros* (2021): CS, 29 junio 2021 (Rol N° 18876-2018), 2ª Sala. M: Brito (r), Valderrama, Zepeda; Al: Tavolari, Coppo (d) [casación].
- Sin especificar con Manríquez y otros* (2021): CS, 30 junio 2021 (Rol N° 2352-2019), 2ª Sala. M: Brito, Valderrama, Dahm (r), Llanos; Al: Tavolari [casación].
- Iribarren con Fisco De Chile* (2021): CS, 6 julio 2021 (Rol N° 79259-2020), 2ª Sala. M: Brito, Letelier, Llanos, Valderrama, Zepeda (r) [casación].
- Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos y otros con Heraclio Benito Núñez Yáñez* (2021): CS, 18 agosto 2021 (Rol N° 12762-2019), 2ª Sala. M: Brito, Letelier, Llanos (r), Valderrama, Zepeda [casación].
- Iribarren con Fisco de Chile* (2021): CS, 25 agosto 2021 (Rol N° 99422-2020), 2ª Sala. M: Letelier, Llanos (r), Valderrama, Zepeda; Al: Tavolari [casación].
- Falcón con Fisco de Chile* (2021): CS, 27 septiembre 2021 (Rol N° 92043-2021), 2ª Sala. M: Brito (r), Dahm, Llanos, Valderrama; Al: Tavolari [casación].
- No se consigna con Osses y otro* (2021): CS, 7 octubre 2021 (Rol N° 14594-2019), [s/s]. M: Brito, Valderrama, Zepeda; Al: Llanos (r), Tavolari [casación].
- No se consigna con Contreras Sepúlveda y otros* (2021): CS, 19 octubre 2021 (Rol N° 8561-2018), 2ª Sala. M: Brito, Valderrama, Dahm, Llanos (r), Mera [casación].
- Contreras Plotsqui y otros con Gabriel Matus Hernández y otros* (2021): CS, 20 octubre 2021 (Rol N° 12342-2019), 2ª Sala. M: Dahm, Llanos, Letelier; Al: Tavolari, Coppo (r) [casación].
- Programa de Derechos Humanos con Jorge Schweizer Gómez y otros* (2021): CS, 20 octubre 2021 (Rol N° 28552-2018), 2ª Sala. M: Brito (r), Llanos, Zepeda, Coppo, Tavolari [casación].
- No se consigna con Krassnoff y otros* (2021): CS, 25 octubre 2021 (Rol N° 32907-2018), 2ª Sala. M: Brito, Valderrama (r), Dahm, Mera; Al: Gajardo [casación].
- C/ Contreras, López Tapia, Pachecho, Acevedo, Polanco, Espinoza y otros* (2021): CS, 26 noviembre 2021 (Rol N° 223-2019), 2ª Sala. M: Brito (r), Valderrama, Dahm, Letelier; Al: Tavolari [casación].
- C/ Tapia Pachecho, Zapata Torres, González y otros* (2021): CS, 2 diciembre 2021 (Rol N° 17518-19), 2ª Sala. M: Brito (r), Valderrama, Dahm, Letelier; Al: Tavolari [casación].
- Isla con Fisco de Chile* (2021): CS, 9 diciembre 2021 (Rol N° 14513-2021), 2ª Sala. M: S. Muñoz (p), Ravanales (r), Carroza; Al: Águila, Alcalde (p) [casación].
- Albornoz otros con Fisco de Chile* (2021): CS, 24 diciembre 2021 (Rol N° 13877-2019), 2ª Sala. M: Brito, Valderrama, Dahm (r), Llanos; Al: Coppo (d) [casación].

10. *Legitimación activa para ejercer la acción de protección [13 casos]*

- Pavón con Centeno* (2021): CS, 22 febrero 2021 (Rol N° 79055-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval, Vivanco (p); Al: Quintanilla, Pierry (p) [protección].
- Barahona con Martínez* (2021): CS, 26 febrero 2021 (Rol N° 11538-2021), 3ª Sala. M: Vivanco, Ravanales, Carroza, Quezada; Al: Pierry (p) [s/r] [protección].
- Osorio con García* (2021): CS, 29 marzo 2021 (Rol N° 6875-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Pallavicini [protección].
- Ugarte con Ilustre Municipalidad de Ñuñoa* (2021): CS, 26 abril 2021 (Rol N° 150485-2021), 3ª Sala. M: Sandoval, Ravanales, Carroza (r); Al: Pierry, Pallavicini [protección].

Maraboli y otros con Director General de Carabineros Don Mario Rozas Córdova-Ministerio del Interior y Seguridad Pública Don Gonzalo Blumel (2021): CS, 5 julio 2021 (Rol N° 131086-2020), 3ª Sala. M: Vivanco (r), Mera, Quezada; Al: Lagos, Pierry [protección].

Carrasco con Carabineros de Chile (2021): CS, 5 julio 2021 (Rol N° 129419-2020), 3ª Sala. M: Vivanco (r) (p), Mera, Quezada; Al: Lagos, Pierry (p) [protección].

Castro con Blumel (2021): CS, 5 julio 2021 (Rol N° 129412-2020), 3ª Sala. M: Vivanco (r) (p), Mera, Quezada; Al: Lagos, Pierry (p) [protección].

Fernández con Carabineros de Chile (2021): CS, 5 julio 2021 (Rol N° 129426-2020), 3ª Sala. M: Vivanco (r), Mera, Quezada; Al: Lagos, Pierry [protección].

Orta con Carabineros (2021): CS, 5 julio 2021 (Rol N° 129426-2020), 3ª Sala. M: Vivanco (r) (p), Mera, Quezada; Al: Lagos, Pierry (p) [protección].

Riquelme con Carabineros de Chile (2021): CS, 5 julio 2021 (Rol N° 131066-2020), 3ª Sala. M: Vivanco (r) (p), Mera, Quezada; Al: Lagos, Pierry (p) [protección].

Tapia con Rozas (2021): CS, 5 julio 2021 (Rol N° 129418-2020), 3ª Sala. M: Vivanco (r) (p), Mera, Quezada; Al: Lagos, Pierry (p) [protección].

Tapia de la Fuente y otros con Intendencia Regional Metropolitana-Carabineros de Chile (2021): CS, 5 julio 2021 (Rol N° 129409-2020), 3ª Sala. M: Vivanco (r) (p), Mera, Quezada; Al: Lagos, Pierry (p) [protección].

Jerez con Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones (2021): CS, 24 septiembre 2021 (Rol N° 22.446-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco (r), Ravanales, Carroza; Al: Munita [apelación].

11. Procedencia y alcance de la acción de mera certeza [1 caso]

SERVIU con Viguera (2021): CS, 13 septiembre 2021 (Rol N° 36553-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Carroza (r), Letelier; Al: Benavides.

III. Conflictos relativos a la estabilidad de los trabajadores en la administración

12. Funcionarios a honorarios y supletoriedad del Código del Trabajo [25 casos]

Figueroa con Fisco de Chile y Ministerio de Obras Públicas (2021): CS, 11 enero 2021 (Rol N° 33234-2019), 4ª Sala. M: Silva, Repetto, Biel, Mera (r); Al: Barra [unificación de jurisprudencia].

Barahona con Servicio Agrícola y Ganadero (2021): CS, 26 enero 2021 (Rol N° 17307-2019), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, Silva (p), Repetto, Mera (p) [s/r] [unificación de jurisprudencia].

Carreño con Servicio Agrícola y Ganadero (2021): CS, 26 enero 2021 (Rol N° 17879-2019), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, M. Silva (p), Repetto, Mera (p) [s/r] [unificación de jurisprudencia].

Miranda con Fondo Solidario e Inversión Social (2021): CS, 19 febrero 2021 (Rol N° 214-2020), 4ª Sala. M: Repetto, Gómez, Shertzer; Al: Etcheberry, Barra [s/r] [unificación de jurisprudencia].

Barraza con Fisco de Chile (2021): CS, 25 febrero 2021 (Rol N° 1403-2020), 4ª Sala. M: Repetto, Gómez, Shertzer; Al: Etcheberry, Barra [s/r] [unificación de jurisprudencia].

Duarte con Servicio Agrícola y Ganadero (2021): CS, 10 marzo 2021 (Rol N° 15664-2019), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, M. Silva (p), Repetto, Mera (p) [s/r] [unificación de jurisprudencia].

Rodríguez con Servicio de Salud Chiloé (2021): CS, 29 marzo 2021 (Rol N° 149316-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (r), Ravanales, Carroza, Shertzer [protección].

Antipán con Estado de Chile (2021): CS, 5 abril 2021 (Rol N° 25180-2019), 4ª Sala. M: A. Muñoz, González, Contreras; Al: Gajardo, Etcheberry [s/r] [unificación de jurisprudencia].

Fuentes con Secretaría General de Gobierno (2021): CS, 5 abril 2021 (Rol N° 22858-2019), 4ª Sala. M: A. Muñoz, González, Contreras; Al: Gajardo, Etcheberry [s/r] [unificación de jurisprudencia].

- Pinto con Ilustre Municipalidad de San Pedro de Atacama* (2021): CS, 8 abril 2021 (Rol N° 144249-2020), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, Repetto; Al: Coppo, Etcheberry [s/r] [unificación de jurisprudencia].
- Egisa con Fisco de Chile* (2021): CS, 15 abril 2021 (Rol N° 23135-2019), 4ª Sala. M: Blanco (d), A. Muñoz, Repetto; Al: Gajardo, Ruz [unificación de jurisprudencia].
- Andraca con Contraloría Regional de Valparaíso* (2021): CS, 21 abril 2021 (Rol N° 11524-2021), 3ª Sala. M: Vivanco (r), Carroza, J. Muñoz (d), Quezada; Al: Quintanilla [protección].
- Stuardo con Fisco de Chile* (2021): CS, 30 abril 2021 (Rol N° 25290-2019), 4ª Sala. M: Chevesich, A. Muñoz, González; Al: Tavolari, Ruz [s/r] [unificación de jurisprudencia].
- Ancalao con Fisco de Chile* (2021): CS, 6 mayo 2021 (Rol N° 29471-2021), 4ª Sala. M: Blanco (p), Chevesich, A. Muñoz; Al: Etcheberry, Humeres [s/r] [unificación de jurisprudencia].
- Irrarázaval con Fisco* (2021): CS, 15 julio 2021 (Rol N° 36861-2019), 4ª Sala. M: Blanco, A. Muñoz, M. Silva (p), Repetto; Al: Etcheberry [s/r] [unificación de jurisprudencia].
- San Martín con Fisco* (2021): CS, 21 julio 2021 (Rol N° 1597-2020), 4ª Sala. M: Chevesich (d), A. Muñoz, Repetto, Gómez; Al: Etcheberry [s/r] [unificación de jurisprudencia].
- Gutiérrez con Servicio Nacional de Capacitación y Empleo* (2021): CS, 6 septiembre 2021 (Rol N° 14894-2020), 4ª Sala. M: A. Muñoz, Carroza, Letelier; Al: Ruz, Etcheberry [s/r] [unificación de jurisprudencia].
- Garay con Servicio Nacional del Adulto Mayor* (2021): CS, 26 octubre 2021 (Rol N° 24676-2020), 4ª Sala. M: A. Muñoz, Repetto, Quezada; Al: Munita, Gajardo [s/r] [unificación de jurisprudencia].
- Oliva con Gobierno Regional del Maule* (2021): CS, 17 noviembre 2021 (Rol N° 20890-2020), 4ª Sala. M: A. Muñoz, Repetto, Quezada; Al: Alcalde, Ruz [s/r] [unificación de jurisprudencia].
- Dimter con Fisco* (2021): CS, 26 noviembre 2021 (Rol N° 30717-2020), 4ª Sala. M: Blanco (p), Chevesich (d), A. Muñoz; Al: Fuentes, Ruz [s/r] [unificación de jurisprudencia].
- Tapia con Servicio de Salud Metropolitano Occidente* (2021): CS, 26 noviembre 2021 (Rol N° 28866-2021), 4ª Sala. M: Chevesich, A. Muñoz, Gómez; Al: Gajardo (r), Ruz [queja].
- Canepa con Ilustre Municipalidad de Villa Alemana* (2021): CS, 7 diciembre 2021 (Rol N° 39591-2020), 4ª Sala. M: A. Muñoz, Biel, Gómez, Al: Ruz, Etcheberry [s/r] [unificación de jurisprudencia].
- Florinda con Ilustre Municipalidad de Arauco* (2021): CS, 20 diciembre 2021 (Rol N° 9941-2020), 4ª Sala. M: Chevesich (p), A. Muñoz, Repetto, Zepeda; Al: Ruz [s/r] [unificación de jurisprudencia].
- Peralta con Municipalidad de Zapallar* (2021): CS, 20 diciembre 2021 (Rol N° 69803-2020), 4ª Sala. M: Chevesich, A. Muñoz, Repetto, Gómez; Al: Gajardo [s/r] [unificación de jurisprudencia].
- Maldonado con Ilustre Municipalidad de Puerto Montt* (2021): CS, 31 diciembre 2021 (Rol N° 62797-2020), 4ª Sala. M: Letelier, Gómez, Quezada; Al: Gajardo, Etcheberry [s/r] [unificación de jurisprudencia].

13. Término anticipado de empleos a contrata [18 casos]

- Muñoz con Carabineros de Chile* (2021): CS, 24 marzo 2021 (Rol N° 90763-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r) (d), Sandoval, Biel (d); Al: Quintanilla, Lagos [protección].
- Olgúin con Municipalidad de Papudo* (2021): CS, 9 abril 2021 (Rol N° 71888-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval, Vivanco (r); Al: Gómez y Abuauad [protección].
- Fuentes con Subsecretaría del Interior* (2021): CS, 10 mayo 2021 (Rol N° 11718-2021), 3ª Sala. M: Vivanco, Ravanales, Carroza (d), Quezada (r); Al: Pallavicini [protección].
- Araya con Subsecretaría de Bienes Nacionales* (2021): CS, 17 mayo 2021 (Rol N° 5163-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Vivanco, Carroza (r); Al: Pierry (d) [protección].
- García con Comando Instituto y Doctrinas* (2021): CS, 17 mayo 2021 (Rol N° 11718-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Vivanco (d) (p), Ravanales, Biel; Al: Lagos (r) [protección].
- Miranda con Ministerio de Desarrollo Social* (2021): CS, 17 mayo 2021 (Rol N° 135409-2020), 3ª Sala. M: Vivanco, Carroza, Quezada (r); Al: Quintanilla, Pallavicini [protección].

Mancilla con Ilustre Municipalidad de Puente Alto (2021): CS, 18 mayo 2021 (14471-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco (r), Ravanales; Al: Alcalde, Benavides [protección].

Angulo con Ilustre Municipalidad de Arica (2021): CS, 29 junio 2021 (Rol N° 11248-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales (d), Carroza; Al: Pierry (d) (r) [protección].

Navarrete con Superintendencia de Educación RM (2021): CS, 15 julio 2021 (Rol N° 31688-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales (d) (r), Carroza; Al: Benavides (d) (r) [protección].

Papic con Universidad Arturo Prat (2021): CS, 19 julio 2021 (Rol N° 11517-2021), 3ª Sala. M: Vivanco, Carroza, Quezada, Ravanales (d) (r); Al: Pierry [protección].

Marambio con Contraloría Regional de O'Higgins (2021): CS, 20 julio 2021 (Rol N° 132266-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, Ravanales (d), Biel (d); Al: Lagos (r) [protección].

Jemenao con Carabineros de Chile (2021): CS, 9 agosto 2021, 3ª Sala (Rol N° 36695-2021). M: S. Muñoz (d) (r), Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Alcalde [protección].

Ortiz con Universidad Arturo Prat (2021): CS, 6 septiembre 2021 (Rol N° 27006-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz (d), Vivanco, Ravanales, Carroza (d) (r); Al: Etcheberry [protección].

Urbina con Universidad Arturo Prat (2021): CS, 15 noviembre 2021 (Rol N° 39093-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales (d) (r), Carroza; Al: Alcalde [protección].

Orellana con Ilustre Municipalidad de Antofagasta (2021): CS, 18 noviembre 2021 (Rol N° 88.600-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, Carroza (p); Al: Munita, Águila [s/r] [protección].

Palma con Municipalidad de Carehue (2021): CS, 18 noviembre 2021 (Rol N° 81373-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Carroza; Al: Munita (d), Águila (d) [s/r] [protección].

Toledo con Gobierno Regional del Bío Bío (2021): CS, 18 noviembre 2021 (Rol N° 81132-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, Carroza (p); Al: Munita, Águila [s/r] [protección].

Álvarez con Dirección del Trabajo (2021): CS, 30 noviembre 2021 (Rol N° 38.563-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides (r) [protección].

14. *Desviación de poder en las desvinculaciones de funcionarios a contrata [8 casos]*

Andrade con Contraloría General de la República (2021): CS, 30 marzo 2021 (Rol N° 127479-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Ravanales (d), Sandoval (d) (r), Vivanco; Al: Quintanilla [protección].

Miranda con Subsecretaría del Interior (2021): CS, 10 mayo 2021 (Rol N° 11718-2021), 3ª Sala. M: Carroza (d), Quezada (r), Ravanales, Vivanco; Al: Pallavicini [protección].

Ferrada con Presidencia de la República (2021): CS, 27 mayo 2021 (Rol N° 34719-2021), 3ª Sala. M: Carroza, S. Muñoz, Ravanales, Munita [s/r] [protección].

Sazo con Carabineros de Chile (2021): CS, 29 junio 2021 (Rol N° 39708-2021), 3ª Sala. M: Carroza (d), Vivanco, J. Muñoz; Al: Aguilar, Alcalde [s/r] [protección].

Papic con Universidad Arturo Prat (2021): CS, 19 julio 2021 (Rol N° 11517-2021), 3ª Sala. M: Carroza, Quezada, Ravanales (d) (r), Vivanco; Al: Pierry [protección].

Marambio con Contraloría Regional de O'Higgins (2021): CS, 20 julio 2021 (Rol N° 132266-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Ravanales (d), Vivanco, Biel (d); Al: Lagos (r) [protección].

Claps con Superintendencia de Seguridad Social (2021): CS, 08 octubre 2021 (Rol N° 38152-2021), 3ª Sala. M: Vivanco, J. Muñoz, Carroza (r) (d); Al: Gajardo, Alcalde [protección].

Lara contra Universidad Arturo Prat (2021): CS, 16 diciembre 2021 (Rol N° 35499-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Ravanales (r) (d), Carroza; Al: Águila (d), Benavides [protección].

15. *Recurso de protección como vía idónea en casos de desvinculación de funcionarios a contrata [26 casos]*

Torres con Presidencia de la República (2021): CS, 3 marzo 2021 (Rol N° 131064-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Ravanales (d), Sandoval (d), Vivanco (r) (p); Al: Quintanilla [protección].

González con Hospital de Carabineros (2021): CS, 15 marzo 2021 (Rol N° 92146-2020), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz, Sandoval; Al: Pallavicini (r) (p), Quintanilla [protección].

- Pazols con Hospital de Carabineros General Humberto Arriagada Valdivieso* (2021): CS, 15 marzo 2021 (Rol N° 85155-2020), 3ª Sala. M: Llanos, S. Muñoz, Sandoval; Al: Pallavicini (r) (p), Quintanilla [protección].
- Alcayaga con Servicio Nacional de Menores* (2021): CS, 22 marzo 2021 (Rol N° 154793-2020), 3ª Sala. M: Carroza, S. Muñoz, Ravanales, Sandoval; Al: Quintanilla [protección].
- Andrade con Contraloría General de la República* (2021): CS, 30 marzo 2021 (Rol N° 127479-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Ravanales (d), Sandoval (r) (d), Vivanco; Al: Quintanilla [protección].
- Sazo con Dirección General del Territorio Marítimo y Mercante de la Armada de Chile y otro* (2021): CS, 16 abril 2021 (Rol N° 104492-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (r), Sandoval, Vivanco; Al: Gajardo, Quintanilla [protección].
- Miranda con Subsecretaría del Interior* (2021): CS, 10 mayo 2021 (Rol N° 11718-2021), 3ª Sala. M: Carroza (d), Quezada (r), Ravanales, Vivanco; Al: Pallavicini [protección].
- Araya con Subsecretaría del Ministerio de Bienes Nacionales* (2021): CS, 17 mayo 2021 (Rol N° 5163-2021), 3ª Sala. M: Carroza (r), S. Muñoz, Vivanco, Sandoval (d); Al: Pierry (d) [protección].
- Mancilla con Municipalidad de Puente Alto* (2021). CS, 18 mayo 2021 (Rol N° 14471-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Ravanales, Vivanco (r); Al: Alcalde, Benavides [protección].
- Ferrada con Presidencia de la República* (2021): CS, 27 mayo 2021 (Rol N° 34719-2021), 3ª Sala. M: Carroza, S. Muñoz, Ravanales; Al: Benavides, Munita [s/r] [protección].
- Sazo con Carabineros de Chile* (2021): CS, 29 junio 2021 (Rol N° 39708-2021), 3ª Sala. M: Carroza (d), Vivanco, J. Muñoz; Al: Aguilar, Alcalde [s/r] [protección].
- Ugrinovic con Universidad Arturo Prat* (2021): CS, 29 junio 2021 (Rol N° 11518-2021), 3ª Sala. M: Carroza, Quezada, Ravanales (p), Vivanco; Al: Pierry (r) [protección].
- Papic con Universidad Arturo Prat* (2021): CS, 19 julio 2021 (Rol N° 11517-2021), 3ª Sala. M: Carroza, Quezada, Ravanales (r) (d), Vivanco; Al: Pierry [protección].
- Marambio con Contraloría Regional de O'Higgins* (2021): CS, 20 julio 2021 (Rol N° 132266-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Ravanales (d), Vivanco, Biel (d); Al: Lagos (r) [protección].
- Inzunza con Ministerio de Bienes Nacionales y otro* (2021): CS, 3 agosto 2021 (Rol N° 31795-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza (r); Al: Tavolari [protección].
- Añasco con Subsecretaría de Educación Parvularia* (2021): CS, 24 agosto 2021 (Rol N° 34610-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Ravanales, Carroza (r); Al: Águila, Benavides [protección].
- Contreras con Contraloría Regional de Valparaíso y otro* (2021): CS, 31 agosto 2021 (Rol N° 79053-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales (r), Shertzer; Al: Quintanilla [protección].
- Dávila con Universidad Arturo Prat* (2021): CS, 5 octubre 2021 (Rol N° 27008-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales (r), Carroza; Al: Etcheberry [protección].
- Pino con Municipalidad de Coyhaique* (2021): CS, 6 octubre 2021 (Rol N° 66367-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Letelier, Quezada [s/r] [protección].
- Nimuyao con Hospital de Coquimbo* (2021): CS, 14 octubre 2021 (Rol N° 22427-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales (r), Carroza; Al: Águila [protección].
- Urbina con Universidad Arturo Prat* (2021): CS, 15 noviembre 2021 (Rol N° 39093-2021), 3ª Sala. M: Ravanales (r), S. Muñoz, Vivanco, Carroza; Al: Alcalde [protección].
- Palma con Municipalidad de Carahue* (2021): CS, 18 noviembre 2021 (Rol N° 81373-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Carroza; Al: Munita (d), Águila (d) [protección].
- Orellana con Ilustre Municipalidad de Antofagasta* (2021): CS, 18 noviembre 2021 (Rol N° 88600-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, Carroza (p); Al: Munita, Águila [s/r] [protección].
- Toledo con Gobierno Regional de la Región del Bío-Bío* (2021): CS, 18 noviembre 2021 (Rol N° 81132-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz (p), Vivanco, Carroza (p); Al: Munita, Águila [s/r] [protección].
- Álvarez con Dirección del Trabajo* (2021): CS, 30 noviembre 2021 (Rol N° 38563-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Vivanco, Ravanales, Carroza; Al: Benavides (r) [protección].

Lara con Universidad Arturo Prat (2021): CS, 16 diciembre 2021 (Rol N° 35499-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Ravanales (d) (r), Carroza; Al: Águila (d), Benavides [protección].

IV. Conflictos en recursos naturales, medio ambiente y bienes públicos

16. Regularización de derechos de aguas [3 casos]

Gutiérrez y otros con ECONSSA (2021): CS, 29 junio 2021 (Rol N° 99483-2020), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Sandoval (d), Ravanales; Al: Quintanilla (r) (d), Pallavicini [casación].

Sociedad Agrícola El Porvenir S.A. (2021): CS, 15 julio 2021 (Rol N° 274-2021), 3ª Sala. M: Vivanco, S. Muñoz(r), Ravanales, Pallavicini, Carroza [casación].

Sociedad Agrícola El Porvenir S.A. (2021): CS, 26 octubre 2021(Rol N° 143948-2020), 3ª Sala. M: Vivanco, Ravanales, S. Muñoz (r); Al: Munita, Humeres [casación].

17. Autorizaciones administrativas como requisito de servidumbres mineras [3 casos]

Tornero con Comunidad Barraza (2021): CS, 12 marzo 2021 (Rol N° 5540-19), 4ª Sala. M: Blanco (d), Chevesich, A. Muñoz, M. Silva, Repetto [s/r] [casación].

Olivares con Melón S.A.; I. Municipalidad la Calera (2021): CS, 22 marzo 2021(Rol N° 12827-18), 4ª Sala. M: A. Muñoz (d), M. Silva, Ravanales; Al: Pallavicini, De la Maza (d) [s/r] [casación].

Espinoza con Fisco de Chile (2021): CS, 13 julio 2021 (Rol N° 11670-2019), 4ª Sala. M: A. Muñoz, M. Silva, Repetto; Al: Gajardo (d), Coppo [s/r] [casación].

18. Plazo para que tercero absoluto pueda solicitar invalidación ambiental [1 caso]

Servicio de Evaluación Ambiental con Comunidad Indígena Colla (2021): CS, 13 diciembre 2021 (Rol N° 35692-2021), 3ª Sala. M: S. Muñoz, Carroza, Silva (r); Al: Alcalde, Benavides [casación].

19. Afectación presunta de bienes privados al uso público [no se registraron casos en 2021]

20. Acceso a playas públicas [no se registraron casos en 2021]

Editores: Sonia Zuvanich Hirmas y Alejandro Vergara Blanco

Empresas Públicas: Régimen Jurídico. Actas de las XIV Jornadas de Derecho Administrativo (2017) (Tirant lo Blanch, Valencia, 2022) 301 pp.

Las Jornadas de Derecho Administrativo son un gran encuentro que reúne a académicos, ayudantes, profesionales y estudiantes, cuya congregación tiene como principal objetivo el exponer y discutir ciertos temas que resultan de interés para el estudio y entendimiento de la disciplina. Estos encuentros son organizados por la Asociación de Derecho Administrativo de Chile (ADAD), y en el año 2017 fueron celebradas en la ciudad de Punta Arenas, cuya sede fue la Universidad de Magallanes.

El tema de las ponencias en aquella oportunidad fue acerca del régimen jurídico de las empresas públicas, en que en dos días de exposiciones se trataron diversos temas relacionados con la temática que convocaba a las jornadas, las que se separaron en los paneles de: 1) fundamentos de la empresa pública; 2) empresa pública, gestión y contratación; 3) el control de la empresa pública; y 4) problemas sectoriales de empresas públicas.

Al respecto, cabe destacar que las empresas públicas tienen la particularidad de que forman parte de la Administración descentralizada del Estado, cuya base normativa se encuentra en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, norma que permite al legislador, mediante una ley de quorum calificado, crear empresas públicas o que el Estado tenga participación en entidades empresariales.

Dicho lo anterior, existe gran desarrollo de la doctrina y jurisprudencia administrativa que distingue a las empresas del Estado y a las sociedades del Estado, reconociendo su naturaleza "pública". Es así que existen diversos tipos de empresas y sociedades del Estado que desarrollan actividades, como la portuaria,

bancaria, de transporte, comunicacional, agrícolas, entre otras.

La particularidad de estas entidades radica en que si bien son organismos empresariales sujetos al derecho común en el desarrollo propio de las actividades que realicen, y compiten dentro del mundo empresarial, también son entidades públicas, sujetas a estándares, normas y principios del Derecho Administrativo, como son la aplicación de las leyes de bases (Ley N° 19.880 y Ley N° 18.575), los estándares de transparencia administrativa, así como el control de legalidad que ejerce la Contraloría General de la República y el examen jurisdiccional de los Tribunales de Justicia.

En tal contexto, la obra se divide en cuatro partes, en donde los autores desarrollan sus investigaciones académicas dentro de las temáticas enunciadas anteriormente. De esta manera:

a) En la primer sección sobre los fundamentos de la empresa pública, se encuentran los siguientes trabajos: "Una propuesta de justificación de la autonomía de los conceptos de servicio público y empresa pública" (Carlos Dorn Garrido), "Las concesiones, las asociaciones público-privadas y las empresas del Estado" (Martín Loo Gutiérrez), "Extinción de la empresa pública" (José Miguel Valdivia), y "El doble régimen jurídico de la actividad empresarial de la Administración" (Alejandro Vergara Blanco).

b) En la segunda parte sobre empresa pública, gestión y contratación, se encuentran los trabajos titulados: "Empresas públicas y contratación administrativa" (Juan Carlos Flores Rivas), "Propuesta de un criterio sustancial para calificar de empresa pública a las denominadas

empresas privadas del Estado” (Fabián Huepe Artigas), y “Actividad empresarial del Estado y contratación pública: dificultades en la determinación de las normas aplicables a propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República” (José Luis Lara Arroyo y Matías Larroulet Philippi).

c) En la tercera sección relativa al control de la empresa pública, se exponen los trabajos denominados: “La diversidad orgánica y de régimen jurídico de las empresas del Estado y su impacto sobre su control institucional” (Juan Carlos Ferrada Bórquez), “el control de mérito, empresas estatales y la Contraloría General de la República (CODELCO como pretexto)” (Felipe Lizama Allende y Francisco Zambrano Meza), y “Sistema nacional de control dentro de la actividad empresarial del Estado” (Sandra Ponce de León Salucci).

d) Y por último, en la cuarta parte sobre los problemas sectoriales de empresas públicas, se encuentran los trabajos titulados: “Empresa y servicio del estado:

una distinción finalista” (Jaime Arancibia Mattar), “CORMAG, Empresa pública en Magallanes. Una alternativa para la descentralización” (Christian García Castillo y Anggie Flies Añón), “Particularidades de las empresas de la industria de la Defensa Nacional” (Fabián Mella Olivos), “Naturaleza y funciones de la empresa portuaria estatal: el problema de la actividad de muellaje” (Jaime Phillips Letelier).

Así, las presentes Actas contienen una gran labor investigativa de los distintos autores, así como editorial, de sistematizar, en las cuatro temáticas señaladas anteriormente, una visión de las empresas y sociedades del Estado; donde denota un esfuerzo que ayuda al lector a reflexionar sobre la compleja realidad jurídica y práctica de estas entidades, de modo de que, según la visión jurídica y dogmática de cada uno de ellos, y teniendo en cuenta el desarrollo y evolución de la costumbre y la jurisprudencia, se pueda encontrar una identidad propia de estos órganos descentralizados, no obstante existir varias clases de ellas en cuanto a las actividades que realizan.

Gerardo Sanz de Undurraga¹

¹ Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomados en Derecho Administrativo, Litigación Administrativa, y Energía y Recursos Naturales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico gjsanz@uc.cl.

I. DOCTRINA: ESTUDIOS E INVESTIGACIONES

Derecho Administrativo

- › **ASENJO A, Karen R.:** Contratos administrativos en sentido estricto y contratos privados de la administración. Criterios para su delimitación
- › **CONTRERAS, Pablo; TRIGO, Pablo y ORTIZ, Leonardo:** Un sistema fragmentado: La protección sectorial de los datos personales en Chile
- › **LARROUCAU TORRES, Jorge:** Existencia, cómputo e interrupción del plazo del recurso de protección contra la Administración del Estado
- › **OSORIO MORALES, Hugo y GARCÍA YZAGUIRRE, Víctor:** El derecho al plazo razonable en procedimientos administrativos tributarios: el caso chileno
- › **SÁNCHEZ EGAÑA, Alberto:** El trasvase probatorio entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador: análisis del caso chileno desde el ordenamiento español

Derecho Urbanístico

- › **GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa:** Regulación urbanística: tendencias jurisprudenciales

Derecho de Telecomunicaciones

- › **JARA AHUMADA, Alberto:** Concesión de servicio público de telecomunicaciones: debates sobre su regulación

II. ENSAYOS

- › **FLORES RIVAS, Juan Carlos y AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite:** Impugnación de los actos administrativos y el contencioso-administrativo de reclamación
- › **SCHIAVI, Pablo:** Transparencia y buena administración en la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías
- › **VERGARA BLANCO, Alejandro:** Las aguas en las constituciones chilenas: Historia, actualidad y prospectiva

III. JURISPRUDENCIA: COMENTARIOS

- › **BOCCHI JIMÉNEZ, Giannina:** La publicidad de los permisos de edificación: una incorrecta aplicación supletoria de la Ley N° 19.880
- › **ESCOBAR VEAS, Javier:** Derecho a no autoincriminarse y procedimientos administrativos sancionatorios: Comentario a la sentencia C-481-19 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y sus repercusiones
- › **MATHEUS HIDALGO, Mayerlin:** 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
- › **VERGARA BLANCO, Alejandro:** El Derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, IV: Líneas y vacilaciones durante 2021

IV. BIBLIOGRAFÍA: RECENSIONES

- › **SANZ DE UNDURRAGA, Gerardo:** Empresas Públicas: Régimen Jurídico. Actas de las XIV Jornadas de Derecho Administrativo (2017). (Tirant lo Blanch, Valencia, 2022) 301 pp. Editores: Sonia Zuvanich Hírmes y Alejandro Vergara Blanco